

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1004755

Mme Marie-Sara BOURSEILLER-LAMBERT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 12 août 2010

54-03-05

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le Président,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 22 juillet 2010, sous le n° 1004755, présentée pour Mme Marie-Sara BOURSEILLER-LAMBERT, demeurant Mas des Becasses à Arles (13200), par Me Cabanes ;

Mme BOURSEILLER-LAMBERT demande au président du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de consultation engagée le 3 décembre 2009 par la commune d'Arles en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public pour l'exploitation des arènes d'Arles ;

2°) d'ordonner à la commune d'Arles de reprendre la procédure dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

3°) de condamner la commune d'Arles à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La requérante soutient que :

- les irrégularités tenant à l'élaboration et aux conditions de sélection des offres sont susceptibles de l'avoir lésée ;

- la commune d'Arles a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne communiquant aux candidats aucune information en ce qui concerne les personnels à reprendre ;

- il incombait à la commune d'Arles afin de garantir l'égalité de traitement et de rétablir l'équilibre entre les « entrants » et le « sortant » de communiquer à tous les candidats notamment le nombre de salariés à reprendre, et non pas seulement les équivalents temps plein, la nature des contrats à reprendre, les avantages dont disposent les personnels, leur expérience, leur ancienneté et leur qualification ;

- la commune n'a jamais réellement négocié avec elle ;

- elle n'a cessé de solliciter de la commune des précisions sur le déroulement de la négociation et les conditions dans lesquelles elle souhaitait que lui soient précisées les améliorations possibles de son offre, mais elle n'a jamais répondu et s'est contentée de poser des questions relevant de la demande de précisions ;

N° 1004755

2

- la « présence du dossier » n'est pas un critère d'appréciation de l'offre mais de recevabilité de cette dernière, le « contenu du dossier » ne correspond pas non plus à un critère de choix, la notion de « qualité de l'offre », si elle se rapproche de la définition d'un critère de choix, est trop vague et « l'aptitude du candidat à assurer un service public dans la continuité » n'est pas un critère d'appréciation de l'offre mais de recevabilité de la candidature au sens des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ;

- le seul véritable critère est « la valeur artistique du projet » ;

- le règlement de la consultation précise donner la priorité à la valeur artistique du projet, ce qui signifie que l'analyse des offres s'appuie sur d'autres critères qui ne sont pas portés à la connaissance des candidats ;

- les critères de choix des offres, par leur imprécision et leur caractère inapproprié, ne répondent pas aux exigences de transparence ;

- la commune d'Arles se devait de rendre les critères de choix compréhensibles pour les candidats et il lui appartenait de donner des indications sur les paramètres qui seraient pris en compte pour apprécier la valeur artistique et la capacité à assurer la continuité du service public ;

- le rapport du maire ne comporte aucune motivation du choix des offres en rapport avec les critères de sélection ;

- la motivation retenue porte essentiellement sur des considérations d'ordre financier sans rapport direct avec les critères du jugement des offres annoncés ;

- aucune comparaison n'est faite entre l'offre retenue et celles des autres candidats, la seule comparaison étant celle opérée entre l'ancien contrat de la SAS Jalabert et leur nouvelle proposition ;

- la procédure a mis en concurrence le titulaire sortant avec lui même en violation des principes d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique ;

- l'offre retenue, qui propose une coproduction avec une association et une autre société, ne respecte pas l'exigence du cahier des charges selon laquelle le délégataire est tenu d'assurer lui-même l'exécution du service qui lui est délégué ;

- elle a présenté une offre mieux disante que celle de la société retenue et le choix de la commune d'Arles est entaché d'une manifeste d'appréciation ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 juillet 2010, présenté pour la commune d'Arles, représentée par son maire, par Me Linditch, qui demande au président du Tribunal :

1°) de rejeter la requête ;

2°) de mettre à la charge de Mme BOURSEILLER-LAMBERT la somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La commune fait valoir que :

- Mme BOURSEILLER-LAMBERT a introduit sa requête prématurément alors qu'aucune décision d'éviction de son offre n'avait été prise, le conseil municipal ne s'étant pas encore prononcé ;

- le maire, dans une démarche de transparence vis-à-vis de ses administrés, a souhaité exposer les raisons qui le conduiraient à proposer au conseil municipal d'autoriser la signature de la délégation avec la société Jalabert lors d'une conférence de presse le 12 juillet 2010 ;

- l'action de la requérante est irrecevable, dès lors qu'elle est dirigée contre une simple mesure préparatoire ;

N° 1004755

3

- Mme BOURSEILLER-LAMBERT ne démontre pas pour chacun des moyens soulevés en quoi ils ont pu la léser ;

- le descriptif du personnel salarié du délégataire des arènes à reprendre a été communiqué à la requérante, tant pour le personnel permanent, que pour le personnel non permanent par lettre recommandée du 9 avril 2010, dont la requérante a accusé réception le 12 avril 2010 ;

- contraindre une autorité délégante à communiquer le nombre de salariés à reprendre, la nature des contrats à reprendre, les avantages dont disposent les personnels, leur expérience, leur ancienneté et leur qualification ferait perdre à la procédure de délégation de service public toute sa souplesse, laquelle n'est soumise qu'au principe de transparence ;

- la procédure mise en œuvre concerne un contrat de délégation d'exploitation des arènes et non un marché de nettoyage ;

- le manquement portant sur le descriptif du personnel du délégataire, à le supposer établi, ne paraît pas avoir lézé la requérante, qui n'a pas demandé plus de précisions durant la procédure de passation, y compris pendant la négociation, et qui ne développe pas ce point dans sa requête ;

- par courrier en date du 10 juin 2010, elle a répondu à une lettre de la requérante du 28 mai 2010, en lui précisant à nouveau les critères de jugement des offres tels qu'ils étaient mentionnés dans le règlement de consultation et qui avaient été rappelés à l'ensemble des candidats par un courrier du 9 avril 2010 ;

- par courriers des 15 et 24 juin 2010, elle a précisément demandé à la requérante d'améliorer son offre et lui a suggéré de réaffecter ses moyens, en ne les consacrant pas à des prestations estivales qui, n'ayant pas été demandées, seraient faiblement valorisées dans l'appréciation de l'offre ;

- Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui a fait une nouvelle proposition de programmation alternative, ne peut pas prétendre n'avoir pas bénéficié d'une négociation ;

- aucune règle n'encadre les modalités d'organisation des négociations par la personne publique, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats ;

- elle ne peut pas être sanctionnée pour une insuffisance de la négociation menée avec la requérante, alors même qu'elle pouvait se dispenser de l'inviter à participer à la négociation ;

- la requérante ne démontre pas en quoi, et par quoi, elle aurait pu être lésée lors de la phase de négociation ;

- le règlement de la consultation indiquait clairement les critères de choix ;

- l'autorité délégante n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres ;

- il est possible de préciser le sens et la portée des critères de sélection au cours de la consultation, dès lors que ces précisions n'ont ni pour objet, ni pour effet de créer des discriminations injustifiées entre les entreprises candidates ;

- des adaptations peuvent être apportées à l'objet du contrat au cours des négociations si elles sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire ;

- elle était en droit d'utiliser les critères de l'aptitude de l'offre à assurer la continuité du service public et la qualité artistique pour choisir le futur exploitant de ses arènes ;

- si la loi impose le critère de l'aptitude à assurer la continuité du service public au stade des candidatures, elle n'interdit pas de l'utiliser pour apprécier les offres ;

- il est naturel qu'elle se préoccupe de la question centrale de la continuité du service public qu'elle délègue ;

- le critère tenant à la continuité du service public n'est pas le même suivant qu'on l'utilise pour apprécier des candidatures et/ou des offres ;

N° 1004755

4

- la requérante n'est pas en mesure de démontrer en quoi elle a été lésée par l'usage du critère de l'aptitude à assurer la continuité du service public au stade de l'appréciation des offres ;
- les règles applicables aux critères de choix en matière de marchés publics ne le sont pas aux délégations de service public ;
- aucun texte n'impose au maire de motiver son choix ;
- le communiqué de presse du 12 juillet 2010 ne constitue pas une étape de la procédure de mise en concurrence mais correspond à une démarche du maire destinée à répondre aux attentes de ces concitoyens ;
- la requérante n'a formulé aucune demande de motivation du rejet de son offre ;
- il est étonnant que l'offre de la société « retenue » soit en la possession de la requérante, la procédure n'étant pas encore achevée ;
- le projet « Marseille 2013 » était un simple point d'appréciation de l'offre de la SAS Jalabert, qui respecte le principe d'exécution personnelle des prestations prévu par le cahier des charges ;
- le contrôle du choix opéré et l'appréciation portée sur les offres relève de la compétence du juge du fond ;
- la requérante ne démontre pas qu'elle a commis une erreur grossière en retenant la proposition de la société Jalabert plutôt que la sienne ;

Vu le mémoire, enregistré le 2 août 2010, présenté pour Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens que dans sa requête, et qui soutient également que :

- l'absence de transparence sur les conditions de comparaison des offres, d'application des critères et de choix est totale ;
- elle n'a cessé d'interroger par écrit la commune d'Arles pour avoir des précisions sur les conditions dans lesquelles elle pouvait proposer des améliorations à son offre ;
- l'offre de l'attributaire a été améliorée car il a bénéficié d'une possibilité de négociation qui ne lui pas été offerte ;
- la société Jalabert a été dispensée de l'obligation de créer une société dédiée, ce qui constituait pourtant une contrainte clairement exprimée à l'article 2.3 du règlement de la consultation ;
- l'irrégularité de la procédure suivie par la commune d'Arles est établie en ce qu'elle a levé pour un candidat l'obligation de créer une société dédiée sans informer les autres concurrents de cette modification substantielle d'un document réputé intangible, ce qui a fait obstacle à toute comparaison objective des offres et a conduit à une méconnaissance flagrante du principe d'égalité des candidats ;
- la comparaison entre les offres a pris en considération un critère tenant à la valeur financière de ces offres, lequel n'était pas indiqué dans le règlement de la consultation ;
- la portée et la pertinence du critère de continuité du service public sont contestables et ne répondent pas à l'exigence de transparence nécessaire à un traitement équitable des candidats ;

Vu le mémoire, enregistré le 3 août 2010, présenté pour la SAS Jalabert Frères, représentée par son président directeur général, par la SELARL d'avocats Juris Publica, qui demande au juge des référés de rejeter la requête et de condamner Mme BOURSEILLER-LAMBERT à lui verser la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

N° 1004755

5

Elle fait valoir que :

- ayant été pressentie pour être l'attributaire de la délégation de service public dont la procédure de passation est contestée, elle a un intérêt à agir certain ;
- la requête est irrecevable dès lors que Mme BOURSEILLER-LAMBERT ne démontre pas que les manquements invoqués ont lésé ses intérêts ;
- le fait même que la requérante ait pu présenter une offre conforme à l'objet du marché suffit à établir qu'elle n'a pas souffert ou n'est pas susceptible d'avoir souffert des irrégularités se rapportant à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ;
- la requérante, qui n'agit en référé qu'une fois le rejet de son offre connu, doit prouver un lien direct de cause à effet entre l'irrégularité alléguée et ledit rejet ;
- Mme BOURSEILLER-LAMBERT ne peut pas se plaindre pour la première fois en référé précontractuel d'une incohérence ou imprécision des documents de la consultation dont elle pouvait obtenir, avant la remise de son offre, une clarification par la commune d'Arles ;
- les prétendues irrégularités dont la requérante se plaint répondent à des considérations purement formelles qui n'ont, en tout état de cause, pas pu avoir la moindre influence sur la décision de rejet de son offre ;
- la requérante ne tente même pas d'apporter la preuve du lien de causalité directe entre les irrégularités invoquées et son éviction ;
- elle a transmis à la commune d'Arles l'ensemble des informations relatives à son personnel salarié, laquelle les a communiquées à l'ensemble des candidats ;
- les échanges de courriers sont des éléments de négociation effective ;
- son offre, qui correspond à un projet comme c'est le cas pour tous les candidats, sera exécutée par elle-même ;
- elle a présenté le projet qui est le mieux à même de répondre aux objectifs de la commune d'Arles ;
- ni Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui est uniquement prestataire de services depuis 2009 pour le compte de la ville de Mont-de-Marsan pour l'organisation de corridas, ni ses associés n'ont jamais produit ou organisé directement sur leurs deniers propres un spectacle taurin ;
- la commune d'Arles n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation quant au choix du délégataire ;
- il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler l'appréciation portée par la commune d'Arles sur les mérites respectifs des offres de chacun des candidats en présence et sur la pertinence de son choix ;
- la divulgation de son offre par Mme BOURSEILLER-LAMBERT, dont le comportement au regard de la procédure de mise en concurrence contestée doit être pris en considération, laquelle est intervenue le 13 juillet 2010 bien avant le conseil municipal du 26 juillet 2010, porte atteinte au secret de sa proposition et constitue une divulgation des documents sur lesquels doit s'appuyer la commune d'Arles pour délibérer sur les offres respectives des candidats ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 août 2010, présenté pour la commune d'Arles, qui persiste dans ses écritures et fait également valoir que :

- en ce qui concerne les critères de choix des offres, la requérante ne rapporte aucune preuve, aucun début de démonstration d'un quelconque manquement aux obligations de transparence, ni en fait, ni en droit ;
- l'attributaire sera invité à créer une société dédiée après la signature du contrat conformément au cahier des charges qui prévoit que le titulaire dispose d'un mois pour ce faire ;

N° 1004755

6

- dans un premier temps, elle a comparé toutes les offres au regard des critères annoncés et après la réception de l'offre modifiée de la requérante, elle a considéré que celle-ci s'écartait encore de ses attentes et a poursuivi la négociation au plan financier avec la société Jalabert, seule à rester en lice ;
- aucune règle ne lui imposait de négocier jusqu'au bout avec toutes les sociétés retenues dans la négociation ;
- dans le cadre de la négociation, elle a cherché à améliorer les conditions financières proposées par le dernier candidat encore en lice sans pour autant ajouter un critère financier ;
- durant les négociations, le projet de contrat est nécessairement appelé à évoluer ;
- les spectacles annoncés, lesquels font partie de l'offre et ne sont pas de simples projets, ont été appréciés au regard des critères annoncés à savoir la qualité artistique et l'aptitude à assurer la continuité du service public ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 août 2010, présenté pour Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui maintient ses précédentes écritures et soutient également que :

- une requête en référé précontractuel peut être engagée à tout moment de la procédure et ne peut donc avoir un caractère prématuré ;
- elle ne demande pas l'annulation d'un acte mais remet en cause une procédure ;
- le moyen tiré de ce que les griefs formulés contre la procédure ne l'auraient pas lésée correspond à un argument de défense au fond relatif au caractère opérant du grief et non à une question de recevabilité ;
- l'absence de définition claire et complète des critères de choix, la méconnaissance de l'obligation d'égalité de traitement des candidats au stade de la négociation, l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des offres, sont en eux-mêmes constitutifs d'une atteinte aux droits fondamentaux du candidat ;
- derrière la valeur artistique du projet et l'aptitude à assurer la continuité du service public, il y avait des sous critères indispensables à la compréhension des critères par les candidats ;
- les deux critères annoncés par la commune d'Arles ont fait l'objet d'une décomposition très précise, laquelle n'a pas été communiquée aux candidats ;
- le manque de clarté du critère relatif à l'aptitude à assurer la continuité du service public a conduit la commission de délégation de service public à donner une définition de ce critère ;
- certains sous critères retenus sont objectivement sans lien logique et naturel avec la notion d'aptitude à assurer la continuité du service public ;
- il ressort du rapport d'analyse des offres réalisée par la commission de délégation de service public que d'autres critères ou sous critères que ceux annoncés dans le règlement de la consultation tels que la proposition de valorisation des arènes d'Arles par le développement des activités équestres, le montant de la redevance municipale, la participation aux travaux d'investissement et les activités sous traitées ;
- le courrier de rejet de son offre confirme l'importance donnée aux paramètres financiers qui ne sont jamais apparus dans la définition des critères de choix ;
- ce ne sont pas les modalités de mise en oeuvre des critères qu'elle met en cause mais l'absence d'information complète des candidats sur lesdits critères ;
- elle n'a jamais été incitée, sous quelque forme que ce soit, à faire des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier lui permettant d'améliorer son offre par rapport aux autres candidats ;
- elle n'a été interrogée sur aucun des points figurant sur la liste très précise établie par la commission de délégation de service public, lesquels devaient être abordés au stade de la négociation ;

N° 1004755

7

- ne lui ont été posées que des questions tout à fait subsidiaires relevant plus de la demande de précision ;
- le maire n'a donné aucune réponse à sa question relative au moment où il lui serait possible de faire des propositions d'amélioration de son offre ;
- contrairement à elle, la SAS Jalabert a été invitée à améliorer très significativement son offre au cours de la période de négociation ;
- dès lors qu'elle a été admise à négocier, elle devait être traitée de la même manière que la société retenue conformément au principe d'égalité ;
- même privée de négociation, son offre était mieux disante ;
- le recours à la référence à « Marseille Provence 2013 » est sans lien direct avec la gestion de service public objet de la délégation et elle a permis de maintenir le délégataire en place depuis plus de onze ans ;
- l'inclusion dans le règlement de la consultation d'une demande relative à un projet déjà existant pour la société retenue, qui l'avait présenté au maire d'Arles et au président de la région Provence Alpes Côte d'Azur le 13 septembre 2009, place les autres candidats dans une situation de rupture grave de la concurrence ;
- la commune n'apporte pas la preuve de ce que trois ans à l'avance, le candidat retenu apporte une assurance suffisante de son engagement à participer à la manifestation « Marseille 2013 », lequel constitue un paramètre décisif de choix ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 août 2010, présenté pour la SAS Jalabert Frères, qui persiste dans ses précédentes écritures et soutient également que :

- la présence d'un représentant de la direction de la concurrence lors de la réunion de la commission d'analyse des offres, lequel a voix consultative, est un élément substantiel pour garantir la parfaite régularité de la procédure de passation de la délégation de service public ;
- la production du rapport de la commission pour la délégation de service public « exploitation des arènes d'Arles » constitue une atteinte au secret en matière industrielle et commerciale ;
- à défaut de produire une version occultée de son offre et du rapport de la commission pour la délégation de service public, la requérante a porté une atteinte grave, sérieuse et certaine aux secrets en matière industrielle et commerciale de tous les candidats ;
- elle est une société à but unique déjà créée pour la gestion des arènes d'Arles comme le montrent ses statuts et il est tout à fait inutile de créer une nouvelle société commerciale puisqu'elle existe déjà ;
- la requérante ne démontre pas en quoi le manquement relatif à la constitution d'une société dédiée l'aurait lésée ;

Vu le mémoire enregistré le 5 août 2010, présenté pour Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui maintient ses précédentes écritures et soutient, en outre, que :

- contrairement à ses allégations, la commune n'a pas organisé sa négociation en deux phases ;
- à la différence de la société Jalabert, elle n'a jamais été informée, en cours de « négociation », de la possibilité d'apporter des amendements au cahier des charges initial ;
- la société Jalabert reconnaît expressément dans son second mémoire déposé le 5 août 2010 qu'elle ne créera pas une société dédiée ;
- elle n'a jamais porté atteinte au secret industriel et commercial dont serait susceptible de se prévaloir le candidat retenu, les documents joints à sa requête n'ayant pas de caractère confidentiel ;

N° 1004755

8

Vu le mémoire enregistré le 6 août 2010, présenté pour la commune d'Arles, qui persiste dans ses conclusions et fait valoir que :

- le droit des marchés publics en matière de sous critères n'est pas applicable aux délégations de service public ;
- la requérante n'apporte aucun élément de nature à étayer ses affirmations selon lesquelles des critères auraient été prédéterminés secrètement ;
- la commission de délégation est purement consultative ;
- rien n'interdit à la commission de délégation de se fixer une ligne directrice ;
- le fait que l'offre comporte un effort de promotion des arènes et des tarifs susceptibles d'attirer un public supplémentaire n'est pas sans lien avec la continuité du service public des arènes ;
- la proposition de valorisation des arènes par le développement des activités équestres, le montant de la redevance municipale et la participation aux travaux d'investissement ne correspondent pas à des critères ou sous-critères, mais constituent des éléments qui permettent de présenter la teneur des propositions ;
- l'analyse des éléments financiers des offres lui a permis d'apprécier l'aptitude du futur délégataire à assurer la continuité du service public des arènes ;
- elle a considéré que l'indication des redevances versées par le candidat retenu dans le courrier de rejet des offres pourrait intéresser les candidats dont l'offre a été écartée ;
- elle n'était pas tenue de donner les indications demandées par la requérante en ce qui concerne le déroulement de la négociation ;
- au moment où l'offre de la société Jalabert a été négociée au plan financier, l'offre de la requérante, modifiée à la suite de la négociation, avait été écartée sur la base des deux critères de choix ;
- la négociation financière n'ayant été menée qu'avec la seule société en mesure de satisfaire ses attentes au regard des critères artistiques et de continuité du service public, la requérante n'avait pas à y participer ;
- il est tout à fait légal de poursuivre les négociations avec un seul concurrent ;
- rien n'impose au maire de détailler le déroulement des négociations ;
- le conseil municipal ne se prononce pas sur la procédure suivie, mais sur l'offre choisie par le maire ;
- le cahier des charges remis aux candidats n'est qu'un projet de cahier des charges nécessairement appelé à évoluer durant la phase de négociation, le règlement de la consultation n'ayant pas à le préciser ;
- les notions d'offre mieux disante et d'offre moins disante sont étrangères à la procédure d'attribution d'une délégation de service public ;
- la délégation courant de 2011 à 2015, elle ne pouvait pas se désintéresser d'un événement aussi important que « Marseille 2013 » ;
- la requérante omet de préciser que l'une de ses associées participe également au projet « Marseille 2013 » ;
- son choix ne repose pas uniquement sur le projet « Marseille 2013 » mais tient compte de l'ensemble des éléments apportés par chaque candidat ;
- tous les concurrents étaient confrontés à la même incertitude en ce qui concerne le projet « Marseille 2013 », ce qui ne leur interdisait pas de formuler une réponse ;
- la société Jalabert ayant déjà créé une société dédiée pour l'exploitation passée des arènes, il est tout à fait inutile de créer une nouvelle société commerciale puisqu'elle existe déjà ;
- l'information relative au personnel vacataire était complète et ce personnel ne bénéficie pas de l'obligation de reprise ;

N° 1004755

9

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative, notamment l'article R. 222-22 ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience :

- Mme BOURSEILLER-LAMBERT ;
- la commune d'Arles ;
- la SAS Jalabert Frères ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 6 août 2010, présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Neveu, substituant Me Cabanes, pour la requérante, qui a repris et développé ses écritures ;
- Me Bourgois, pour la SAS Jalabert Frères, qui a également repris et développé ses écritures ;
- Me Linditch, pour la commune d'Arles, qui a aussi repris et développé ses écritures ;

Après avoir informé les parties que la clôture de l'instruction était fixée à l'issue de l'audience, à 11 heures 45 ;

Considérant que par avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 30 novembre 2009 et publié le 3 décembre 2009 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, la commune d'Arles a engagé une procédure de consultation en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public pour l'exploitation de ses arènes ; que Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui a été admise à présenter une offre, demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de prononcer l'annulation de la procédure d'attribution de cette délégation et d'ordonner sa reprise conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à l'espèce : « 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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans

N° 1004755

10

le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant qu'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 ; qu'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 ; qu'il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si le requérant 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 concurrent ;

En ce qui concerne les critères de choix des offres :

Considérant que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du point IV relatif au jugement des offres du règlement de la consultation : « Les offres seront jugées sur la présence, la qualité et le contenu du dossier remis par le candidat en donnant la priorité à la valeur artistique du projet et à l'aptitude du candidat à assurer un service public dans la continuité » ; que, dans un courrier en date du 9 avril 2010 adressé à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre, la commune d'Arles a précisé que la valeur artistique et la continuité du service public devaient être considérées comme des sous critères du critère qualité ; que Mme BOURSEILLER-LAMBERT a été destinataire d'un courrier en date du 10 juin 2010 dans lequel la commune d'Arles lui a rappelé que les deux critères de jugement des offres étaient la valeur artistique du projet et la capacité d'assurer un service public dans la continuité ; qu'ainsi, en donnant ces informations, la commune d'Arles a fait connaître aux candidats à l'attribution de la délégation de service public pour l'exploitation de ses arènes, de manière suffisamment précise, les critères de sélection des offres qu'elle entendait mettre en œuvre ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que les critères de choix retenus par la commune d'Arles, par leur imprécision, ne répondent pas à l'exigence de transparence de la commande publique ;

N° 1004755

11

Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de la combinaison des dispositions du point III relatif à la présentation des offres, lequel impose à chaque candidat de remettre avec son offre un projet artistique comportant impérativement le nombre de spectacles proposés, leur type, les dates envisagées, la qualité et le niveau des intervenants en piste et un projet technique listant au minimum les moyens matériels que le candidat propose de mettre en œuvre, donnant toute indication sur le personnel employé et exposant la solution envisagée pour la gestion et la sécurité des corrales et les propositions de valorisation des arènes d'Arles par la communication, et du point IV précité portant sur le jugement des offres du règlement de la consultation que la commune d'Arles a suffisamment informé les candidats sur les sous critères pris en compte pour apprécier les offres au regard de la valeur artistique du projet et de l'aptitude du candidat à assurer un service public dans la continuité ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, comme l'affirme la requérante, que certains des sous critères retenus par la commune seraient sans lien avec le critère auquel ils se rapportent ; que, par suite, Mme BOURSEILLER-LAMBERT n'est pas fondée à soutenir que la commune d'Arles n'aurait donné aucune indication aux candidats sur les modalités de mise en œuvre des critères de choix ;

Considérant, en troisième lieu, que Mme BOURSEILLER-LAMBERT fait valoir que l'aptitude du candidat à assurer un service public dans la continuité ne constitue pas un critère d'appréciation des offres mais un critère de recevabilité des candidatures ; que, toutefois, il résulte de l'instruction, et notamment du point III du règlement de la consultation susvisé et du rapport de la commission pour la délégation de service public en date du 18 mai 2010, qu'en application du critère contesté, ont été analysés les moyens affectés à l'offre, les actions de promotion envisagées, les simulations financières proposées et l'effort fait pour sensibiliser de nouveaux publics ; qu'ainsi, eu égard à ce qu'il recouvre, ce critère, qui ne se confond pas, contrairement aux allégations de la requérante, avec le critère de recevabilité des candidatures portant sur l'aptitude à assurer la continuité du service public imposé par l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, porte sur l'analyse des offres et non des candidatures ; que le moyen tiré de l'irrégularité du critère relatif à l'aptitude du candidat à assurer un service public dans la continuité ne peut donc qu'être écarté ;

Considérant, en quatrième et dernier lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction, que la commune d'Arles se serait appuyée, lors de l'analyse des offres, sur d'autres critères de choix que ceux fixés par le règlement de consultation ; que la triple circonstance que les paramètres financiers de l'offre retenue ont évolué dans le cadre de la négociation, que le rapport d'analyse des offres de la commission pour la délégation de service public et le rapport du maire énoncent les aspects financiers des offres et que la lettre informant les candidats évincés du rejet de leur offre précise les éléments financiers de l'offre de l'attributaire ne suffit pas, à elle seule, à démontrer que l'analyse des offres a été réalisée au regard d'un critère financier qui n'avait pas été annoncé dans le règlement de la consultation ; qu'au surplus, à supposer que, la commune d'Arles n'aurait pas respecté les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats en ayant recours à des critères qui n'auraient pas été portés à leur connaissance, la requérante n'indique pas en quoi le manquement allégué l'aurait lésée ou aurait été susceptible de la léser ; qu'ainsi, le moyen tiré du recours à d'autres critères que ceux figurant dans le règlement de la consultation doit être écarté ;

N° 1004755

12

En ce qui concerne la note d'intention relative à « Marseille Provence capitale européenne de la culture » :

Considérant qu'aux termes du point III relatif à la présentation des offres du règlement de la consultation : « (...) Une attention particulière sera portée sur l'année 2013 dans le cadre de « Marseille Provence capitale européenne de la culture » pour lequel le candidat établira une note d'intention avec un budget prévisionnel qui fera l'objet d'une annexe intégrée au contrat de délégation. (...) » ; que Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui s'appuie sur la seule circonstance que trois mois avant le lancement de la procédure de passation de la délégation de service public pour l'exploitation des arènes d'Arles, le co-gérant de la société retenue a participé en qualité de président d'une association à la présentation d'un projet dans le cadre de « Marseille Provence capitale européenne de la culture », n'établit pas en quoi la demande faite aux candidats de proposer dans leur offre un projet en lien avec « Marseille Provence capitale européenne de la culture », laquelle, comme le fait valoir la commune d'Arles, s'inscrit logiquement dans la gestion des arènes d'Arles au cours des années 2011 à 2015, aurait été de nature à favoriser le candidat retenu ; que, par conséquent, la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en imposant aux candidats d'établir une telle note d'intention, la commune d'Arles aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

En ce qui concerne l'information des candidats s'agissant des personnels à reprendre :

Considérant que Mme BOURSEILLER-LAMBERT soutient que la commune d'Arles a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne communiquant aux candidats au contrat de délégation aucune information sur les personnels à reprendre par le futur titulaire de la délégation ; que, cependant, il résulte de l'instruction, que la commune d'Arles a adressé, le 9 avril 2010, un courrier comportant les éléments relatifs au personnel salarié de l'actuel délégataire ; que ce courrier, qui a été transmis à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre en vue de l'attribution du contrat de délégation de service public pour l'exploitation des arènes d'Arles, y compris à la requérante, comporte la liste du personnel permanent et non permanent et précise la fonction, la durée du contrat, l'ancienneté, le montant annuel brut de la rémunération de chaque salarié et les avantages en nature dont bénéficient certains personnels ; qu'ainsi la commune d'Arles a communiqué aux candidats au contrat de délégation des informations suffisamment précises sur les personnels à reprendre en cas d'attribution du contrat ; que, par suite, le moyen tiré de l'absence d'information s'agissant des personnels à reprendre manque en fait et doit être écarté ;

En ce qui concerne la négociation :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « (...) Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : « (...) Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'aucune règle n'encadre les modalités d'organisation des négociations par la personne publique ; que la requérante soutient que la commune d'Arles n'a jamais réellement négocié avec elle, se contentant de lui poser des questions relevant de la demande de précisions et que seule la société retenue a bénéficié de la possibilité de négocier son offre ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que Mme BOURSEILLER-LAMBERT, qui a été destinataire de deux courriers en date du 25 mai 2010 et du 7 juin 2010 relatifs à l'engagement des négociations et de deux courriers en date des 15 et 24 juin 2010 comportant la mention « Objet : Négociations », auxquels elle a répondu, a participé à la négociation organisée par la commune, qui était libre d'en fixer les modalités dans le respect des principes

N° 1004755

13

de transparence et d'égalité de traitement des candidats ; que la commune n'était tenue ni de porter à la connaissance de la requérante ces modalités, ni de poursuivre la négociation avec elle jusqu'à son terme ; que l'évolution de l'offre du candidat retenu au cours de la négociation, laquelle ne présente pas un caractère substantiel, ne révèle pas davantage un manquement de la commune aux principes de la commande publique ; qu'ainsi, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la commune d'Arles aurait, lors de la négociation, méconnu ses obligations de transparence et de mise en concurrence ;

En ce qui concerne le rapport du maire :

Considérant que si Mme BOURSEILLER-LAMBERT fait valoir que le rapport du maire transmis au conseil municipal ne comporte ni la motivation du choix de l'offre retenue en rapport avec les critères de sélection annoncés dans le règlement de la consultation, ni la comparaison entre l'offre de l'attributaire et celles des autres candidats, elle n'indique pas, comme le fait valoir la commune d'Arles, en quoi les manquements allégués l'auraient lésée ou auraient été susceptibles de la léser ; que le moyen susvisé doit donc être écarté ;

En ce qui concerne l'offre retenue :

Considérant qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation des mérites respectifs des offres présentées par les candidats dans le cadre d'une procédure de passation d'une délégation de service public, à moins qu'à cette occasion un manquement aux règles de publicité ou de mise en concurrence ait été commis ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du point II relatif aux conditions de la consultation du règlement de la consultation : « (...) 2-3 La délégation sera confiée à une entreprise unique dès lors dénommée « délégataire », qui devra satisfaire seule aux obligations contenues dans le cahier des charges. / L'exécution en tout ou partie du service, ne peut être ni subdéléguée, ni sous traitée sans un accord préalable exprès et écrit de la ville d'Arles. / La personne (physique ou morale) retenue aura l'obligation de constituer une société commerciale dont l'unique objet sera l'exploitation du contrat de délégation de service public des arènes d'Arles (...) » ; que Mme BOURSEILLER-LAMBERT soutient que l'offre retenue n'est pas conforme aux prescriptions du règlement de la consultation dès lors qu'elle ne respecte ni l'exigence selon laquelle le délégataire est tenu d'assurer lui-même l'exécution du service qui lui est délégué, ni l'obligation de créer une société dédiée à l'exploitation des arènes d'Arles ; que, cependant, il résulte des dispositions du point II du règlement de la consultation précité que le titulaire de la délégation peut recourir à un sous-traitant sous réserve d'obtenir l'autorisation préalable du délégant ; qu'en outre, il résulte des statuts de la société attributaire de la convention de délégation de service que le candidat retenu a déjà créé une société ayant pour unique objet l'exploitation du contrat de délégation de service public des arènes d'Arles ; qu'ainsi, en tout état de cause, le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre retenue ne peut qu'être écarté ;

Considérant, en second lieu, que Mme BOURSEILLER-LAMBERT, laquelle prétend avoir présenté l'offre la mieux disante, ne peut utilement soutenir devant le juge des référés précontractuels que la commune d'Arles aurait commis une erreur manifeste dans le choix de l'attributaire de la délégation de service public pour l'exploitation de ses arènes ; que par suite, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation de l'offre du candidat retenu est inopérant et doit être écarté ;

N° 1004755

14

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non recevoir opposées en défense, que Mme BOURSEILLER-LAMBERT n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public pour l'exploitation des arènes d'Arles ; que, par voie de conséquence, les conclusions de la requérante à fin d'injonction ne peuvent qu'être également rejetées ;

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

Considérant, qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :
« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la commune d'Arles, qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée à verser à Mme BOURSEILLER-LAMBERT la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par les autres parties sur le même fondement ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de Mme BOURSEILLER-LAMBERT est rejetée.

Article 2 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme Marie-Sara BOURSEILLER-LAMBERT, à la commune d'Arles et à la SAS Jalabert Frères.

Fait à Marseille, le 12 août 2010.

Pour le président absent,
Le juge des référés,

signé

S. MARZOUG

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef,