

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE NÎMES**

**N° 2000031**

---

M. J  
Mme J  
M. P

---

Mme Specht  
Rapporteur

---

Audience du 22 janvier 2020  
Lecture du 27 janvier 2020

---

39-01-03-03  
39-08-015-01

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés le 06 janvier et le 21 janvier 2020, M. J, Mme J et M. P, agissant en qualité de représentants de la SAS Porte des Consuls, société en cours de formation, représentés par Me C, demandent au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de leurs écritures :

1°) à titre principal, d'annuler la procédure de passation de la délégation de service public pour la gestion des spectacles tauromachiques dans les Arènes de Nîmes lancée par la commune de Nîmes ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler la décision 30 octobre 2019 par laquelle le maire de la commune de Nîmes a relancé les négociations dans le cadre de cette procédure de passation ;

3°) d'enjoindre à la commune de Nîmes de reprendre la procédure de consultation à la date du 9 septembre 2019 ;

4°) de condamner la commune de Nîmes à lui verser la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- la requête, qui n'est pas présentée en leur nom personnel mais au nom de la SAS Porte des Consuls, en formation, est recevable dès lors qu'en leur qualité d'actionnaires d'une société en formation ils ont la capacité à agir en justice au nom de celle-ci ; l'absence de personnalité juridique de la société en formation est donc sans incidence ;

- le moyen tiré de l'absence de preuve de la qualité à agir des représentants d'une société est inopérant dans le cadre d'une procédure en référé précontractuel et manque en fait ; en tout état de cause, ils ont établi leur qualité à agir dès le dépôt de la candidature ;

- il n'est pas établi que les représentants de la SCP France avaient qualité à agir au stade du dépôt de leur candidature, la société n'ayant été constituée que le 6 janvier 2020 ;

- la SAS Porte des Consuls a un intérêt à conclure le contrat et a été lésée par les manquements qu'elle invoque puisque sa candidature a été admise, que son offre a été classée deuxième et qu'au regard des manquements commis par la commune de Nîmes, elle aurait pu remporter l'appel d'offre ;

- sa candidature est régulière ; l'irrégularité invoquée par la commune n'a pas été relevée pendant la procédure de passation litigieuse ; il n'a pas été demandé que soient prises en compte les capacités et aptitudes de la SAS Ludi Organisation pour l'exercice du service public concédé mais seulement, en application de l'article 2.3.1 du règlement de la consultation, que ces éléments soient pris pour référence de son expérience en matière de gestion des arènes d'Arles ;

- la candidature de la société attributaire est irrégulière pour le même motif ; la société s'est également appuyée, dans les mêmes conditions, sur une entreprise tierce qui est certainement la société Simon Casas Production ; or cette société est endettée en raison des redressements fiscaux dont elle a fait l'objet et fait l'objet d'une enquête pour travail dissimulé dans le cadre de la gestion des arènes de Nîmes ;

- la procédure de consultation est irrégulière ; la décision de relancer les négociations au-delà de la date que la commune a fixée pour le dépôt des offres finales est illégale car elle méconnaît le règlement de la consultation qui prévoit qu'aucune proposition formulée par un candidat ne sera prise en compte après la date de clôture des négociations fixée en l'espèce le 9 septembre 2019 et qu'elle a été prise sans consulter le conseil municipal et sans avoir invité les candidats à prolonger la durée de validité des offres ;

- une telle demande a eu pour seul objet et effet d'avantager le candidat pressenti, lui permettant de corriger les éléments sur lesquels il n'obtiendrait pas la meilleure note ; cette demande ne pouvait intervenir alors que les offres étaient périmées dès le 18 novembre 2019 ;

- la commune n'a pas défini les conditions de mise en œuvre du critère « promotion et soutien à la tauromachie » ; ce critère a été insuffisamment défini et a conféré une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante ce qui constitue une méconnaissance de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique ; son offre a été dénaturée car trois des six actions proposées n'ont pas été prises en compte, sans explication ;

- la commune a appliqué des sous-critères d'appréciation des offres pondérés mais non annoncés, ce qui a conduit à ajouter des éléments d'appréciation sans rapport avec le critère énoncé ;

- son offre a été dénaturée sur plusieurs points ; ainsi en ce qui concerne le critère « pertinence de la grille tarifaire », son offre a été dénaturée puisqu'elle a obtenu une moins bonne note que celle de l'attributaire malgré les tarifs avantageux qu'elle proposait et alors que l'offre de l'attributaire ne pouvait être valorisée en ce qui concerne la proposition d'offrir aux abonnés de Nîmes des invitations à des spectacles aux arènes de Madrid, d'Alicante et de Valence alors qu'il ne disposera pas de la gestion de ces arènes pendant toute l'exécution du contrat conformément à l'article 2.3.1.1 du règlement de la consultation ; la mise en œuvre d'un devis quantitatif estimatif masqué porte atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats car il ne permet pas de prendre en compte l'effort particulier qu'elle a fait au regard

de la spécificité de l'économie du contrat de concession, reposant sur un risque lié à l'exploitation ;

- en ce qui concerne le critère relatif à la cohérence du compte prévisionnel d'exploitation avec les engagements contractuels, le reproche relatif à une sous-évaluation des moyens financiers consacrés au plan de communication proposés est infondé dès lors le budget alloué à la publicité et à la communication est justifié par des devis, ce qui révèle une dénaturation du critère ;

- la commune de Nîmes ne saurait, sans dénaturer son offre, lui reprocher une sous-estimation des recettes de billetterie alors que le montant des recettes s'explique par la grille tarifaire plus avantageuse qu'elle a proposée et l'affluence un peu moins importante qu'elle a prévue, calculée en fonction des chiffres des années antérieures ; par ailleurs l'absence de report des frais de promotion de tauromachie ne peut lui être reprochée alors que les actions afférentes sont déjà intégrées dans d'autres postes, résultent d'une valorisation d'actions concrètes, sont prises en charge par d'autres sociétés ou association en lien avec elle ou sont autofinancées, et que cela a été valorisé dans l'analyse de l'offre de l'attributaire ;

- en ce qui concerne le critère de la pertinence des outils de communication, le reproche relatif au manque de précision de la ligne éditoriale et de la coordination des outils décrits dans son offre est infondé ; le manque de modernité reproché notamment en ce qui concerne les soirées de présentation ou les « comités VIP/People » est infondé alors que l'offre de l'attributaire a été valorisée en proposant une prestation similaire ;

- la valorisation de l'offre de l'attributaire en raison de l'utilisation des moyens de communication des arènes de Madrid alors que la gestion et l'exploitation de celle-ci n'était acquise que jusqu'à la fin de la saison 2020 et que le délégataire de ces arènes de Madrid n'est pas l'attributaire mais un groupement composé notamment de la société attributaire est irrégulier dès lors qu'il n'a pas été apporté la preuve de la disposition des capacités de l'opérateur économique tiers pendant toute la durée du contrat ;

- enfin, en ce qui concerne le critère « promotion et soutien à la tauromachie », si la commune a pris en compte deux des trois actions mentionnées comme manquantes, elle n'a pas expliqué les motifs ni pris en compte la proposition de gratuité des spectacles organisés dans les arènes à destination d'un public jeune et n'a pas valorisé son offre de proposer aux clubs taurins de constituer le cartel de la course du dimanche de la fêria des vendanges.

Par un mémoire en défense enregistré le 20 janvier 2020, la commune de Nîmes, représentée par Me Gaspar, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de M. J, Mme J, M. P et de la SAS Porte des Consuls la somme de 4 000 euros chacun en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable ; les requérants personnes physiques n'ont pas intérêt à conclure le contrat ; à supposer qu'ils agissent au nom de la SAS Porte des Consuls en formation, ils ne sont pas expressément autorisés à le faire en vertu des projets de statuts ; la SAS Porte des Consuls ne peut ni agir en justice ni avoir intérêt à conclure un contrat dès lors qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique ;

- la candidature de la société requérante est irrégulière et aurait dû être rejetée pour ce motif ; ce motif de rejet doit être substitué aux motifs de rejet de l'offre de la SAS Porte des Consuls ; en effet la société se prévaut des capacités de la SAS Ludi Arles Organisation, dont elle ne peut disposer puisque cette dernière a pour objet exclusif la délégation de service public pour l'exploitation des arènes d'Arles en application d'une exigence de la procédure de passation de concession lancée par la commune d'Arles ;

- par ailleurs, en ne transmettant volontairement pas les statuts de la SAS Ludi Arles

Organisation et le contrat de délégation de service public dont elle est titulaire, la SAS Porte des Consuls peut être considérée comme ayant transmis au stade de la candidature des informations erronées voire trompeuses ;

- la procédure de consultation est régulière ; les négociations n'ont pas été rouvertes mais seulement poursuivies ainsi que l'indique le courrier du 30 octobre 2019 ; la requérante n'est pas susceptible d'être lésée par cet hypothétique manquement dans la mesure où la société SCP France était déjà classée en première position à l'issue de la remise des offres finales ; la réouverture des négociations est autorisée à moins qu'elle ait un effet discriminatoire, ce qui n'est pas le cas puisque la négociation a été rouverte avec les deux candidats, dans les mêmes conditions et sur les mêmes points ; la poursuite des négociations a été justifiée par des éléments liés à l'objet de la délégation ; le règlement de la consultation ne fixait aucun calendrier précis sur les étapes de la procédure ;

- aucun des autres moyens de la requête, qui portent en réalité sur les mérites respectifs des offres n'est fondé ; l'offre de la société n'a pas été dénaturée et compte tenu de l'irrégularité de sa candidature, les moyens invoqués ne sont pas susceptibles de l'avoir lésée puisqu'ils se rapportent à la phase d'offre de la procédure.

Par des mémoires enregistrés les 20 et 22 janvier 2020, la société SCP France, représentée par Me Gras conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de M. J, Mme J et M. P en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les conclusions sont irrecevables car M. J, Mme J et M. P ne formulent des conclusions qu'en qualité de représentants de la société SAS Porte des Consuls et que cette société, en cours de formation, ne peut agir en justice faute de disposer d'une personnalité juridique ;

- cette société, dépourvue de personnalité juridique, ne peut être considérée comme une société en formation ayant intérêt à conclure le contrat à défaut de signature de ses statuts avant le dépôt de sa candidature et les personnes physiques n'ont pas qualité à agir dès lors qu'ils ne justifient pas de leur qualité d'actionnaire de la future société ;

- l'offre de la SAS Porte des Consuls est irrégulière puisqu'elle s'appuie sur les capacités de la société Ludi Arles Organisation dont elle ne pourra pas bénéficier puisqu'elle est dédiée exclusivement à l'exploitation du contrat de concession pour le service public d'exploitation des arènes d'Arles ;

- sa propre candidature est régulière contrairement à ce que soutient la requérante, dès lors que la société était en cours de formation et s'appuie sur les capacités et aptitudes de la société Simon Casas Production, son principal actionnaire, qui n'est pas une société dédiée ;

- le rapport du maire sur l'attribution de la concession, destiné au conseil municipal prévu le 14 décembre 2019, produit par la requérante, comporte des informations sur son offre qui sont couvertes par le secret des affaires et doit être écarté des débats ;

- aucun des moyens de la requête n'est fondé et la requérante est insusceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque dès lors que sa candidature était irrégulière.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative.

En application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, le Président du tribunal a désigné Mme Specht, président, pour statuer sur les requêtes présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du même code.

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

Au cours de l'audience publique du 16 janvier 2020 à 10 h 00 min tenue en présence de M. Berthod, greffier d'audience, ont été entendus :

- le rapport de Mme Specht, juge des référés ;
- les observations de Me C, représentant M. J, Mme J et M. P, agissant en qualité de représentants de la SAS Porte des Consuls, en formation, qui reprend et développe les conclusions et moyens de sa requête et du mémoire complémentaire ;
- les observations de Me Gaspar, représentant la commune de Nîmes, qui reprend et développe les conclusions et moyens de son mémoire en défense ;
- les observations de Me Gras, représentant la Société SCP France, qui reprend et développe les conclusions et moyens de ses mémoires.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de concession publié le 05 février 2019 au BOAMP, la commune de Nîmes a engagé une consultation en vue de l'attribution de la délégation de service public pour la gestion des spectacles tauromachiques dans les arènes de la commune pour la période 2020-2024. L'article 4 du règlement de la consultation fixe six critères de sélection des offres, la qualité de la programmation et de l'organisation mise en place pour la réalisation de spectacles, évaluée sur 20 points, la pertinence de la grille tarifaire, évaluée sur 20 points, la cohérence du compte prévisionnel d'exploitation avec les engagements contractuels, évaluée sur 20 points, la pertinence des actions et outils de communication, évaluée sur 15 points, la promotion et le soutien à la tauromachie, évaluée sur 15 points, et le montant de la redevance variable, évalué sur 10 points. Trois soumissionnaires ont déposé leur candidature et leur offre dans le délai fixé. Par courrier du 27 mai 2019 et sur proposition de la commission d'ouverture des plis, les candidats ont été invités à une première réunion de négociation qui s'est tenue le 13 juin 2019. A l'issue d'une deuxième phase de négociation qui a eu lieu le 16 juillet 2019, la commune de Nîmes a sollicité par courrier du 25 juillet 2019 la remise d'une offre finale par les soumissionnaires avant le 9 septembre 2019 à 12h00. Postérieurement à la remise de ces offres et par courrier du 30 octobre 2019, le maire de la commune a sollicité des soumissionnaires qu'ils améliorent leur offre sur des points identifiés et a fixé la date de remise de ces offres au 12 novembre 2019. A l'issue de l'analyse des offres, les membres du conseil municipal ont été destinataires, par lettre du 27 novembre 2019, du rapport relatif au choix du candidat retenu par le Maire portant sur l'offre de la

société SCP France, délégataire sortant et le conseil municipal de Nîmes, dans sa séance du 14 décembre 2019, a approuvé la proposition d'attribution du contrat à cette société. Par courrier du 30 décembre 2019, auquel était annexé un extrait du rapport d'analyse des offres, la commune de Nîmes a informé la SAS Porte des Consuls en formation, du rejet de son offre, classée en deuxième position, de l'attribution de la délégation de service public à la société SCP France et des notes obtenues pour chacun des critères par les deux sociétés. Par leur requête, M. et Mme J et M. P, agissant en qualité de représentants de la SAS Porte des Consuls, en formation, demandent au juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, à titre principal, d'annuler la procédure de passation litigieuse, à titre subsidiaire, d'annuler la décision 30 octobre 2019 par laquelle le maire de la commune de Nîmes a relancé les négociations dans le cadre de la procédure de passation litigieuse et d'enjoindre à la commune de Nîmes de reprendre la procédure à compter du 9 septembre 2019.

Sur les conclusions aux fins d'annulation présentées à titre principal et subsidiaire :

2. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...)* / *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.* ».

3. 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 de l'autorité concédante à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, 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 la candidature de la société SCP France :

4. Aux termes de l'article 2.3.1 du règlement de la consultation, relatif aux candidatures : « (...) *D'une manière générale, si le candidat s'appuie sur d'autres opérateurs économiques pour présenter sa candidature, chacun de ces opérateurs devra produire les mêmes documents et informations que s'il se présentait seul. / Le lien juridique envisagé entre les différents opérateurs devra être précisé et notamment les clauses de solidarité ou caution ou autres qui permettront de garantir, en cas de défaillance d'un des opérateurs, la continuité*

*du service public dans les marnas conditions contractuelles .../ (...) »*, et aux termes du point 2.3.1 de cet article intitulé « Pièces nécessaires à la candidature » : « (...) Conformément à l'article 19 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, les candidats peuvent demander que soient également pris en compte les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent et notamment de leurs sous-traitants. Dans ce cas, le candidat apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. / (...) ».

5. Il résulte de l'instruction et notamment des pièces soumises au débat contradictoire, que la SCP France, attributaire, était, à la date de dépôt de sa candidature, une société en cours de formation, dont l'actionnaire principal est la société Simon Casas Production, dont les capacités techniques et financières peuvent être mobilisées par la société SCP France. Par ailleurs, la circonstance que la société Simon Casas Production ferait l'objet d'un redressement fiscal en matière de taxe sur la valeur ajoutée ou d'une enquête par les services de l'inspection du travail, est, en l'absence de précision, sans incidence sur la régularité de la candidature de la société SCP France, qui s'apprécie à la date du dépôt de cette candidature et ne permet pas d'établir que la société SCP France serait privée de la possibilité de s'appuyer sur les capacités techniques et financières de son actionnaire principal. Par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature de l'attributaire au motif de l'impossibilité de prise en compte des capacités et aptitudes de son actionnaire manque en fait.

En ce qui concerne la régularité de la procédure de passation :

6. Aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. ». L'article L. 1411-5 du même code dispose que : « I. - Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre (...) / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat ». Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. 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 ».

7. Ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ni celles de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1er février 2016 pris pour son application ne font obligation à l'autorité délégante de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases. Toutefois, dans le cas où l'autorité délégante prévoit que

les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixé par le règlement de consultation qu'elle arrête, le respect du principe de transparence de la procédure exige en principe qu'elle ne puisse remettre en cause les étapes essentielles de la procédure et les conditions de la mise en concurrence. A cet égard, lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure.

8. En l'espèce, aux termes de l'article 3 « Commission de DSP et négociations des offres » du règlement de la consultation : « (...) *Fin des négociations : / Le Maire ou son représentant fixera à un moment qui lui paraît opportun la date de clôture de la phase de négociation. Il en informera par courrier électronique via le profil acheteur (...) le ou les candidats admis dans cette phase de discussion de cette date de clôture et leur demandera de faire part de leur dernière proposition avant cette date. / Aucune proposition formulée par un candidat autre que le candidat pressenti ne sera prise en compte après la date de clôture des négociations définies ci-dessus (...)* ».

9. Si la commune a mentionné dans son courrier du 25 juillet 2019 adressé aux candidats, la remise d'une offre qualifiée de finale, avant le 9 septembre 2019 à 12h00 min, aucune stipulation du règlement de la consultation ne prévoyait de calendrier des négociations ni de remise d'une offre finale, ni de date déterminée de fin des négociations. Par suite, la commune a pu régulièrement, sans méconnaître les dispositions précitées de l'article L. 14115 du code général des collectivités territoriales, et sans qu'il y ait lieu de saisir préalablement le conseil municipal, décider de poursuivre les négociations après réception des offres remises le 9 septembre 2019, en informant de manière identique les candidats, par lettre du 30 octobre 2019 et en leur demandant de faire évoluer leur offre sur un certain nombre de points, lesquels portaient sur l'amélioration des propositions tarifaires et de la qualité de la planification de la programmation, la décomposition des dépenses de promotion et de soutien à la tauromachie et la prise en compte de la suppression d'une date de spectacle et la réduction du nombre de places protocolaires, qui ne constituaient pas des modifications substantielles des caractéristiques de la concession. Enfin, si en application de l'article 2-5 du règlement de la consultation le délai de validité des offres était fixé à 240 jours à compter de la date limite de remise des offres, les candidats, qui ont déposé une offre modifiée dans les délais requis, doivent ainsi, à supposer que la validité des offres ait expiré à la date du 12 novembre 2019, être regardés comme ayant nécessairement consenti à la prolongation de la validité de leur offre. Par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure de consultation doit être écarté.

10. Enfin il ne résulte pas de l'instruction que cette demande de poursuite des négociations, qui a été adressée dans les mêmes termes aux candidats, a eu pour seul objet et effet d'avantager le candidat pressenti en lui permettant de corriger les éléments sur lesquels il n'obtiendrait pas la meilleure note. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'égalité des candidats et du caractère discriminatoire de la demande de la commune doit être écarté.

En ce qui concerne l'imprécision des critères et l'existence de sous-critères non portés à la connaissance des candidats :

11. Aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *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. 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.* ». La personne publique, qui négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères. Toutefois, si, alors même qu'elle n'y est pas tenue, elle rend publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection, elle ne peut en tout état de cause les modifier après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures.

12. En premier lieu, l'article 4 du règlement de la consultation de la concession en litige indique de manière détaillée chacun des six critères de sélection des offres et leur pondération et mentionne pour chacun les éléments d'appréciation. Ainsi, et alors que la commune de Nîmes n'était pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères énoncés, le cinquième critère intitulé « Promotion et soutien à la tauromachie », évalué sur 15 points était apprécié au vu de la note que devaient établir les candidats présentant des actions concrètes visant à assurer la promotion et le soutien de cette activité, qui laissait aux candidats une liberté dans la proposition d'actions de promotion. Contrairement à ce que soutient la société requérante, qui a d'ailleurs présenté la note demandée et a obtenu 12 points sur 15 sur ce critère, comme la société attributaire, un tel critère n'était pas entaché d'imprécision.

13. En second lieu, le moyen tiré de l'existence de sous-critères non portés à la connaissance des candidats n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé et doit être écarté.

En ce qui concerne la dénaturation de l'offre de la société Porte des Consuls en cours de formation :

14. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

15. En premier lieu, en ce qui concerne le deuxième critère de sélection des offres relatif à la pertinence de la grille tarifaire, apprécié sur 20 points, pour lequel la société Porte des Consuls a obtenu 7,14 points et la société attributaire 18,38 points, il résulte de l'instruction et en particulier de l'extrait du rapport d'analyse des offres joint au courrier du 30 décembre 2019 et des extraits reproduits dans le mémoire en défense de la commune, que le critère était apprécié sur la base d'un devis quantitatif estimatif confidentiel portant sur les différentes catégories de tarifs et les différents spectacles assortis de pondération et en attribuant, pour chaque tarif, une note pondérée. Contrairement à ce que soutient la requérante, il était loisible à la commune d'utiliser une telle méthode de notation du critère relatif à la pertinence de la grille tarifaire sans méconnaître les spécificités d'un contrat de délégation de service public par lequel le risque d'exploitation est transféré au concessionnaire. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que le choix de la simulation utilisée pour la notation ne reflétait pas l'activité ou privilégierait un aspect particulier en

méconnaissant le principe d'égalité entre les candidats. Par suite, si la société fait valoir qu'elle a proposé des tarifs avantageux dans neuf catégories de places sur onze ou que le chiffre d'affaire moyen par spectateur était compétitif, il ne résulte pas de l'instruction que l'application de la grille de notation révélerait une méconnaissance ou une altération manifeste des termes de son offre. Enfin, les avantages offerts par la société attributaire aux abonnés tels que des invitations à des corridas en Espagne n'entraient pas dans la grille de notation du critère en litige et n'ont pas été pris en compte dans la notation de ce critère. Dès lors, le moyen tiré de la dénaturation de l'offre de la requérante au regard du critère de la pertinence de la grille tarifaire ne peut qu'être écarté.

16. En deuxième lieu, en ce qui concerne le troisième critère d'appréciation des offres, relatif à la cohérence du compte prévisionnel d'exploitation avec les engagements contractuels, évalué sur 20 points, pour lequel la société requérante a obtenu 10 points et la société attributaire 20 points, il résulte de l'instruction que ce critère était noté en fonction de l'appréciation générale portée sur la cohérence des recettes et des charges avec l'ensemble des engagements contractuels, selon quatre degrés d'appréciation, et que la note de 10 points correspond à l'appréciation suivante « Les comptes prévisionnels sont globalement cohérents avec l'ensemble des engagements de l'offre du candidat ; plusieurs postes de recettes ou de dépenses semblent surévalués, sous-évalués ou absents. ». Si la société conteste l'appréciation portée sur le budget consacré aux actions de communication et les recettes de billetterie, postes que le pouvoir adjudicateur a estimé sous-évalués, et soutient que la société attributaire a surévalué les recettes de billetterie, notamment en ce qui concerne un spectacle intitulé « Trophée des As », il résulte toutefois de l'instruction et notamment des extraits du rapport d'analyse des offres joint au courrier du 30 décembre 2019 que l'appréciation de l'offre de la requérante est fondée sur le chiffre d'affaires global de la billetterie et non sur la seule appréciation différente portée sur la fréquentation du spectacle précité. Il ne résulte pas de l'instruction que les offres des candidats ont été manifestement méconnues ou leurs termes altérés sur ces points et il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur la manière dont les offres ont été appréciées sur ces points. Enfin, la société conteste la mention du rapport d'analyse des offres relevant que les dépenses de promotion de la tauromachie n'ont pas été reportées dans les comptes prévisionnels et fait valoir que les actions ont déjà été intégrées dans d'autres postes de dépenses, ou sont prises en charge par d'autres sociétés ou sont autofinancées, et que l'offre de la société attributaire a été excessivement valorisée sur ce point. Toutefois, il est constant que la requérante n'a pas fait apparaître ces dépenses dans un poste spécifique comme demandé par la commune, permettant d'apprécier la cohérence des engagements contractuels. Ainsi l'appréciation portée ne repose pas sur une erreur de fait. Le moyen tiré de la dénaturation de son offre ou de la survalorisation de l'offre de l'attributaire sur ce critère ne peut qu'être écarté.

17. En troisième lieu, en ce qui concerne le quatrième critère d'appréciation des offres relatif à la pertinence des outils de communication, évalué sur 15 points, pour lequel la société requérante a obtenu 12 points et la société attributaire 15 points, il résulte de l'instruction que le critère était noté en fonction de quatre niveaux d'appréciation et que l'appréciation portée sur l'offre de la requérante correspond à une « offre moyennement adaptée, présentant quelques points faibles dans la cohérence des actions ou la richesse des supports. ». La société requérante conteste l'appréciation ainsi portée par le pouvoir adjudicateur qui a relevé dans l'extrait du rapport d'analyse des offres communiqué à l'appui de la lettre de rejet de son offre du 30 décembre 2019 un manque de précision dans la ligne éditoriale et la coordination des actions et un manque de modernité de certaines des actions, ne touchant qu'un public restreint. Elle fait valoir que la ligne éditoriale a été explicitée et

repose sur différents vecteurs de communication, dont un site internet et une revue électronique (« e-book ») qui n'a pas été prise en compte. Il résulte toutefois de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres dont un extrait est reproduit dans le mémoire en défense de la commune que les vecteurs de communication tels qu'un site internet et une revue périodique digitale ont été pris en compte. Par ailleurs la société fait valoir que les actions telles que les « comités Vip/People » ou des soirées de présentation, dont le pouvoir adjudicateur a estimé qu'elles manquaient de modernité car destinées à un public restreint, sont proposées également par la société attributaire et ont été valorisées et que, par ailleurs, l'offre de l'attributaire a également été valorisée en ce qu'elle propose d'utiliser les moyens de communication des arènes de Madrid dont son actionnaire est l'actuel gestionnaire pour communiquer sur l'activité des arènes de Nîmes, alors qu'elle n'établit pas en conserver la gestion sur toute la durée de la concession nîmoise. Toutefois alors qu'il n'est pas précisé si les personnalités identifiées par chacun des candidats pour des actions de communication comme permettant d'influencer le public sont les mêmes et que la société attributaire pouvait régulièrement proposer d'utiliser des moyens de communication d'autres arènes, alors même qu'elle n'en serait pas la gestionnaire, il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait manifestement méconnu ou altéré les termes de l'offre de la requérante. Enfin, les appréciations portées sur les mérites respectifs des offres ne relèvent pas de l'office du juge du référé précontractuel. Par suite, le moyen tiré de la dénaturation de l'offre de la société Porte des Consuls en ce qui concerne le critère de la pertinence des outils de communication doit être écarté.

18. En quatrième lieu, si la société requérante soutient qu'en ce qui concerne le cinquième critère de sélection des offres, relatif à la « promotion et [au] soutien à la tauromachie » pour lequel elle a obtenu la même note que l'attributaire soit 12 points sur 15, que son offre a été sous-évaluée et dénaturée car trois des six actions proposées n'ont pas été prises en compte, il résulte de l'instruction et notamment de l'extrait du rapport d'analyse des offres inséré dans le mémoire en défense de la commune, et, ainsi que l'admet en dernier lieu la requérante, que la création d'une « école d'aficion » a été prise en compte dans l'appréciation de son offre, ainsi que la gratuité de certains spectacles destinés au jeune public. Par ailleurs, la proposition d'associer les clubs taurins pour constituer le cartel de la course du dimanche de la feria des vendanges a été prise en compte dans le critère « qualité de la programmation ». Par suite, et alors que la commune n'était pas tenue d'explicitier dans le détail les propositions des candidats retenues pour hiérarchiser les offres, le moyen tiré de la dénaturation de son offre sur ce critère doit être écarté.

19. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir soulevées en défense, que les conclusions de la requête tendant à l'annulation, à titre principal, de la procédure de passation de la délégation de service public pour la gestion des spectacles tauromachiques dans les Arènes de Nîmes et, à titre subsidiaire, de la décision 30 octobre 2019 par laquelle le maire de la commune de Nîmes a relancé les négociations doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions à fin d'injonction tendant à la reprise de la procédure de consultation à la date du 9 septembre 2019.

Sur les frais liés à l'instance :

20. Les dispositions de l'article L. 761-1 font obstacle à ce que soit mis à la charge de la commune de Nîmes qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante le versement à M. et Mme J et M. P en qualité de représentants de la SAS Porte des Consuls en cours de formation d'une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire droit aux conclusions présentées sur le même fondement par la commune de Nîmes et la SAS SCP France et de mettre à la charge de M. et Mme J et de M. P le versement d'une somme de 1 200 euros respectivement à la commune de Nîmes et à la SAS SCP.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête présentée par M. et Mme J et M. P en cours de formation est rejetée.

Article 2 : M. et Mme J et M. P verseront la somme de 1 200 euros respectivement à la commune de Nîmes et à la SAS SCP France en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à M. J, à Mme J, à M. P, à la commune de Nîmes et à la SAS SCP France.

Fait à Nîmes, le 27 janvier 2020,