



**RÉPUBLIQUE  
FRANÇAISE** **Légifrance**  
Le service public de la diffusion du droit

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

## CAA de BORDEAUX, 1ère chambre, 15/06/2023, 21BX02210

CAA de BORDEAUX - 1ère chambre

Audience publique du jeudi 15 juin 2023

Non publié au bulletin

Président  
Mme BROUARD-LUCAS

Rapporteur  
Mme Birsen SARAC-DELEIGNE

Avocat(s)  
BALOUP

### Texte intégral

## RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Kostaldea a demandé au tribunal administratif de Pau de condamner la commune de Guéthary à lui verser la somme de 1 396 362 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 6 juin 2018 en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait du rejet de son offre pour l'occupation et l'exploitation du bâtiment communal " Kostaldea ".

Par un jugement n° 1801867 du 18 mars 2021, le tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête enregistrée le 25 mai 2021, la société Kostaldea, représentée par Me Baloup, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Pau du 18 mars 2021 ;

2°) de condamner la commune de Guéthary à lui verser la somme de 1 396 362 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 6 juin 2018 ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Guéthary la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les premiers juges ont donné au procès-verbal de la commission d'analyse des candidatures du 9 décembre 2017 une valeur qu'il n'a pas ; contrairement à ce qu'a jugé le tribunal ce n'est pas le 9 décembre 2017 que sa candidature a été écartée au motif du montant de la part fixe figurant dans son dossier de candidature mais après l'audition des trois candidatures le 13 janvier 2018 et leur appréciation au regard d'un critère illégal (montant de la redevance) et d'un élément étranger aux critères annoncés (volonté d'un changement d'exploitant) ;
- c'est à juste titre que le tribunal a estimé que l'omission par la commune de l'information des candidats sur la ventilation retenue entre la part fixe de la redevance et la part variable méconnaissait le principe de transparence énoncé par les dispositions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques ;
- la méthode de notation est entachée d'irrégularité dès lors que sa mise en œuvre a conduit à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- sa candidature a été écartée ainsi au terme d'une procédure irrégulière.

Par un mémoire en défense, enregistré le 24 août 2021, la commune de Guéthary, représentée par Me Labarhette, conclut à la réformation du jugement du 18 mars 2021 du tribunal administratif de Pau en tant qu'il a jugé que la procédure mise en œuvre par la commune était irrégulière, au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Kostaldea en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- elle n'a commis aucune faute de nature à engendrer une rupture d'égalité susceptible d'engager sa responsabilité ; la société requérante confond les notions distinctes de critères de sélection des candidatures et la méthode de notation des offres exposée dans le cadre de ses correspondances qu'elle n'était au demeurant pas tenu d'élaborer ni de communiquer ; les gestionnaires domaniaux bénéficient en application de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques d'une très grande liberté dans la définition des modalités de la publicité ainsi que de la procédure de sélection préalable ;
- c'est à tort que le tribunal a retenu le moyen tiré de la méconnaissance du principe de transparence énoncé par les dispositions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques ;
- la société appelante était dépourvue de toute chance sérieuse de remporter le contrat ;
- le non renouvellement de la convention d'occupation du domaine public ne peut en conséquence être analysé comme un préjudice ; c'est à bon droit que le tribunal a estimé que les offres des candidats n'avaient pas été appréciées au regard d'un critère non prévu dans l'avis d'appel public à concurrence, à savoir celui du changement et que la société requérante ne démontrait pas avoir été dépourvue de toute chance sérieuse d'obtenir l'autorisation sollicitée ; le critère économique ne comptait seulement qu'à hauteur de 40 % dans l'appréciation finale des offres et ni sa neutralisation ni l'absence totale de sa valorisation n'aurait permis à la société Kostaldea de remporter le contrat.

Par un courrier du 2 mai 2023, les parties ont été informées en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative de ce que la cour était susceptible de se fonder sur un moyen d'ordre public tiré de l'irrecevabilité des conclusions d'appel incident présentées par la commune de Guéthary dès lors qu'elles ne sont dirigées que contre les motifs du jugement alors que le dispositif fait droit à ses conclusions présentées en première instance.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Birsan Sarac-Deleigne,
- les conclusions de M. Romain Roussel Cera, rapporteur public,
- et les observations de Me Baloup, représentant la société Kostaldea.

Une note en délibéré présentée par Me Baloup, pour la société Kostaldea a été enregistrée le 31 mai 2023.

Considérant ce qui suit :

1. Le 13 octobre 2017, la commune de Guéthary a publié un avis d'appel public à candidature en vue d'autoriser l'occupation du bâtiment communal " Kostaldea ", situé sur la promenade de la plage, destiné à une activité de restauration, pour la période du 1er mai 2018 au 31 décembre 2023. La société Kostaldea qui exploitait sur place un établissement de bar et de restauration depuis le 1er mai 2010 a déposé sa candidature au renouvellement de son contrat. Par un courrier du 17 janvier 2018, le maire de la commune l'a informée du rejet de sa candidature. Estimant que sa candidature a été écartée au terme d'une procédure irrégulière, la société Kostaldea a formé une demande indemnitaire préalable auprès de la commune de Guéthary, par un courrier du 1er juin 2018, resté sans réponse. La société Kostaldea relève appel du jugement du 18 mars 2021 par lequel le tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande tendant à la condamnation de la commune de Guéthary à lui verser la somme de 1 396 362 euros assortie des intérêts au taux légal à compter du 6 juin 2018 en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait du rejet de sa candidature.

Sur la recevabilité de l'appel incident de la commune de Guéthary :

2. L'appel ne pouvant tendre qu'à l'annulation ou à la réformation du dispositif du jugement attaqué, les conclusions dirigées contre les motifs du jugement sont irrecevables. Ainsi, alors que ce jugement lui donnait satisfaction, les conclusions de la commune de Guéthary tendant à la réformation du jugement du 18 mars 2021 du tribunal administratif de Pau en tant qu'il a jugé que la procédure mise en œuvre par la commune était irrégulière sont irrecevables.

Sur les conclusions à fins d'indemnisation :

3. Aux termes des dispositions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques : " Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public

en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution. "

4. Pour sélectionner le candidat appelé à exploiter le bâtiment " Kostaldea " appartenant au domaine public communal dans le respect des principes d'impartialité et de transparence prévues par les dispositions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, la commune de Guéthary a publié un avis d'appel à candidature et précisé dans l'article 2.2 du règlement de consultation valant cahier des charges que les offres seraient appréciées selon les critères suivants : " Expérience, références professionnelles, / Garanties financières, / Pertinence de l'offre, qualité et tarifs des prestations, originalité des objectifs proposés par le candidat pour développer l'établissement, / Montant de la redevance annuelle d'occupation versée à la commune et le % du chiffre d'affaires / Qualité environnementale, / Démarche de développement durable ". Il résulte également de l'instruction qu'en réponse à la demande de la société requérante, tendant à la communication des motifs détaillés du rejet de son offre, le maire de la commune a précisé dans son courrier du 6 février 2018 qu'après sa mise en place, la commission ad hoc a, pour choisir les candidats qui seraient auditionnés dans la seconde phase, pondéré les critères à hauteur de 40 points pour l'offre de prix dont 35 pour la partie fixe et 5 pour le pourcentage du chiffre d'affaires, 30 points pour la prestation, 20 points pour l'expérience professionnelle et 10 points pour le critère qualité environnementale-démarche de développement durable. Si les dispositions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques citées ci-dessus impliquent des obligations de publicité et mise en concurrence préalablement à la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public permettant l'exercice d'une activité économique et exigent notamment d'apporter aux candidats, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres, ces dispositions n'impliquent pas de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des critères retenus. Par suite, et alors au demeurant que la pondération en litige a été utilisée lors de la phase de sélection des candidats auditionnés par la commission, dont a fait partie la société requérante, et qu'elle a obtenu la meilleure note sur le critère du prix avec 39 points sur le maximum de 40 accordés, la société Kostaldea n'est pas fondée à soutenir que la commune de Guéthary aurait méconnu le principe de transparence énoncé par les dispositions précitées de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques en s'abstenant de porter à la connaissance des candidats la pondération des critères retenus, et plus particulièrement la ventilation entre la part fixe et la part variable du critère du prix.

5. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que les offres des candidats auraient été appréciées au regard d'un critère non prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence, à savoir celui du " changement ". A cet égard, s'il est vrai que le maire de la commune a notamment indiqué à la requérante, le 6 février 2018, " que le changement d'exploitant permettrait d'insuffler une nouvelle dynamique à cet établissement emblématique de notre littoral. ", cette appréciation se rattache au critère de la " pertinence de l'offre, qualité et tarifs des prestations, originalité des objectifs proposés par le candidat pour développer l'établissement ". La société requérante n'est dès lors pas fondée à soutenir que la procédure suivie serait entachée, sur ce point, d'une irrégularité.

6. Il résulte ce qui précède qu'en l'absence d'irrégularité affectant la procédure ayant conduit à son éviction, les conclusions indemnitaires de la société appelante ne peuvent qu'être rejetées.

7. Il résulte de tout ce qui précède que la société Kostaldea n'est pas fondée à se plaindre de ce que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a rejeté sa demande indemnitaire.

Sur les frais liés au litige :

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Guéthary, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société Kostaldea demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Kostaldea une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la commune et non compris dans les dépens.

DECIDE :

Article 1er : La requête de la société Kostaldea est rejetée.

Article 2 : La société Kostaldea versera à la commune de Guéthary la somme de 1 500 euros à au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la SARL Kostaldea et à la commune de Guéthary.

Délibéré après l'audience du 17 mai 2023 à laquelle siégeaient :

Mme Brouard-Lucas, présidente,

Mme Birsén Sarac-Deleigne, première conseillère,

Mme Charlotte Isoard, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 15 juin 2023.

La rapporteure,

Birsen Sarac-Deleigne La présidente,

Christelle Brouard-Lucas La greffière,

Marion Azam Marche

La République mande et ordonne au préfet des Pyrénées-Atlantiques en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution du présent arrêt.

2

N° 21BX02210