Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2} 2P.218/2001

Arrêt du 31 janvier 2002
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
greffière Rochat.

Groupement X._____, composé de cinq consorts,
recourants, tous les cinq représentés par le Me Richard Calame, avocat, Trésor 9 (place des Halles), case postale 2232,
2000 Neuchâtel,

contre

Ville de La Chaux-de-Fonds, Tour Espacité, place Le Corbursier, case postale, 2301 La Chaux-de-Fonds,
Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, case postale 3174, 2001 Neuchâtel 1.

adjudication d'un marché public

(recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 9 juillet 2001)

Faits:
A.
Le 8 décembre 1997, le Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds a adjugé au Groupement STEP 2300 le marché public concernant les travaux d'assainissement et d'extension de sa station d'épuration des eaux pour un montant de 2'100'000 fr. Deux soumissionnaires évincés, soit le Groupement G2IR3 et le Groupement X._____, ont recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel qui, par arrêt du 20 février 1998, a confirmé la décision de la Ville de La Chaux-de-Fonds. Seul le Groupement G2IR3 a ensuite formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral.

Par arrêt du 20 novembre 1998 (2P.108/1998, publié aux ATF 125 II 86 ss), le Tribunal fédéral a admis le recours déposé par le Groupement G2IR3 et a constaté l'illicéité de l'arrêt attaqué, pour le motif que la procédure d'adjudication était entachée d'irrégularités.
B.
Le 7 septembre 1999, le Groupement X._____ a adressé au Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds une demande d'indemnisation pour le dommage subi en raison de son éviction et a réclamé une somme de 73'711 fr. correspondant aux dépenses et frais engagés en relation avec la procédure d'adjudication.

Le Conseil communal ayant contesté ces prétentions, le Groupement X._____ a ouvert action devant le Tribunal administratif le 5 mai 2000, en concluant à ce que la Ville de La Chaux-de-Fonds soit condamnée à lui payer un montant de 77'011 fr. plus intérêt à 5% dès le 24 novembre 1999.

Par arrêt du 9 juillet 2001, le Tribunal administratif a déclaré la demande irrecevable. Il a retenu en bref que le soumissionnaire évincé ne pouvait élever des prétentions en dommages-intérêts que s'il avait lui-même recouru contre la décision d'adjudication et obtenu que son caractère illicite soit constaté, de sorte qu'il ne saurait se prévaloir de l'issue favorable d'une procédure menée par un concurrent.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public, le Groupement X._____ conclut, avec suite de frais et

dépens, à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 9 juillet 2001, pour violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics et arbitraire.

Le Tribunal administratif se réfère à son arrêt et conclut au rejet du recours.

Le Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds a déposé des observations et conclut, avec suite de frais, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le présent recours est dirigé contre une décision finale de dernière instance cantonale, qui est fondée sur le droit cantonal (loi sur la responsabilité) et ne peut donc être attaquée que par la voie du recours de droit public (art. 86, 87 et 84 al. 2 OJ). Le recourant, qui est personnellement touché dans ses intérêts juridiquement protégés par le refus du Tribunal administratif d'entrer en matière sur son action en responsabilité, a en outre qualité pour recourir au sens de l'art. 88 OJ. Il y a lieu dès lors d'entrer en matière sur le recours qui a été déposé en temps utile et dans les formes requises par l'art. 90 al. 1 OJ.
2.
2.1 Le recourant se prévaut tout d'abord d'une violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMPu; RS 172.056.4), entré en vigueur le 24 décembre 1996 pour le canton de Neuchâtel. Il soutient notamment que même si cet Accord ne contient pas de disposition expresse sur les prétentions que peut faire valoir un soumissionnaire évincé contre le pouvoir adjudicateur, l'obligation de réparer le préjudice subi découle de l'art. 18 al. 2 AIMPu, prévoyant la constatation du caractère illicite de la décision d'adjudication, lorsque le contrat est déjà conclu et que l'autorité juge le recours bien fondé. Or, en l'espèce, le caractère illicite de la décision d'adjudication du 8 décembre 1997 a clairement été constaté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 1998 (ATF 125 II 86 ss). Le recourant estime dès lors que cette constatation judiciaire définitive est forcément valable à l'égard de tous les soumissionnaires qui ont reçu la décision d'adjudication et leur ouvre le droit à être indemnisés. Il en déduit que l'arrêt attaqué se méprend sur la portée du constat d'illicéité de la décision d'adjudication et privilégie à tort le caractère définitif de cette décision à l'égard du Groupement
X._____ qui n'avait pas recouru auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif du 20 février 1998.
2.2 Le Tribunal fédéral examine en principe librement l'interprétation et l'application des dispositions concordataires faites par les autorités cantonales (ATF 115 Ia 212 consid. 2a; 112 Ia 75 consid. 1b; 109 Ia 335 consid. 5 p. 339 et les références citées). Cela vaut en particulier pour ce qui concerne les règles assurant la régularité de la procédure d'adjudication (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98). Il s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation ou des problèmes techniques (ATF 121 I 279 consid. 3d p. 284; 119 Ia 378 consid. 6a p. 383), de sorte que son pouvoir d'examen est alors pratiquement limité à l'arbitraire (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98).
2.3 Contrairement à ce que prétend le recourant, l'Accord intercantonal sur les marchés publics ne contient aucune disposition sur l'obligation de la collectivité publique de réparer le dommage subi par le soumissionnaire évincé en cas de violation des règles de la procédure d'adjudication. Il présuppose cependant l'existence d'une réglementation pour dédommager ce dernier, dans la mesure où l'art. 18 al. 2 AIMPu permet de faire constater le caractère illicite de la décision d'adjudication (Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997 p. 588 et 604 ch. 3). Toutefois, le paragraphe 34 des Directives d'exécution de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, édictées en 1995 par les représentants des cantons, a repris la règle contenue à l'art. XX ch. 7 lettre c de l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994 et entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (AMP; RS 0.632.231.422). Il prévoit que l'adjudicateur, soit la collectivité publique, répond des dommages causés par une disposition qu'il a prise et dont l'illégalité a été constatée par les instances de recours (al. 1). Cette responsabilité reste limitée à la réparation des dépenses engagées par le soumissionnaire en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (al. 2; voir aussi Evelyne Clerc, op. cit. p. 613); pour le reste, le droit cantonal sur la responsabilité est applicable à l'adjudicateur (al. 3). Les Directives précitées ne font cependant pas partie de l'Accord intercantonal sur les marchés publics; elles n'ont donc pas un caractère contraignant et ne valent qu'à titre de recommandations, tant qu'elles n'ont

pas été expressément reprises par le législateur cantonal (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, n. 601). De même, la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI; RS 943.02), dont l'art. 9 al. 3 permet de constater que la décision attaquée est contraire au droit fédéral pour faciliter une éventuelle demande de dommages-intérêts (voir arrêt 2P. 274/1999 du 2 mars 2000, publié in SJ 2000 I p. 546, consid. 1c), ne contient pas de réglementation propre sur la réparation du dommage. La Confédération ne dispose ainsi d'aucune compétence pour imposer aux cantons des prescriptions en la matière, de sorte que la responsabilité pour les dommages résultant d'une décision illicite est régie exclusivement par le
droit cantonal (voir Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur du 23 novembre 1994, FF 1995 I p. 1255; Attilio Gadola, Rechtschutz und andere Formen des Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 8/1996, n. 4.2.3. p. 977; Robert Wolf, Neues Submissionsrecht für Kantone und Gemeinden, PBG aktuell 1996, p. 17: Thomas Cottier/Manfred Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 12/1995 p. 1590; Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 4/1996 p. 174).
2.4 En l'espèce, il n'est pas contesté que la loi cantonale neuchâteloise sur les marchés public du 23 mars 1999 (LCMP) n'est pas applicable au présent litige qui est régi par l'ancien droit (voir art. 48 LCMP, prescrivant que la loi s'applique aux procédures pour lesquelles l'appel d'offres a été effectué après son entrée en vigueur, soit après le 1er octobre 1999). Dans ces conditions, le recourant ne peut pas déduire un droit à l'indemnisation de la règle sur les dommages intérêts contenue à l'art. 46 LCMP, qui pose le principe de la réparation du dommage causé par le pouvoir adjudicateur en prenant une décision jugée illicite (al. 1), mais limite sa responsabilité aux dépenses engagées par le recourant en relation avec la procédure d'adjudication (al. 2); par conséquent, il ne saurait davantage se prévaloir du paragraphe 34 des Directives d'exécution de l'Accord intercantonal sur les marchés publics. Quant à l'art. XX ch. 7 lettre c AMP, il n'est pas applicable aux marchés publics concernant une commune (ATF 125 II 86 consid. 1a p. 90 et les références citées; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit. n. 6). La protection du recourant ne peut dès lors découler que des règles ordinaires sur la responsabilité de l'Etat, soit de la loi
neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 26 juin 1989 (en abrégé: la loi sur la responsabilité). Le recours doit ainsi être rejeté en tant qu'il porte sur une violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics.
3.
3.1 L'art. 5 de la loi sur la responsabilité pose le principe de la responsabilité de la collectivité publique pour le dommage causé sans droit à un tiers (al. 1). Il précise toutefois que cette responsabilité est exclue pour les dommages résultant de décisions ou de jugements ayant acquis force de chose jugée (al. 2) et que les décisions et jugements modifiés après recours n'entraînent la responsabilité de la collectivité publique que s'ils sont arbitraires (al. 3).
3.2 En l'espèce, le Tribunal administratif a estimé que le recourant ne saurait bénéficier des effets de l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998, constatant le caractère illicite de la décision d'adjudication de la Ville de La Chaux-de-Fonds, alors qu'il avait lui-même renoncé à recourir contre l'arrêt du Tribunal administratif du 20 février 1998; cet arrêt l'ayant débouté dans la procédure cantonale, il était entré en force en ce qui le concerne. De son côté, le recourant soutient qu'il suffit qu'un seul soumissionnaire évincé ait fait constater le caractère illicite de la décision d'adjudication pour que les autres puissent se prévaloir de cette constatation; la juridiction cantonale aurait donc retenu arbitrairement qu'il s'agissait d'une décision entrée en force au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi sur la responsabilité.
3.3 Selon la jurisprudence, l'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution que celle retenue par l'autorité cantonale pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision de l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que celle-ci soit arbitraire dans son résultat (ATF 127 I 54 consid. 2b p.56; 125 I 166 consid. 2a p. 168; 125 II 129 consid. 5b p. 134).
3.4 Si l'opinion du recourant peut certes être soutenue du point de vue dogmatique, l'interprétation contraire du Tribunal administratif n'est cependant pas arbitraire au sens de la jurisprudence précitée. L'ensemble de la doctrine considère en effet que la demande de dommages-intérêts implique d'abord que l'illicéité de la décision d'adjudication ait été constatée avec succès (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit. n. 558; Markus Metz/Gerhard

Schmid, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in ZBl 1998 p. 75/76; Wolf, op. cit. p. 16; Gadola, op. cit. p. 974); elle sous-entend que le demandeur a recouru lui-même pour obtenir la constatation de cette illicéité. La voie de l'action en responsabilité apparaît ainsi comme subsidiaire par rapport à la voie du recours, ce qui signifie qu'il n'y a pas place pour une responsabilité de l'Etat en présence d'une décision entrée en force, non attaquée par un recours (Etienne Poltier, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, RDAF 2000 I p. 327). D'une manière générale, le lésé perd donc son droit d'intenter une action en dommages-intérêts s'il ne fait pas d'abord usage de tous les moyens de droit à sa disposition (Jost Gross, Schweizerisches Staats- haftungsrecht, 2ème
édition Berne 2001, n. 10.4 p.353/354). L'art. 12 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF; RS 170.32) pose d'ailleurs la même règle que l'art 5 al. 2 de la loi sur la responsabilité du canton de Neuchâtel (ATF 119 Ib 208 consid. 3c p. 212).

Il en résulte que le soumissionnaire évincé qui entend demander réparation à la collectivité publique pour le dommage que lui a causé une décision d'adjudication ne peut pas se contenter d'attendre que l'un de ses concurrents fasse constater le caractère illicite de cette décision par l'autorité de recours. Le Tribunal administratif pouvait dès lors retenir sans arbitraire que dans la mesure où le recourant n'avait pas attaqué son arrêt du 20 février 1998 confirmant la décision d'adjudication de la collectivité intimée, il ne pouvait pas non plus ouvrir une action en responsabilité.
4.
Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté, avec suite de frais à la charge solidaire des membres du Groupement X._____ (art. 156 al. 1 et 7 OJ). La collectivité publique intimée ayant procédé sans l'aide d'un mandataire professionnel, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 4'000 fr. est mis à la charge des membres du Groupement X._____, solidairement entre eux.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, à la Ville de La Chaux-de-Fonds et au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel.
Lausanne, le 31 janvier 2002
ROC/elo
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: