

# BGer 2D 16/2016 vom 14. November 2016

Bundesgericht, 2016-11-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_16\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_16_2016)

FR: TF 2D 16/2016 du 14 novembre 2016

IT: TF 2D 16/2016 del 14 novembre 2016

## Regeste

Irrecevabilité d'un recours en raison de sa tardiveté | Droit fondamental

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 141 III 395 consid. 2.1 p. 397).

#### E. 1.1

La décision entreprise, qui prononce l'irrecevabilité du recours, a laissé ouverte la question de savoir si la présente cause concernait les marchés publics. Dans l'affirmative, le recours en matière de droit public ne serait recevable qu'à la double condition que la valeur estimée du mandat à attribuer soit égale ou supérieure aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe ( art. 83 let . f LTF), ce qu'il appartient au recourant de démontrer (cf. ATF 141 II 14 consid. 1.2 p. 20 s.). En l'occurrence, du moment que la recourante a déposé un recours constitutionnel subsidiaire et qu'elle invoque uniquement la violation de droits constitutionnels, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'on est en présence d'une décision en matière de marchés publics au sens de l'art. 83 let . f LTF. En effet, déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ; art. 117 LTF ) pour violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 et 117 LTF ) rendue par une dernière instance supérieure cantonale ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF et 114 LTF ainsi que 113 LTF a contrario ), le présent recours est recevable, sous réserve de ce qui suit.

#### E. 1.2

Le recours doit contenir des conclusions ( art. 42 al. 1 LTF ). Comme le recours au Tribunal fédéral est une voie de réforme (cf. art. 107 al. 2 LTF ), le recourant ne peut en principe pas se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais il doit prendre des conclusions sur le fond du litige. En cas de contestation d'une décision d'irrecevabilité, ces conclusions peuvent consister à demander le renvoi de l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle statue sur le fond ( ATF 137 II 313 consid. 1.3 p. 317; arrêt 2C\_684/2012 du 5 mars 2013 consid. 1.3). En l'occurrence, la recourante conclut uniquement à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il ressort cependant de la motivation du recours, qui peut être prise en considération dans l'interprétation des conclusions, que la recourante demande le renvoi à l'autorité précédente afin que celle-ci entre en matière et statue sur le fond. Le recours est par conséquent recevable sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la réalisation des exigences de l'art. 83 let . f LTF.

## **E. 2**

Invoquant l' art. 9 Cst. , la recourante se prévaut d'une lecture arbitraire du courrier du 19 août 2015 par l'instance cantonale.

### **E. 2.1**

Selon l' art. 9 Cst. toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par 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. Il ne suffit pas que la motivation de la décision critiquée soit insoutenable; encore faut-il que celle-ci se révèle arbitraire dans son résultat. En outre, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle adoptée par l'autorité intimée serait concevable, voire préférable ( ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5).

### **E. 2.2**

S'agissant de l'appréciation des preuves et des constatations de fait, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; arrêt 2D\_73/2015 du 30 juin 2016 consid. 3.1). L'appréciation des preuves doit être arbitraire non seulement en ce qui concerne les motifs invoqués par la juridiction cantonale pour écarter un moyen de preuve, mais également dans son résultat ( ATF 141 I 172 consid. 4.3 et 4.3.1 p. 176 s.; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5; arrêt 2C\_682/2012 du 7 février 2013 consid. 3.1).

### **E. 2.3**

La recourante reproche aux juges précédents d'avoir retenu que le courrier du 19 août 2015 permettait de comprendre que l'entité adjudicatrice avait suivi la recommandation du jury et décidé d'adjuger le mandat au bureau recommandé par le collège d'experts. Dans la décision attaquée, le Tribunal cantonal a admis que la date de l'approbation de la recommandation du collège d'experts par la Fondation interprofessionnelle ne figurait pas dans le courrier du 19 août 2015. Toutefois, l'instance précédente a constaté que la recourante connaissait le choix du collège d'experts depuis le 24 juin 2015, soit la date du courriel adressé par le président du collège d'experts à tous les concurrents. Partant, si la recourante éprouvait encore un doute quant à l'issue du concours à cette date, elle ne pouvait plus en avoir dès réception du courrier du 19 août 2015, accompagné du rapport du collège d'experts. D'après le Tribunal cantonal, cette lettre permettait clairement de "constater la clôture de la procédure d'attribution du marché, le nom de l'adjudicataire et l'échec de l'offre de la recourante" (cf. arrêt attaqué, p. 10). Le courrier comportait en outre la mention de décision avec l'indication de la voie et du délai de recours, l'invitation des participants malheureux à venir retirer leurs plans et maquettes, ainsi que la convocation au vernissage officiel de l'exposition. Enfin, les juges précédents ont relevé que le courrier était cosigné par le président de la Commune de Port-Valais ainsi que par deux membres du conseil de fondation de la Fondation interprofessionnelle. L'instance précédente en a conclu que la recourante ne pouvait de bonne foi douter de l'existence de l'approbation tant par la commune que par la Fondation

interprofessionnelle de la recommandation du collège d'experts. Une telle appréciation n'est pas insoutenable. Quoi qu'en dise la recourante, le Tribunal cantonal pouvait sans arbitraire considérer qu'au vu de l'ensemble des éléments figurant dans le courrier du 19 août 2015 (soit l'invitation à retirer les plans et les maquettes, la convocation au vernissage officiel de l'exposition, la mention de décision et l'indication de la voie et du délai de recours), la signature des deux membres du conseil de fondation de la Fondation interprofessionnelle permettait de comprendre que celle-ci avait approuvé la recommandation du collège d'experts. Cette appréciation se justifie d'autant plus que le collège d'experts avait déjà informé la recourante de son choix dans un courriel précédent et que la lettre du 19 août 2015 visait notamment, sous la plume du Président de la commune et de la Fondation interprofessionnelle, à confirmer sa recommandation sous la forme d'une décision formelle. Le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves doit ainsi être rejeté.

### **E. 3**

Invoquant à nouveau l'art. 9 Cst. et le droit à la protection de la bonne foi, la recourante se plaint de l'application arbitraire (sur cette notion: cf. consid. 2.1) de l'art. 31 de la loi valaisanne du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RS/VS 172.6).

#### **E. 3.1**

L'art. 31 LPJA prévoit qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties. Le principe énoncé à l'art. 31 LPJA est un principe général du droit, déduit de l'art. 9 Cst. protégeant la bonne foi du citoyen dans ses relations avec l'Etat (cf. arrêts 1C\_15/2016 du 1er septembre 2016 consid. 2.2; 2C\_708/2015 du 7 mars 2016 consid. 3.3; 2C\_857/2012 du 5 mars 2013 consid. 3.1). Ainsi, une décision irrégulièrement notifiée n'est pas nulle, mais simplement inopposable à ceux qui auraient dû en être les destinataires; une telle décision ne peut donc pas les lier, mais la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité (arrêt 8C\_130/2014 du 22 janvier 2015 consid. 2.3.2 publié in SJ 2015 I 293). Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si les parties intéressées ont réellement été induites en erreur par l'irrégularité de la notification et ont, de ce fait, subi un préjudice. Ce principe comporte toutefois une réserve: l'art. 5 al. 3 in fine Cst. impose au citoyen d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi ( ATF 138 I 49 consid. 8.3.2 p. 53 s.).

#### **E. 3.2**

Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal a considéré que le courrier du 19 août 2015, accompagné du rapport du collège d'experts, permettait clairement de constater la clôture de la procédure d'attribution du marché, le nom de l'adjudicataire et l'échec de l'offre de la recourante. Admettant que le courrier comportait des irrégularités, les juges cantonaux ont néanmoins considéré qu'il avait atteint son but, à savoir la communication de l'issue du concours. Compte tenu des circonstances, l'instance précédente a estimé qu'au lieu de réclamer une correction de la notification de la décision, la recourante aurait dû s'efforcer de déposer son recours dans le délai de dix jours dès réception du courrier litigieux. En l'occurrence, il n'est pas contesté que le courrier du 19 août 2015 comporte des irrégularités. En effet, contrairement à ce que prévoit le droit cantonal de procédure, le courrier n'est pas couvert par la signature du secrétaire municipal (cf. art. 97 al. 1 de la loi du 5 février 2004 sur les communes [LCo; RS/VS 175.1]) et la décision ne mentionne pas l'approbation des recommandations du collège d'experts par le Conseil municipal (cf. art. 97 al. 2 LCo ).

L'instance précédente a par ailleurs relevé que la Fondation interprofessionnelle ne constituait vraisemblablement pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RS/GE L 6 05). Il s'agit donc d'examiner si la recourante a été induite en erreur par ces irrégularités et a, de ce fait, subi un préjudice. D'après l'intéressée, les irrégularités contenues dans le courrier du 19 août 2015 l'ont amenée à la conclusion que ce document servait uniquement à informer les concurrents de la recommandation du collège d'experts. La recourante n'aurait donc eu aucune raison d'attaquer cet acte en justice, puisqu'elle s'attendait à recevoir une décision formelle sur ce point. Elle expose que ce n'est qu'à partir du 16 septembre 2015, date de la réception du courrier de la commune lui indiquant que la recommandation du collège d'experts avait été approuvée par la Fondation interprofessionnelle, qu'elle aurait pu se rendre compte que le courrier du 19 août 2015 constituait une décision. Ce raisonnement n'emporte pas la conviction. D'une part, comme l'a constaté l'autorité précédente, le courrier permettait clairement de constater la clôture de la procédure d'attribution du marché, le nom de l'adjudicataire et l'échec de l'offre de la recourante (cf. arrêt attaqué, p. 10). C'est également sans arbitraire que l'instance précédente a considéré que la recourante ne pouvait de bonne foi douter de l'existence de l'approbation tant par la commune que par la Fondation interprofessionnelle (cf. supra consid. 2.3). D'autre part, et de manière plus déterminante, il ressort de l'arrêt attaqué (cf. art. 105 al. 2 LTF) que le courrier du 19 août 2015 mentionnait expressément qu'il s'agissait d'une "décision" sujette à "recours dans les 10 jours dès la présente notification auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal à Sion". Le courrier précisait ainsi non seulement le nom de l'adjudicataire retenu dans le cadre de la procédure sur invitation mais indiquait également qu'il s'agissait d'une décision sujette à recours. En pareilles circonstances, il appartenait à la destinataire du courrier d'agir, si elle entendait contester le choix de l'adjudicataire, dans le délai imparti. La recourante ne pouvait, sans manquer à l'attention commandée par les circonstances, se borner à informer le Conseil municipal que son courrier du 19 août 2015 contenait des irrégularités et attendre la notification d'une nouvelle décision. Dans ces conditions, l'intéressée, qui ne prétend du reste pas que son courrier du 31 août 2015 aurait dû être considéré comme un recours par l'autorité communale, ne peut se réclamer d'une protection fondée sur la bonne foi.

### **E. 3.3**

Il s'ensuit que les griefs d'application arbitraire du droit cantonal et de violation du principe de la protection de la bonne foi sont infondés.

### **E. 4**

Dans un dernier grief invoqué en lien avec l'art. 9 Cst., la recourante se plaint d'une attitude contraire au principe de la bonne foi de la part de l'autorité communale.

#### **E. 4.1**

Ancré à l'art. 9 Cst., et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci (cf. ATF 141 V 530 consid. 6.2 p. 538;

137 II 182 consid. 3.6.2 p. 193 et les références citées). Entre autres conditions, l'autorité doit être intervenue à l'égard du citoyen dans une situation concrète et celui-ci doit avoir pris, en se fondant sur les promesses ou le comportement de l'administration, des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (cf. ATF 139 II 361 consid. 7.1 p. 381 et les références). A l'instar de tous les griefs d'ordre constitutionnel, la protection de la bonne foi est soumise aux conditions de motivation accrues découlant de l' art. 106 al. 2 LTF , également applicable au recours constitutionnel subsidiaire (cf. art. 117 LTF ) : le recourant doit exposer, de manière claire et détaillée, en quoi consiste la violation du droit constitutionnel invoqué (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2 p. 232 et les références citées).

#### **E. 4.2**

La recourante prétend que la commune de Port-Valais a adopté un comportement contraire à la bonne foi en omettant d'indiquer à l'intéressée, dans son courrier du 1er septembre 2015, que la Fondation interprofessionnelle avait déjà approuvé la recommandation du collège d'experts. En l'occurrence, il est douteux que le grief du recourant réponde aux exigences de motivation accrue de l'art. 106 al 2 LTF. Quoi qu'il en soit, on ne voit pas quelles dispositions la recourante aurait pu prendre et auxquelles elle ne saurait renoncer sans subir de préjudice. En effet, le courrier de la commune a été notifié à la recourante alors que le délai de recours contre la décision du 19 août 2015 était déjà arrivé à échéance (cf. supra consid. 3.2). La critique de la recourante doit partant être rejetée.

#### **E. 5**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ) et n'a pas droit à des dépens ( art. 68 al. 1 LTF ). Elle versera en outre une indemnité à titre de dépens à la Fondation interprofessionnelle, représentée par un avocat, qui s'est déterminée dans la procédure de recours engagée devant la Cour de céans ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Aucune indemnité à titre de dépens ne sera en revanche accordée à la commune de Port-Valais ( art. 68 al. 3 LTF ; cf. ATF 134 II 117 consid. 7 p. 118 s.).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.