

BGer 2P.71/2005 vom 27. Januar 2006

Bundesgericht, 2006-01-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.71_2005

FR: TF 2P.71/2005 du 27 janvier 2006

IT: TF 2P.71/2005 del 27 gennaio 2006

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 130 II 65 consid. 1 p. 67; 388 consid. 1 p. 389 et les références citées).

E. 1.1

Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, le recours de droit public est de nature purement cassatoire et ne peut donc tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée (ATF 129 I 129 consid. 1.2.1 p. 131/132, 173 consid. 1.5 p. 176; 128 III 50 consid. 1b p. 53 et la jurisprudence citée). La conclusion des recourantes tendant à la réforme de l'arrêt entrepris est en conséquence irrecevable.

E. 1.2

Le présent recours est dirigé contre une décision finale de dernière instance cantonale, qui est fondée sur le droit cantonal (loi cantonale 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). Les recourantes, qui sont personnellement touchées dans leurs intérêts juridiquement protégés par l'arrêt attaqué rejetant leur action en responsabilité, ont 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.

E. 2

Le recourant se plaint d'arbitraire essentiellement dans l'appréciation des preuves et la constatation des faits.

Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, 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. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables; il faut encore que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (cf. ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9, 173 consid. 3.1 p. 178; 128 I 273 consid. 2.1 p. 275 et les références citées).

En particulier, lorsque le recourant s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1

p. 9).

E. 3

Les recourantes reprochent en premier lieu au Tribunal administratif d'avoir arbitrairement retenu qu'elles n'avaient pas répondu à la proposition de l'administration fribourgeoise de leur rembourser les frais d'établissement de leur offre initiale. Elles se réfèrent à ce sujet à un courrier de leur conseil du 18 janvier 2000, produit à l'appui de leur mémoire de réplique du 15 février 2000 dans le cadre de leur recours du 12 janvier 2000.

Les recourantes n'ont pas invoqué le remboursement de ces frais dans leur action en responsabilité du 21 janvier 2002. Elles ne l'avaient pas fait non plus dans leur demande préalable de dommages et intérêts devant le Conseil d'Etat du canton de Fribourg le 20 avril 2001. Le Tribunal administratif n'avait donc pas à statuer sur ce remboursement et il s'est borné à rappeler l'absence de conclusions concernant ce poste du dommage. Il est indifférent qu'il ait omis, dans ce qu'il faut considérer comme un obiter dictum, de rappeler le contenu de la lettre du conseil des recourantes du 18 janvier 2000. Dans la partie "En fait" de l'arrêt attaqué, l'autorité intimée a d'ailleurs rappelé qu'un montant de 31'005 fr. avait été offert le 14 janvier 2000 mais que les recourantes n'avaient pas envoyé de facture ni indiqué d'adresse de paiement, de sorte que le montant n'avait pas pu être versé. Cette affirmation n'est pas contredite par les documents figurant au dossier et les recourantes n'ont pas produit de pièce attestant de l'envoi d'une facture et de l'indication d'une adresse de paiement.

L'autorité intimée n'a donc pas procédé à une appréciation arbitraire des faits. A supposer que son interprétation de la lettre du conseil des recourantes soit critiquable, l'arrêt attaqué ne serait de toute façon pas arbitraire dans son résultat puisque les recourantes n'ont pas articulé de conclusion du chef des frais d'établissement de leur dossier.

E. 4

Les recourantes font valoir ensuite que le jugement entrepris choque le sentiment du droit et l'équité dans la mesure où il écarte leur droit à des dommages et intérêts pour le motif qu'elles n'avaient pas démontré avec une vraisemblance suffisante qu'elles auraient obtenu le marché public en cause en cas de procédure régulière. Elles prétendent que leur offre initiale était la plus avantageuse et qu'elles auraient pu, dans le cadre d'une nouvelle procédure d'adjudication, formuler une offre encore plus favorable dès lors qu'elles connaissaient celles de leurs concurrents.

E. 4.1

Les recourantes ne contestent pas le refus de l'autorité intimée de leur allouer une part des frais de procès et d'indemniser leurs administrateurs pour les frais liés aux différentes procédures engagées. Le litige ne porte donc plus que sur le manque à gagner encouru du fait de la non-adjudication du nouveau lot 180.25. La décision du Tribunal administratif d'annuler totalement la procédure de soumission initiale, si elle comportait le risque de provoquer des offres anormalement basses, échappe cependant à l'arbitraire (ATF 129 I 313 consid. 10 p. 328/329). Les recourantes ne critiquent d'ailleurs pas le jugement entrepris sur ce point. Si la division initiale du marché entre signalisation fixe et active était irrégulière, elle ne l'était plus dès l'entrée en force de l'arrêt du Tribunal administratif du 7 avril 2000. En ce qui concerne le nouveau lot 182.53 mis en soumission, Y. _____ SA a présenté le 5 avril 2000 une offre, qui n'a pas été retenue. Le Tribunal administratif a omis de relever cette circonstance de fait, ce qui ne porte toutefois pas à conséquence. Ces

travaux ont été attribués à une entreprise tierce; la décision d'adjudication y relative n'a pas été frappée de recours, de sorte que les recourantes ne peuvent pas invoquer un dommage lié aux travaux de signalisation fixe, mais uniquement celui relatif aux travaux de signalisation active (nouveau lot 180.25).

E. 4.2

Il n'est pas contesté que le nouvel art. 3a al. 2 de la loi fribourgeoise du 12 février 1998 sur les marchés publics (mis en vigueur le 1er janvier 2002), qui limite la responsabilité des adjudicateurs aux seules dépenses que le soumissionnaire a engagées en relation avec la procédure d'adjudication et de recours, n'est pas applicable au cas d'espèce, si bien que les recourantes sont fondées à réclamer la réparation du dommage subi du fait de la non-adjudication du lot 180.25 en application de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents. Selon l'art. 6 al. 1 LResp./FR, les collectivités publiques répondent du préjudice que leurs agents causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions. Dans le cas particulier, le caractère illicite tant de la procédure initiale que de celle du nouveau lot 180.25 a été clairement établi par le Tribunal administratif. Il reste donc à examiner si les recourantes auraient eu des chances raisonnables d'emporter le marché si les procédures d'appel d'offres et d'adjudication n'avaient pas été entachées d'irrégularités.

E. 4.3

On ne peut faire grief aux recourantes de n'avoir pas déposé d'offre dans la procédure de soumission du nouveau lot 180.25 puisqu'elles ne répondaient pas au critère d'aptitude de la détention d'un capital social d'un million de francs que le Bureau des autoroutes avait retenu, selon le jugement du Tribunal administratif du 13 mars 2001, dans le dessein de les écarter du marché et de favoriser ainsi la société Z._____ SA. L'examen des chances des recourantes d'obtenir l'adjudication des travaux ne peut dès lors s'opérer qu'au regard de leur offre initiale et de celle de Z._____ SA avant les modifications illicites apportées à ce marché. A cet égard, la comparaison entre le montant de l'offre des recourantes dans la procédure d'appel d'offres du nouveau lot 182.53 avec celle de A._____ AG, entreprise adjudicatrice, n'est pas déterminante puisqu'on ignore quelle a été l'offre formulée par Z._____ SA.

Il convient de rappeler que dans l'appel d'offres initial, seules trois entreprises soumissionnaires avaient été retenues à l'issue de la procédure de préqualification. Du point de vue du prix, l'offre des recourantes était la plus avantageuse, leur offre brute, TVA non comprise, s'élevant à 2'196'778 fr. contre 2'350'000 fr. pour l'offre la plus proche, soit celle de Z._____ SA. L'écart entre les deux offres représente ainsi 153'322 fr., celle des recourantes étant plus favorable dans la proportion de 6,52%. L'autorité intimée a admis que l'offre initiale des recourantes donnait certaines indications sur leur compétitivité mais elle a retenu d'une part que la comparaison entre l'offre initiale et les deux nouveaux appels d'offres n'était pas possible compte tenu de la modification de nombreuses positions, d'autre part que les écarts constatés pour l'offre initiale n'étaient pas suffisamment sensibles pour en conclure que les recourantes auraient pu obtenir le marché litigieux.

Ce raisonnement n'emporte pas conviction. La difficulté liée à la comparaison de l'offre initiale en raison de modifications ultérieures, dont on sait qu'elles ont été entachées d'irrégularités, n'est pas imputable aux recourantes et ne doit pas leur être préjudiciable. Pour le surplus, l'écart séparant l'offre des recourantes de celle de la société Z._____ SA

est suffisamment important (6,52%) pour admettre avec une vraisemblance suffisante que les recourantes auraient pu obtenir le marché. Les aptitudes des recourantes avaient été examinées dans la phase de préqualification qu'elles avaient subi avec succès. En outre, de l'avis même du pouvoir adjudicateur, le critère déterminant pour la phase de qualification était le prix articulé. Il faut rappeler que, contrairement à la procédure de préqualification, la phase de qualification a été caractérisée par l'absence de tout tableau détaillé des offres et de toute grille de comparaison (cf. arrêt du Tribunal administratif du 4 juillet 2000, consid. 3b). Ces lacunes, dont les recourantes n'ont pas à pâtir, excluent de leur opposer d'éventuelles objections quant à leur aptitude à réaliser les travaux concernés. Dans la mesure où cette aptitude doit être considérée comme établie, le critère d'appréciation décisif ne peut résider que dans le montant de l'offre. Or cette offre était sensiblement plus avantageuse que celle de Z._____ SA avant les agissements illicites du pouvoir adjudicateur (modification des critères d'adjudication, inversion de leur ordre d'importance après le dépôt des offres, omission d'information aux entreprises soumissionnaires, division irrégulière du marché). Le refus d'attribuer les travaux litigieux aux recourantes, qui avaient présenté l'offre la plus favorable au niveau du prix, résultait exclusivement d'agissements manifestement contraires au principe de la transparence. Il convient en conséquence d'en faire abstraction et de constater que les recourantes auraient eu des chances réelles d'emporter le marché en cas de procédure régulière; le degré de vraisemblance de l'attribution des travaux dépasse ainsi la simple possibilité retenue par le Tribunal administratif.

E. 4.4

Point n'est cependant besoin d'examiner plus avant cette argumentation, du moment que l'arrêt attaqué rejetant la demande d'indemnisation - examiné sous l'angle restreint de l'arbitraire (ATF 131 I 217 consid. 2.1 et les arrêts cités) - apparaît malgré tout soutenable pour un autre motif.

E. 5

En effet, dans le cadre de la procédure de recours cantonale relative à l'attribution du nouveau lot 180.25 (2A 00 70), les recourantes ont omis de demander l'effet suspensif à leur recours du 10 juillet 2000, alors qu'elles l'avaient fait - de manière assez ambiguë, il est vrai - dans la première procédure de recours (2A 00 4). L'effet suspensif n'ayant pas été requis ni octroyé d'office par le tribunal, la procédure d'adjudication portant sur l'attribution du nouveau lot 180.25 a pu continuer et aboutir le 5 septembre 2000 à l'adjudication des travaux à Z._____ SA, puis, le 26 septembre 2000, à la signature du contrat d'entreprise entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. En conséquence, dans son arrêt du 13 mars 2001, le Tribunal administratif n'a pu que constater le caractère illicite de la procédure d'adjudication en question. Il a considéré en bref que le but recherché par l'introduction d'un nouveau critère d'aptitude, soit l'exigence d'un capital social supérieur à un million de francs, était d'écarter les recourantes, ce qui constituait un comportement inadmissible et que l'on ne pouvait tolérer que, par pareils artifices - cousus de fil blanc -, un service de l'Etat manipule à sa guise les règles fondamentales de concurrence protégées par la législation sur les marchés public. C'est dire qu'une requête d'effet suspensif, si elle avait été présentée en bonne et due forme par les recourantes, aurait très probablement été admise ou du moins n'aurait pas apparu comme d'emblée dénuée de chances de succès.

On peut donc se demander si les recourantes ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher le dommage de se produire. Il n'est en tout cas pas insoutenable de rejeter la

demande de dommages-intérêts pour le motif que, dans la nouvelle procédure de recours (2A 00 70), les recourantes n'ont pas présenté de requête d'effet suspensif. Car on peut légitimement attendre d'un soumissionnaire évincé qu'il utilise tous les moyens juridiques raisonnables à sa disposition pour empêcher une adjudication qui lui paraît illicite et la conclusion du contrat qui s'ensuit. Le but de la procédure d'adjudication n'est pas de permettre à un soumissionnaire qui a été évincé de manière illicite d'obtenir des dommages-intérêts, mais plutôt de parvenir à une adjudication qui respecte toutes les règles relatives aux marchés publics. Dans ce domaine, le recours n'a pas d'effet suspensif automatique. Il appartient donc à la partie recourante de le requérir; elle ne peut pas rester inactive et tabler sur le fait que le juge fera usage de sa faculté d'ordonner l'effet suspensif d'office. Certes, le juge saisi d'une requête d'effet suspensif ne l'admet qu'avec une certaine circonspection et après une pesée des intérêts en présence. La requête d'effet suspensif est toutefois une mesure simple, qui s'insère facilement dans le recours et ne nécessite pas une motivation très poussée. En tout état de cause, il convient de solliciter l'effet suspensif dès l'instant où il y a un risque que le contrat soit conclu entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur avant l'issue de la procédure de recours.

L'octroi d'éventuels dommages-intérêts implique que l'illicéité de la procédure d'adjudication ait été constatée avec succès et que le soumissionnaire évincé ait recouru lui-même pour en obtenir la constatation. La voie de l'action en responsabilité apparaît ainsi comme subsidiaire par rapport à la voie du recours. Le lésé perd ainsi en général son droit de réclamer des dommages-intérêts s'il ne fait pas usage de tous les moyens de droit à sa disposition (arrêt 2P.218/2001 du 31 janvier 2002, consid. 3.4, reproduit in SJ 2002 I p. 421). Par analogie, on peut admettre que le soumissionnaire évincé qui entend demander réparation du dommage que lui a causé une décision du pouvoir adjudicateur ne saurait se contenter de faire constater le caractère illicite de la procédure d'adjudication par l'autorité de recours, mais doit également, lorsque le contrat n'a pas déjà été conclu, demander dès que possible l'effet suspensif au recours, afin d'empêcher le dommage de se produire.

Le Tribunal administratif pouvait dès lors retenir sans arbitraire que, dans la mesure où les recourantes n'avaient pas demandé l'effet suspensif à leur recours du 10 juillet 2000, elles ne pouvaient plus ouvrir une action en responsabilité. En résumé, l'arrêt entrepris n'est pas arbitraire dans son résultat.

E. 6

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant, les recourantes doivent supporter un émolument judiciaire, solidairement entre elles (art. 156 al. 1 et 7 OJ). L'Etat de Fribourg n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 2 OJ).

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