

NE_GERICHTE TA.2000.166 vom 9. Juli 2001

NE Tribunal cantonal, 2001-07-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2000.166

FR: NE_GERICHTE TA.2000.166 du 9 juillet 2001

IT: NE_GERICHTE TA.2000.166 del 9 luglio 2001

Erwägungen

E. 1

Le présent jugement sur moyen séparé a pour but de déterminer si la demande est recevable et si elle doit être, dans son principe, admise ou non.

E. 2

a) Comme l'a spécifié le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 1998 (ATF 125 II 91 cons.1d), le marché litigieux est régi par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; entré en vigueur pour le canton de Neuchâtel le 24.12.1996, v. RO 1996, p.3258 et loi du 26.06.1996 portant adhésion à l'AIMP, RSN 601.70). La loi cantonale du 23 mars 1999 sur les marchés publics (LCMP; RSN 601.72) n'entre en effet pas en considération dans la mesure où elle s'applique à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres a été effectué après le 1er octobre 1999 (art.48 al.1 LCMP). Or, l'appel d'offre a en l'espèce été publié au mois de mars 1997 (D.2/1). b) L'AIMP ne contient pas de règles relatives aux prétentions que peut faire valoir contre le pouvoir adjudicateur un soumissionnaire illicitement évincé. Le paragraphe 34 des Directives pour l'exécution de l'AIMP stipule certes que les adjudicateurs sont responsables des dommages qu'ils ont causés par une décision dont l'illégalité a été constatée par les instances de recours (al.1), responsabilité régie par le droit cantonal (al.3) et qui se limite aux dépenses subies en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (al.2). Toutefois, tant la Cour de céans (ATA du 20.02.1998, cons.4b) que le Tribunal fédéral (ATF 125 II 99 cons.7a) ont retenu que les Directives n'ont pas de force juridiquement contraignante dans le canton de Neuchâtel. La doctrine considère par ailleurs que la responsabilité des entités adjudicatrices pour les actes illicites commis durant la passation d'un marché relève du droit public et non du droit privé (Clerc , L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, 1997, p.588-596). Dès lors, faute d'une réglementation spécifique découlant du droit des marchés publics, il y a lieu d'appliquer la législation cantonale ordinaire sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp, RSN 150.10). Cette solution correspond au demeurant aux avis exprimés sur ce sujet par la doctrine (Clerc , op.cit., p.603, 604, Esseiva , in DC 2/99, p.60, Poltier , Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I, p.325).

E. 3

Les conditions qui permettent de retenir la responsabilité de l'Etat dans le domaine des marchés publics ne divergent pas, sinon sur des points de détail, de celles qui sont exigées usuellement en droit ordinaire. En effet, il est nécessaire d'établir l'existence d'un acte illicite, d'un préjudice et d'un lien de causalité adéquate (Poltier , op.cit., p.327, Clerc , op.cit., p.604). Toutefois, la responsabilité de l'Etat est subsidiaire par rapport à la protection juridictionnelle garantie par le recours contre la décision. Aucune procédure en

dommages-intérêts ne peut être engagée contre une décision ayant acquis force de chose décidée ou jugée. Soit qu'elle n'ait pas été contestée, soit qu'elle ait été contestée en vain et ne soit pas susceptible d'un recours ordinaire. Une demande en réparation du préjudice causé par une décision n'est recevable que si le lésé a préalablement obtenu, au moins partiellement, gain de cause dans une procédure de recours contre la décision en cause (Clerc, op.cit., p.605-606). Concrètement, le soumissionnaire évincé doit donc contester dans un premier temps l'adjudication, dans le but d'en obtenir, si possible, l'annulation ; lorsque le contrat a déjà été conclu, il doit se borner à demander au juge administratif de constater l'illicéité de l'adjudication. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse qu'il sera à même d'obtenir, dans une seconde procédure, des dommages et intérêts (Poltier, op.cit., p.327). La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a, au demeurant, récemment spécifié que lorsqu'une entreprise, bien que soumissionnaire, ne recourt pas contre la décision attribuant un marché à une société concurrente, ladite décision devient définitive à son égard et ne saurait être remise en cause (JAAC 64.29 p.403, cons.1b). De la même manière, la Commission a considéré qu'en cas d'admission d'un recours, seules la recourante et la soumissionnaire retenue à l'origine devaient être appelées à prendre part à la procédure de soumission devant être reprise puisque les autres participants n'ont pas attaqué l'adjudication et s'en sont accommodés (JAAC 62.80, p.805, cons.3c). Il résulte clairement de ce qui précède qu'un soumissionnaire ne peut élever des prétentions en dommages-intérêts contre le pouvoir adjudicateur que s'il a lui-même préalablement recouru contre la décision d'adjudication et obtenu, lorsque le contrat a déjà été signé avec l'adjudicataire, que son caractère illicite soit constaté. Le concurrent évincé ne saurait donc se prévaloir de l'issue favorable d'une procédure de recours menée par un autre participant à la soumission pour réclamer à son tour à la collectivité publique concernée la réparation du dommage qu'il a subi. En l'espèce, le groupement R. a certes attaqué auprès du Tribunal administratif la décision d'adjudication du 8 décembre 1997. Toutefois, il n'a pas poussé plus avant la procédure après avoir été débouté par l'arrêt rendu par la Cour de céans le 20 février 1998. Il ne saurait donc bénéficier des effets de l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998, instance qu'il a sciemment renoncé à saisir. Par voie de conséquence, compte tenu du principe de subsidiarité de la responsabilité de l'Etat par rapport à la protection offerte par les voies de recours contre la décision d'adjudication, le groupement n'est pas légitimé à déposer une demande d'indemnisation au sens de la LResp.

E. 4

Le demandeur soutient que la responsabilité de la défenderesse est également engagée à titre pré-contractuel (*culpa in contrahendo*), en concours avec la responsabilité découlant du droit public. La doctrine est divisée quant à savoir si le pouvoir adjudicateur peut aussi être appelé à répondre du dommage du chef de la *culpa in contrahendo* dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public. Gauch (*Werkvertrag*, 1996, p.143-145; *Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes*, in RDS 1995, p.334 ss) estime que oui car selon lui, lors d'une soumission, le pouvoir adjudicateur entre dans un rapport de négociation de contrat avec chacun des soumissionnaires. Ce rapport ressortit au droit privé et oblige les parties à agir selon les règles de la bonne foi (art.2 CC). Son éventuelle violation peut engager la responsabilité du fautif conformément aux règles applicables à la *culpa in contrahendo*. Clerc (op.cit., p.598-601) est d'un avis contraire : pour elle, la phase de passation du marché est une procédure administrative où les droits et obligations des "parties" sont régies exclusivement par les règles de droit public, qu'il s'agisse des réglementations sur les marchés publics ou des principes généraux de l'activité

administrative, tels le principe de la bonne foi. De plus, la responsabilité de droit public couvre aussi bien la violation des règles spécifiques de droit public que celle des principes généraux de l'activité administrative, y compris le principe de la bonne foi. En d'autres termes, la responsabilité spéciale de droit public englobe aussi bien une responsabilité délictuelle de droit public qu'une éventuelle "culpa de droit public" découlant de la violation du principe de la bonne foi. Poltier (op.cit., p.297 ss) abonde dans ce sens et souligne que la thèse défendue par Gauch se rattache à l'ancien droit dans lequel le régime des marchés publics relevait du droit privé et où l'adjudication constituait une manifestation de volonté d'une collectivité publique, simple préalable à la conclusion d'une convention privée. Désormais, la procédure de passation des marchés publics est régie par un corps de règles, fort étoffé au demeurant, relevant du droit public. En outre, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter dans ce cadre les principes généraux du droit public, à savoir notamment celui de la bonne foi, ce qui rend très largement superflu le recours à la notion de droit privé de culpa in contrahendo. Aux yeux de la Cour de céans, il convient de se rallier à cette dernière opinion et retenir qu'en l'espèce la responsabilité de la défenderesse est entièrement régie par le droit public, ce qui exclut tout recours direct à la notion de culpa in contrahendo existant en droit privé pour fonder le principe de la responsabilité. En effet, lorsqu'elle rend une décision d'adjudication, et par analogie lorsqu'elle conduit une procédure de passation d'un marché public, l'autorité agit en vertu de sa puissance publique, ainsi que l'a pour la première fois admis le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 1998 (ATF 125 II 95 cons.3b). Or, la LResp a été conçue de telle façon que lorsque l'exercice du pouvoir de puissance publique est en cause, la responsabilité de la collectivité publique ne peut être réglée que par le droit public (BGC 155 [1989] I p.119). Cette solution paraît d'autant plus fondée que lors des débats parlementaires relatifs à l'article 34 al.2 de la loi fédérale sur les marchés publics – dont le contenu est similaire au paragraphe 34 al.2 des Directives – une proposition tendant à soumettre le régime de la responsabilité du pouvoir adjudicateur aux règles du code des obligations, et plus particulièrement au principe de la culpa in contrahendo, a été clairement écartée au profit de la réglementation découlant du droit public (BO CN 1994, p.2304-2306). Dès lors, l'argumentation défendue sur ce point par le demandeur doit être rejetée.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que la demande doit être déclarée irrecevable. Vu l'issue de la procédure, le demandeur sera condamné au paiement des frais de cause (art.47 al.1 LPJA). Il n'y a en outre pas lieu à allocation de dépens (art.48 al.1 LPJA a contrario).

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