

VS_GERICHTE C1 14 108 vom 25. September 2018

VS Kantonsgericht, 2018-09-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_14_108

FR: VS_GERICHTE C1 14 108 du 25 septembre 2018

IT: VS_GERICHTE C1 14 108 del 25 settembre 2018

Regeste

RVJ / ZWR 2020 177 Droit des obligations - responsabilité des collectivités publiques - ATC (Cour civile II) du 25 septembre 2018, X. SA, Y. SA et Z. c. Etat du Valais - TCV C1 14 108 Responsabilité du pouvoir adjudicateur ; principe de la protection juridique unique - Fondement légal de la responsabilité du pouvoir adjudicateur (consid. 4.1 et 4.2). - Selon le principe de la protection juridique unique (Einmaligkeit des Rechtsschutzes), applicable notamment en matière de marchés publics, le justiciable perd son droit d'intenter une action en dommages-intérêts (Sekundärrechtsschutz) s'il ne fait pas d'abord usage de tous les moyens de droit à sa disposition pour faire annuler l'acte vicié (Primärrechtsschutz) (ATC consid. 4.3 et 4.4). - L'interruption d'une procédure d'appel d'offres est admissible à certaines conditions (consid. 5.1) ; même si le motif d'interruption est légitime, le pouvoir adjudicateur peut, dans certains cas, engager sa responsabilité (consid. 5.2) ; la décision d'interruption est sujette à recours (ATC consid. 5.3). - Les demandeurs n'ayant pas recouru contre la décision d'interruption de la procédure

Volltext

RVJ / ZWR 2020 177 Droit des obligations - responsabilité des collectivités publiques - ATC (Cour civile II) du 25 septembre 2018, X. SA, Y. SA et Z. c. Etat du Valais - TCV C1 14 108 Responsabilité du pouvoir adjudicateur ; principe de la protection juridique unique - Fondement légal de la responsabilité du pouvoir adjudicateur (consid. 4.1 et 4.2). - Selon le principe de la protection juridique unique (Einmaligkeit des Rechtsschutzes), applicable notamment en matière de marchés publics, le justiciable perd son droit d'intenter une action en dommages-intérêts (Sekundärrechtsschutz) s'il ne fait pas d'abord usage de tous les moyens de droit à sa disposition pour faire annuler l'acte vicié (Primärrechtsschutz) (ATC consid. 4.3 et 4.4). - L'interruption d'une procédure d'appel d'offres est admissible à certaines conditions (consid. 5.1) ; même si le motif d'interruption est légitime, le pouvoir adjudicateur peut, dans certains cas, engager sa responsabilité (consid. 5.2) ; la décision d'interruption est sujette à recours (ATC consid. 5.3). - Les demandeurs n'ayant pas recouru contre la décision d'interruption de la procédure d'appel d'offres, ils sont forclos à se plaindre ensuite de l'illicéité de ladite interruption, si bien que cette dernière, entrée en force, ne peut fonder leur prétention en indemnisation (consid. 6). - Valeur de décision d'un courrier du Conseil d'Etat, signé par le Président et le Chancelier, mettant fin à la procédure de marché public (ATF consid. 3.3 et 3.4). Haftung des Auftraggebers im öffentlichen Beschaffungswesen; Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes - Rechtsgrundlage für die Haftung des Auftraggebers im öffentlichen Beschaffungswesen (E. 4.1 und 4.2). - Nach dem namentlich im öffentlichen Beschaffungswesen anwendbaren Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes verliert der Anbieter sein Klagerecht auf Schadenersatz (Sekundärrechtsschutz), wenn er es unterlässt, zuerst sämtliche ihm gegen den Zuschlagsentscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel auszuschöpfen

(Primärrechtsschutz) (KGE E. 4.3 und 4.4). - Der Abbruch eines Ausschreibungsverfahrens ist unter bestimmten Bedingungen zulässig (E. 5.1); selbst wenn ein zulässiger Grund für den Abbruch vorliegt, kann der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen dafür haftbar gemacht werden (E. 5.2); die Abbruchverfügung ist mittels Beschwerde anfechtbar (KGE E. 5.3). - Da die Kläger die Verfügung, mit welcher das Ausschreibungsverfahren abgebrochen wurde, nicht angefochten haben, können sie später die Widerrechtlichkeit des Abbruchs nicht mehr geltend machen, sodass die entsprechende, rechtskräftige Verfügung nicht geeignet ist, ihren Entschädigungsanspruch zu begründen (E. 6). - Ein Schreiben des Staatsrats, unterzeichnet vom Präsidenten und vom Kanzler, mit welchem die Ausschreibung beendet wird, hat den Charakter einer Verfügung (BGE E. 3.3 und 3.4).

178 RVJ / ZWR 2020 Faits (résumé)

A. Le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire (DEET) a publié dans le bulletin officiel du 5 novembre 2010, un appel d'offres en procédure ouverte pour la réalisation de l'avant-projet "Objectifs d'aménagement du territoire et Concept cantonal de développement territorial (CCDT)", avec un délai de réalisation fixé au mois de décembre 2011. Le mandat, qui s'inscrivait dans la révision de la planification directe cantonale du "Projet Développement territorial 2020", consistait à présenter une réactualisation et une concrétisation du développement spatial souhaité en reformulant des stratégies pour chaque domaine d'activité ayant des effets importants sur l'organisation du territoire, par le biais notamment de représentations cartographiques. B. Par décision du 26 janvier 2011, l'Etat du Valais a décidé d'adjuger le mandat pour l'avant-projet au groupement piloté par A. Le montant de l'adjudication était de 249 188 francs. C. Le groupement formé par X. SA, Y. SA et Z. (ci-après: X. SA & consorts), soumissionnaire évincé dont l'offre s'élevait à 211 702 fr., a recouru contre la décision d'adjudication auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal (cause TCV A1 11 29). Le 10 juin 2011, ladite Cour a admis le recours, annulé la décision attaquée et renvoyé l'affaire au Conseil d'Etat pour reprise ab initio de la procédure, le pouvoir adjudicateur étant invité à arrêter un nouveau mode d'évaluation qui soit propre à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et à adjuger le marché selon les nouveaux résultats obtenus. Ce jugement est entré en force. D. Le 30 août 2011, X. SA & consorts ont fait part au Conseil d'Etat de leur stupéfaction d'apprendre par la presse le début des travaux soumissionnés et lui ont rappelé la teneur du dispositif de l'arrêt précité du 10 juin 2011. E. Par écrit du 31 août 2011, le chef du Service du développement territorial (SDT) informait X. SA & consorts que la "Direction du Projet DT 2020 après analyse des diverses options permettant de démarrer les travaux [avait] décidé à ce stade de ne pas relancer une nouvelle procédure d'adjudication".

RVJ / ZWR 2020 179 F. Le 7 septembre 2011, X. SA & consorts ont notamment indiqué au Conseil d'Etat qu'il considérait le courrier du SDT du 31 août 2011 comme étant frappé de nullité absolue. A cette occasion, ce groupement a derechef sollicité le pouvoir adjudicateur de se conformer aux considérants de l'arrêt cantonal et d'adjuger le marché "par le biais d'une décision sujette à recours". G. Le 28 septembre 2011, le Conseil d'Etat a répondu à X. SA & consorts que "comme l'[avait] communiqué le SDT au Groupement de bureaux X. & Co le 31 août dernier", "le pouvoir adjudicateur ne compt[ait] pas relancer une nouvelle procédure d'adjudication pour le marché en question". H. Le 25 février 2013, X. SA & consorts ont saisi le Tribunal du district de Sion d'une action demandant que l'Etat du Valais soit condamné à leur verser solidairement entre eux, un montant de 271 217 fr. 80 avec intérêts à 5 % dès le 5 octobre 2012, à titre de réparation de leur dommage. Par

convention des 4 et 9 décembre 2013, les parties se sont entendues pour, d'une part, renoncer à la procédure de conciliation et, d'autre part, porter l'action directement devant le Tribunal cantonal, après le retrait de celle-ci devant le Tribunal de district. La cause a été rayée du rôle de ce dernier le 11 décembre 2013. Le 10 avril 2014, X. SA & consorts ont ouvert action à l'encontre de l'Etat du Valais devant le Tribunal cantonal, en lui réclamant le versement de 271 217 fr. 80, avec intérêts à 5 % dès le 5 octobre 2012. Le 31 août 2015, ils ont modifié leurs conclusions en réduisant le montant réclamé à 30 029 fr. 80.

Considérants (extraits)

4.1 Se pose préliminairement la question du droit de fond applicable à la responsabilité de l'Etat dans le cas particulier. Le marché public en cause n'atteignant pas les valeurs seuils déterminantes pour l'application des traités internationaux conclus en la matière, c'est le droit cantonal qui détermine si, et à quelles conditions, un soumissionnaire peut être indemnisé du fait de carences dans la procédure d'adjudication (ATF 132 I 86 consid. 3.2). Le droit cantonal des marchés publics instaure un régime spécial de responsabilité, en prescrivant que l'adjudicateur est responsable des

180 RVJ / ZWR 2020 dommages qu'il a causés par une décision dont l'illicéité a été constatée par l'instance de recours (art. 17 al. 1 de la loi cantonale concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics [LcAIMP] et 18 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics [AIMP]). Bien que ces règles spéciales fassent uniquement référence aux conséquences d'une "adjudication" illicite, la doctrine admet leur application aux autres décisions du pouvoir adjudicateur qui écartent sans droit un ou plusieurs soumissionnaires, notamment en cas d'interruption de la procédure suivie d'une adjudication de gré à gré (Bruchez, La responsabilité de l'Etat en droit des marchés publics, in RVJ 2016 p. 455 ss, p. 463; Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, p. 507 ss, nos 664 ss; Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 323, no 509 [à propos de l'art. 34 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)]). Cette réglementation spécifique n'épuise néanmoins pas la question de la responsabilité de l'Etat adjudicateur. Il se peut en effet que le préjudice subi par le soumissionnaire ne résulte pas directement de l'émission d'une décision irrégulière, dont le caractère illicite pourrait être constaté sur recours. En de tels cas, la régularité de l'activité de l'autorité adjudicatrice devrait pouvoir être examinée à l'aune des règles générales sur la responsabilité de l'Etat. L'art. 17 al. 3 LcAIMP prévoit d'ailleurs expressément que, lorsque l'adjudicateur est public (art. 17 al. 4 LcAIMP a contrario), la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents est applicable (Bruchez, op. cit., p. 459 et les références citées; Poltier, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I 297 SS, p. 325; Clerc, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, 1997, p. 603 s.; Esseiva, Note sur l'arrêt rendu le 3 février 1999 par le Tribunal administratif du canton de Fribourg, in DC 2/1999, p. 60; cf. ég. FF 1994 IV 1241 [à propos de l'art. 34 LMP]). L'Etat, lorsqu'il conduit une procédure de passation d'un marché public, agit en effet en vertu de sa puissance publique (ATF 129 I 313 consid. 4.2; 125 II 86 consid. 3b; arrêt 2P.85/2001 du 6 mai 2002 consid. 2.2), en sorte que les devoirs, entre autres celui de se conformer aux règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst. féd.) - et la prétention corollaire du justiciable à être traité conformément auxdites règles (art. 9 Cst. féd.) - , qui gouvernent généralement son activité administrative valent aussi dans ce cadre. Aussi, faut-il admettre que la collectivité publique engage sa responsabilité non seulement lorsque, au cours de la procédure de passation, elle rend une décision illicite

au sens des art. 17 al. 1 LcAIMP et 18 al. 2 AIMP, mais aussi lorsque,

RVJ / ZWR 2020 181 agissant comme adjudicateur, elle viole un principe général du droit, une injonction ou une interdiction, écrite ou non, de l'ordre juridique. Autre est la question de savoir si l'étendue du préjudice réparable est la même, selon que l'on se trouve sous l'empire d'une responsabilité spéciale - qui circonscrit celle-ci aux dépenses subies en lien avec la procédure d'adjudication et de recours (art. 17 al. 2 LcAIMP) - ou générale, qui renvoie pour sa part aux dispositions topiques du Code des obligations (art. 42 ss CO par le renvoi de l'art. 9 de la loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents [LRCPA]). A l'égard de ce dernier régime, il y a néanmoins lieu d'observer que l'indemnisation d'un préjudice qui serait uniquement patrimonial - tel celui invoqué en l'espèce - suppose un rapport d'illicéité, c'est-à-dire que l'auteur du dommage ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause, le patrimoine n'étant pas, en soi, un bien dont toute atteinte serait ipso facto illicite (ATF 139 V 176 consid. 8.2). Autrement dit, la simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'emporte pas à elle seule la réalisation d'un acte illicite. Encore faut-il qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé (ATF 139 IV 137 consid. 4.2; 135 V 373 consid. 2.4; 132 II 305 consid. 4.1; Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2e éd., 2001, p. 170 et 175 ss). De telles normes sont ordinairement contenues dans les lois spéciales régissant l'activité administrative en cause, mais peuvent aussi découler des principes généraux, dont celui de la bonne foi (ATF 107 Ib 5 consid. 2a; 105 Ia 330 consid. 5e; arrêts 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.1; 2C_502/2013 du 30 septembre 2013 consid. 2.1; 2A.511/2005 du 16 février 2009 consid. 5.5.2 et 5.5.3; Poltier, La responsabilité de l'Etat pour acte illicite : l'exigence de l'illicéité, in La responsabilité de l'Etat, 2012, p. 45 ss, p. 53). Enfin, que la responsabilité de l'Etat ressortisse au régime général ou spécial, l'action en dommages-intérêts se prescrit selon l'art. 8 LRCPA, applicable soit directement, soit par le renvoi de l'art. 17 al. 3 LcAIMP. 4.2 Se fondant sur la conception selon laquelle la procédure de marché public vaut pour parler tendant à la conclusion d'un contrat (cf. ATF 121 III 250 consid. 6c; 116 II 695 consid. 3), certains auteurs préconisent en outre de recourir, en complément des régimes de droit public explicités ci-avant, aux dispositions du droit privé et, plus particulière-

182 RVJ / ZWR 2020 ment, à la figure de la culpa in contrahendo, telle que déduite de l'obligation de bonne foi prescrite par l'art. 2 al. 1 CC (Beyeler, op. cit., p. 551 ss, nos 719 ss; Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in RDS 114 I p. 313 ss, p. 329 ss; Esseiva, Note sur l'arrêt rendu le 2 juillet 1999 par le Tribunal administratif du canton de Vaud, in DC 2/2000, p. 60). Si l'application des règles de la responsabilité pré-contractuelle aux rapports qui lient l'Etat à l'adjudicataire victorieux n'est pas disputée, leur mise en œuvre dans le cadre de la phase qui précède l'adjudication ne se justifie en revanche pas. En effet, à l'aune des nouvelles réglementations tant fédérale que cantonale adoptées en matière de marchés publics, la phase de passation du marché est sans plus de doute une procédure administrative non contentieuse (Poltier, Droit des marchés publics, p. 331, no 526; Clerc, op. cit., p. 486). La passation du marché est ainsi régie par un corps de règles, fort étoffé, relevant du droit public, qui consacre déjà l'exigence d'un traitement conforme aux règles de la bonne foi (cf. supra consid. 4.1; Clerc, op. cit., p. 598 ss; Poltier, RDAF 2000 I p. 326). De même, le principe de l'égalité de traitement entre les concurrents, auquel l'Etat est astreint dans l'exercice de la puissance publique, rend difficilement

concevable qu'il puisse nouer avec l'un des soumissionnaires en particulier un rapport de confiance suffisant pour donner lieu à une responsabilité fondée sur la confiance (Bruchez, op. cit., p. 473; Poltier, Droit des marchés publics, p. 334, no 528). 4.3 Conformément au principe de la protection juridique unique (Einmaligkeit des Rechtsschutzes) et du devoir général de bonne foi qui impose au potentiel lésé de faire tout ce qui est en son pouvoir pour empêcher le préjudice de se produire ou, à tout le moins, pour le réduire (comp. art. 44 al. 1 CO), la responsabilité de l'Etat, qu'elle résulte d'une décision illicite (art. 12 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [LRFC] et 10 LRCPA), d'un acte matériel illicite (attaquable par le mécanisme des art. 25 et 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA] ainsi que 35 de la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA]) ou de la révocation d'un acte ayant éveillé la confiance légitime de l'administré (Feller, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, 2007, p. 74 ss), est, en principe, subsidiaire par rapport à la protection juridictionnelle que confèrent les voies de droit ouvertes contre l'acte générateur du dommage (Gross/Volker, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband, 2e éd., 2013, ch. 2.4, p. 27 s.; cf. ég. ATF 129 I 139 consid.

RVJ / ZWR 2020 183 3.1; 126 I 144 consid. 2a; 119 Ib 208 consid. 3c [à propos de l'art. 12 LRFC]). De manière générale, le justiciable perd donc son droit d'interposer une action en dommages-intérêts (Sekundärrechtsschutz) s'il ne fait pas d'abord usage de tous les moyens de droit à sa disposition pour faire annuler l'acte vicié (Primärrechtsschutz). L'exigence est du reste accrue en droit des marchés publics, puisque le régime spécial instauré par les art. 17 al. 1 LcAIMP et 18 al. 2 AIMP subordonne la réparation du dommage provoqué par une décision de l'adjudicateur à sa contestation préalable, même si celle-ci ne permet pas la correction de l'acte, mais seulement la constatation de son illicéité (arrêts 2P.71/2005 du 27 janvier 2006 consid. 5 et 2P.218/2001 du 31 janvier 2002 consid. 3.4; cf. ég. arrêt 2C_25/2008 du 18 juin 2008 consid. 3.2; ATF 131 I 153 consid. 1.2; 125 II 86 consid. 5b). Aussi, le soumissionnaire qui néglige d'entreprendre la décision qui l'évince - que ce soit en adjugeant le marché à un tiers ou en interrompant la procédure - et contre laquelle la loi lui offre une protection juridictionnelle, réformatrice ou uniquement constatatoire (art. 9 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur [LMI]), n'est plus fondé à en faire constater l'illicéité (Überprüfungsverbot) au stade de l'action en responsabilité (Feller, op. cit., p. 65 ss). 4.4 Dans le présent cas, l'origine du dommage invoqué par les demandeurs, à savoir les dépenses inutilement investies en vue de l'obtention du marché public en question, réside non pas dans la décision d'adjudication du 26 janvier 2011, dont les effets ont été annihilés par l'arrêt cantonal du 10 juin 2011, mais dans la décision subséquente du pouvoir adjudicateur d'interrompre la procédure d'appel d'offres. Avant cela en effet, les soumissionnaires évincés, ayant obtenu, non pas seulement la constatation de l'illicéité de l'adjudication litigieuse, mais également son annulation et le renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat pour reprise de la procédure ab initio, ne subissaient aucun préjudice. Dès lors que, en vertu de la protection juridictionnelle primaire (Primärrechtsschutz), ils avaient été réintégrés dans leur droit de participer à une procédure de marché public exempte de défauts, les frais engagés jusque-là ne l'avaient pas été en vain (Beyeler, Note sur l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1284/2017 du 6 juin 2017, in DC 1/2018, p. 59); quant à ceux induits par la procédure de recours, ils étaient couverts par l'indemnité de dépens mise à la charge de l'Etat du Valais. En revanche, l'interruption subséquente de la procédure a définitivement privé de finalité le travail de soumission réalisé par les intéressés.

184 RVJ / ZWR 2020 Il convient dès lors d'examiner la nature de cet acte d'interruption, avant de déterminer si ces derniers sont fondés à prétendre, dans le cadre de la présente action, à la réparation du préjudice induit par celui-ci. 5.1 L'art. 13 let. i AIMP prévoit que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement. Cette disposition procède du principe général en vertu duquel un appel d'offres, une fois lancé, doit ordinairement aboutir à l'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce devoir, s'il ne va pas jusqu'à contraindre l'adjudicateur à passer contrat avec l'auteur de la meilleure offre (arrêt 2P.34/2007 du 8 mai 2007 cons. 6.1), régit toutefois l'interprétation des normes adoptées en la matière. Ainsi, l'article 35 al. 1 de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics (OcMP) prévoit-il que le pouvoir adjudicateur peut interrompre la procédure pour des raisons importantes, au nombre desquelles figurent, par exemple (art. 35 al. 2 OcMP), l'absence d'offre satisfaisante, la survenance de distorsions de concurrence ou encore la nécessité de modifier notablement le projet initial. Il découle de cette énumération exemplative que l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel, en tant qu'ultima ratio (ATF 141 II 353 consid. 6.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., 2013, p. 353 s., no 799). La formulation potestative des textes de loi implique que, même s'il existe un juste motif, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre, ou non, la procédure, soit définitivement, soit en la répétant ou en la renouvelant. Il dispose en ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in PJA 2005/7 p. 784 ss, p. 787; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, p. 14, no 28). La solution idoine dépendra des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manœuvre étendue pour les définir (Poltier, Droit des marchés publics, p. 225 s, no 358; ATF 141 II 353 consid. 6.3). Cette liberté d'appréciation n'est toutefois pas sans limite. Une décision d'interruption peut en effet s'avérer abusive et, par conséquent, annulable, si elle est utilisée par l'adjudicateur comme instrument de discrimination à l'encontre d'un soumissionnaire, soit qu'il souhaite privilégier une nouvelle procédure, moins favorable à ce dernier, soit qu'il interrompe définitivement la passation du marché dans l'intention dissimulée de la rouvrir dans un avenir proche (Beyeler, PJA 2005/7, p. 789 s).

RVJ / ZWR 2020 185 Constitue ainsi un motif sujet à caution le choix de l'adjudicateur de recourir finalement à une solution en régie; si l'option du in-house reste certes envisageable même après l'ouverture d'une procédure de marché public (Beyeler, Abbruch für eine interne Lösung, in DC 1/2014, p. 20), l'autorité adjudicatrice ne saurait réserver d'emblée cette alternative sans faire preuve de la transparence nécessaire au moment de lancer l'appel d'offres (Suter, op. cit., p. 213, no 413). Quant à la nécessité de respecter le terme initialement fixé pour l'achèvement du projet mis au concours, souvent dicté par des motifs d'intérêt public, voire imposé par le calendrier politique et budgétaire du pouvoir adjudicateur, elle peut constituer une circonstance objectivement importante, à l'aune de laquelle il ne saurait être imposé de poursuivre la procédure d'adjudication sans mettre en péril les buts mêmes de la passation de marchés publics mentionnés à l'article premier de l'AIMP (arrêt rendu le 25 juin 2004 par le Tribunal cantonal du Valais dans la cause A1 04 29 consid. 3c). 5.2 Il se peut cependant que le motif d'interruption invoqué, pour légitime qu'il soit - en ce sens qu'il apparaît matériellement fondé et suffisamment important pour justifier de mettre un terme à la procédure de marché public -, ne s'en révèle pas moins imputable au pouvoir adjudicateur. Il en va ainsi des manquements dits originels

(Wurzelmängel) qui, s'ils avaient été identifiés et dûment pris en compte à l'ouverture de la procédure, auraient permis d'empêcher que celle-ci ne dût ensuite être interrompue. En font notamment partie une estimation erronée des coûts ou une planification imprudente des délais (Beyeler, PJA 2005/7, p. 788). D'aucuns considèrent qu'en ce cas, et sous réserve d'un changement essentiel du marché, l'autorité ne serait pas en droit de renoncer à l'adjudication du fait d'un manquement dont elle serait elle-même responsable (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., p. 364, no 821). D'autres auteurs retiennent que le comportement de l'adjudicateur n'affecte pas son droit d'interrompre la procédure, mais ouvre la voie à une éventuelle action en responsabilité à son encontre, opinion que confirme la jurisprudence fédérale et cantonale (ATF 141 II 353 consid. 6.4; 134 II 192 consid. 2.3; arrêt du TAF B_6274/2015 du 21 décembre 2015 consid. 4.6.1; RVJ 2010 p. 25 consid. 3.3; Dubey/Waser/Di Cicco, La jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016, in *Marchés publics 2016*, p. 177 ss, p. 183; Beyeler, PJA 2005/7, p. 791 ss). Toute procédure d'appel d'offres crée effectivement une situation de confiance. Les soumissionnaires engagent des frais en lien avec leur

186 RVJ / ZWR 2020 offre en partant du principe que la procédure de passation sera menée avec diligence et de manière conforme au droit. Ils se fient en particulier au fait que leur investissement ne sera pas rendu vain par une interruption ultérieure contraire aux règles de la bonne foi. L'adjudicateur ne peut donc, sans réserve, initier une procédure d'appel d'offres à l'essai, pour sonder le marché, ou par légèreté, sans être suffisamment sûr qu'il peut effectivement attribuer le mandat. Selon une jurisprudence maintes fois confirmée, il incombe à l'adjudicateur de prévoir, dès la phase de planification d'un marché, la possibilité qu'un recours soit intenté contre une décision d'adjudication. Il doit donc intégrer à sa planification la durée de la procédure de passation et, dans toute la mesure du possible, celle d'une éventuelle procédure de recours (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1680/2016 du 18 juillet 2016 consid. 4.2.3; décisions incidentes du Tribunal administratif fédéral B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 7.3.5 et B-3544/2008 du 2 juillet 2008 consid. 4.4 et les références citées). En lançant un appel d'offres sans faire preuve de la diligence nécessaire, notamment en omettant de prendre en compte, lors de la planification du projet, l'attermoiement que pourrait induire un recours contre une décision d'adjudication - d'autant plus si celle-ci est finalement jugée illicite -, l'Etat adjudicateur peut par conséquent engager sa responsabilité pour la confiance qu'il a ainsi créée, puis déçue. Cette responsabilité revêt toutefois la particularité d'être uniquement potentielle tant que dure la procédure d'adjudication et de ne s'actualiser que lorsque les attentes des soumissionnaires se trouvent déçues par une interruption rendue nécessaire pour un motif d'urgence qui, certes justifié, procède néanmoins d'un manquement originel du pouvoir adjudicateur (Beyeler, Note sur l'arrêt du 16 novembre 2001 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés public, JAAC 66/2002 no 39, in DC 2/2002, p. 71). 5.3 La loi prévoit que l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure sont immédiatement communiqués par écrit et motivés aux soumissionnaires. Hormis en procédure de gré à gré, cette décision peut faire l'objet d'un recours (art. 35 al. 3 OcMP), dans les dix jours qui suivent sa notification (art. 16 al. 2 LcAIMP). 6.1 En l'occurrence, après avoir approuvé le projet de Développement territorial 2020 tel qu'exposé par le SDT dans son rapport du 19 février 2010, lequel définissait, entre autres, la mission et l'organisation dudit

RVJ / ZWR 2020 187 projet, ainsi que les étapes de son exécution, agendant à l'année 2011 l'achèvement des projets partiels nos 1 et 3, soit la redéfinition des objectifs d'aménagement du territoire et l'élaboration d'un concept cantonal de développement territorial, le Conseil d'Etat, par le DEET, a lancé, le 5 novembre 2010, un appel d'offres en vue de la réalisation, pour le mois de décembre 2011, de l'avant-projet "Objectifs d'aménagement du territoire et Concept cantonal de développement territorial". L'adjudication de ce marché par décision du 26 janvier 2011 a été annulée sur recours de X. SA & consorts et le Conseil d'Etat invité à reprendre la procédure ab initio. Par missive du 31 août 2011, le chef du SDT informait cependant les soumissionnaires précités de la décision prise par la Direction du Projet DT2020 de ne pas relancer une nouvelle procédure. Ledit courrier, dont l'avocat des demandeurs s'est plaint tant de la forme que du contenu dans une lettre adressée le 7 septembre 2011 au Conseil d'Etat, a été suivi d'une décision de cette autorité reprenant la teneur du courrier en question. Dans le cadre de la présente action, l'Etat du Valais fait valoir que le choix du pouvoir adjudicateur de renoncer à la reprise de la procédure de marché public se fondait sur des considérations liées au planning de réalisation du projet, lequel avait été bloqué jusqu'en juin 2011 en raison du recours déposé contre l'adjudication. Pour respecter les délais d'exécution fixés, le SDT avait, toujours selon le défendeur, décidé d'abandonner certains des objectifs initialement fixés et d'inter-naliser le marché, en recourant, pour partie uniquement, aux services d'un prestataire externe, mandaté à l'issue d'une procédure de gré à gré. X. SA & consorts remettent en doute la véracité des motifs économiques et de célérité avancés à l'appui du non-renouvellement de la procédure. 6.2 Contrairement à ce que soutient le défendeur, il s'agit bien là d'une interruption de la procédure de marché public, puisque l'arrêt cantonal au terme duquel l'adjudication du 26 janvier 2011 a été annulée n'a pas eu pour effet de clore la procédure initiée par l'appel d'offres du 5 novembre 2010, mais a précisément ordonné la reprise de celle-ci, dans des conditions respectueuses du droit des marchés publics. De jurisprudence constante, l'annulation d'une décision ayant mis fin à une procédure et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision n'a pas pour effet de saisir celle-ci d'une nouvelle procédure, la précédente n'étant pas close, faute de décision finale (arrêt

188 RVJ / ZWR 2020 1C_109/2007 du 30 août 2007 consid. 2.5.2). Dans la cause TCV A1 11 29, la Cour de droit public a considéré que l'adjudication du marché au groupement piloté par A. était illicite et renvoyé la cause à l'adjudicateur pour qu'il reprenne la procédure ab ovo. Elle n'a en revanche pas traité la question d'une éventuelle interruption du marché et n'a ainsi pas privé l'autorité de renvoi de cette option. En interrompant la procédure, l'Etat du Valais n'a donc pas contrevenu au principe de l'autorité de chose jugée (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1680/2016 du 18 juillet 2016 consid. 3). Mais, si le jugement du 10 juin 2011 ne le privait pas de la faculté de renoncer à la passation du marché, il ne lui conférait pour autant pas un pouvoir discrétionnaire à cet égard, l'exigence de raisons importantes restant de mise. Admettre le contraire reviendrait à permettre à l'auteur d'une décision d'adjudication illicite d'échapper à sa responsabilité (art. 17 al. 1 LcAIMP), en renonçant à corriger l'acte vicié dont la réforme a pourtant été ordonnée par l'instance de recours en lieu et place du seul constat de son illicéité, lequel s'impose lorsque le prononcé illicite n'est plus réparable - ce que la loi prévoit lorsque le contrat a déjà été conclu (art. 18 al. 2 AIMP) - et qui constitue la prémisse de l'action en dommages-intérêts subsidiairement ouverte aux soumissionnaires lésés. Il est par ailleurs constant que les demandeurs n'ont pas recouru contre la décision du pouvoir adjudicateur d'interrompre la procédure. Au vu des règles rappelées ci-avant au sujet de la responsabilité spéciale

encourue par ce pouvoir du fait de l'émission d'une décision illicite (cf. supra consid. 4.3), ils sont par conséquent forclos à se plaindre céans du mal-fondé d'une interruption dont ils n'ont requis, en temps utile, ni l'annulation, ni la constatation du caractère illicite.

L'argumentaire développé en lien avec la réalité du motif avancé par l'adjudicateur pour justifier le non-renouvellement de la mise au concours tombe donc à faux. Le libellé de l'art. 17 al. 1 LcAIMP, qui subordonne la réparation du dommage causé par une décision de l'adjudicateur au constat, "par l'instance de recours", de l'illicéité de celle-ci, s'oppose à ce que, au stade de la présente action, la licéité dudit prononcé soit préjudicialement examinée. Aussi, que les motifs d'urgence et d'économie invoqués par le défendeur soient avérés ou qu'ils constituent un prétexte à un dessein discriminatoire, qu'ils soient suffisamment importants pour justifier une interruption ou qu'ils procèdent d'un abus du pouvoir d'appréciation dont jouit l'autorité adjudicatrice en la matière, la décision d'interruption, entrée en force, ne peut fonder la prétention des demandeurs.

RVJ / ZWR 2020 189 6.3 Reste que, sous l'angle d'une responsabilité de l'Etat cette fois générale, laquelle résulterait non pas directement du prononcé de l'interruption, sujet à recours, mais du comportement adopté en amont par le pouvoir adjudicateur, l'objection de déchéance opposée ci-avant aux demandeurs ne va pas de soi, car la question se pose de savoir s'il pouvait être exigé des soumissionnaires qu'ils entreprennent préalablement une décision d'interruption qui se fonde sur un motif - telle l'urgence -, certes imputable à l'adjudicateur - du fait par exemple d'une planification insuffisamment consciencieuse des délais -, mais quoi qu'il en soit suffisant pour justifier de mettre un terme au marché public. La jurisprudence rendue par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics semble commander d'y répondre par l'affirmative. Celle-ci a en effet estimé que la décision d'interrompre une procédure de marché public, qui ne peut être annulée en raison de l'existence d'un juste motif, doit néanmoins être qualifiée d'illicite, si ledit motif était prévisible au moment de lancer l'appel d'offres, ce qui contrevient aux règles de la bonne foi. Sur la base d'une application analogique de l'art. 32 al. 2 LMP - dont la teneur est similaire à celle de l'article 18 al. 2 AIMP -, la Commission précitée a ainsi considéré qu'une voie de droit, à tout le moins constatatoire, était ouverte à l'encontre de toute décision d'interruption, que celle-ci soit injustifiée ou que sa justification procède d'un manque de diligence initial de l'adjudicateur, et non plus seulement renvoyer les recourants à agir en dommages-intérêts (comp. arrêts du 16 novembre 2001, JAAC 66/2002 no 39, consid. 4 et 5 et du 26 janvier 2001, JAAC 65/2001 no 77, consid. 4b de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics). Bien que, dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral ait privilégié cette dernière option, en renvoyant à une action ultérieure les prétentions en dommages-intérêts soulevées dans le cadre d'un recours intenté contre la décision d'interrompre la procédure de marché public, sans constater préalablement l'illicéité de celle-ci (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1284/2017 du 6 juin 2017 consid. 2.8 et 3.3.3.3), les spécificités de ce cas d'espèce ne permettent pas d'en inférer une renonciation au principe de la Primärrechtsschutz. En effet, la particularité de cette affaire réside dans le fait que le soumissionnaire en cause avait, avant l'interruption, déjà été exclu de la passation du marché, décision qu'il avait attaquée avec succès. Au terme de ce premier arrêt, le Tribunal administratif fédéral, jugeant l'exclusion illicite, l'avait annulée et avait renvoyé le dossier à l'autorité adjudicatrice pour une nouvelle décision dans le sens des considérants. Or, il résultait de

190 RVJ / ZWR 2020 ceux-ci que l'adjudicateur devait examiner si une modification du critère en vertu duquel le soumissionnaire apparaissait devoir être exclu était concevable et, dans la négative, pouvait interrompre la procédure en tenant toutefois compte de la confiance légitimement suscitée par l'appel d'offres. C'est donc en rappelant que le tribunal avait expressément subordonné l'autorisation de clore la procédure à la condition qu'il soit dûment tenu compte de la prétention du justiciable à la protection de sa confiance légitime, que les magistrats ont, cette fois-ci, renvoyé le recourant à agir en dommages-intérêts, sans constater l'illicéité de l'interruption (arrêt B-1284/2017 précité consid. 2.7), ce qui fut néanmoins critiqué en doctrine (Beyeler, DC 1/2018, p. 59 s.; cf. ég. Suter, op. cit., no 400, p. 207). Quoi qu'il en soit, on ne trouve trace, dans l'arrêt cantonal rendu le 10 juin 2011 en la présente affaire, d'une cautèle similaire qui, en réservant expressément la prétention en dommages-intérêts des recourants en cas de renonciation par l'adjudicateur à la procédure de marché public qui lui était renvoyée pour reprise, pourrait être interprétée comme une constatation - anticipée et conditionnelle - de l'illicéité de cette interruption. Il s'ensuit que, sur le plan formel, un recours contre la décision d'interruption s'imposait, en tous les cas, avant de pouvoir prétendre à la réparation du préjudice subi du fait de celle-ci. 6.4 En conséquence, la demande déposée le 10 avril 2014 par X. SA & consorts doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité de céans de traiter l'exception de prescription soulevée par la partie défenderesse. Par arrêt du 11 mars 2019 (2D_42/2018), le Tribunal fédéral (Ile Cour de droit public) a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours de droit public interjeté par A. SA & consorts à l'encontre de ce jugement. La Haute Cour a notamment considéré ce qui suit : 2. Sauf exceptions (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), la violation du droit cantonal ne constitue pas un motif de recours au Tribunal fédéral (art. 95 LTF a contrario; arrêt 2C_977/2018 du 14 janvier 2019 consid. 2.4 et référence citée). Il est néanmoins possible de faire valoir que l'application de telles dispositions consacre une violation du droit fédéral, en particulier de la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) ou d'autres droits constitutionnels. Dans ce contexte, le recourant est

RVJ / ZWR 2020 191 soumis aux exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF; il doit en particulier indiquer précisément quelle disposition constitutionnelle ou légale a été violée et démontrer par une argumentation précise en quoi consiste la violation (ATF 138 V 67 consid. 2.2 p. 69; 136 I 65 consid. 1.3.1 p. 68; arrêts 2C_977/2018 du 14 janvier 2019 consid. 2.4; 1C_222/2017 du 8 août 2017 consid. 2.2). 3.1 L'objet de la contestation est limité au rejet de l'action en dommages-intérêts déposée par les recourants auprès du Tribunal cantonal (cf. arrêts 2C_319/2009 du 26 janvier 2010 consid. 2.2, non publié in ATF 136 II 241; 2C_965/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2 et autres références citées). L'objet du présent litige porte uniquement sur la qualification de décision du document du Conseil d'Etat du 28 septembre 2011 opérée par le Tribunal cantonal. 3.2 Les recourants estiment que le courrier en cause ne représente qu'une simple lettre, en faisant notamment valoir la terminologie utilisée dans ce courrier, l'absence de motivation et de voie de recours. Le Tribunal cantonal a considéré que ce courrier représentait une décision, sans développer son argumentation sur ce point. 3.3 Il faut partir du principe que la notion de décision au sens du droit cantonal correspond à celle du droit fédéral (arrêts 2C_339/2017 du 24 mai 2018 consid. 4.3; 2C_444/2015 du 4 novembre 2015 consid. 3.2.1; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n. 84 p. 28). Selon l'art. 15 LcAIMP, les décisions (art 15 AIMP) sont des décisions au sens de l'art. 5 de la loi cantonale du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA; RS/VS 172.6). La teneur de l'art. 5 LPJA correspond, dans une large mesure, à celle

de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) (arrêt 1P.305/1994 du 4 octobre 1995 consid. 2/c/aa; Grisel, op. cit., n. 84 p. 28 et note de bas de page). Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte. Un acte peut ainsi être qualifié de décision (matérielle), si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (arrêt 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1 et les références citées).

192 RVJ / ZWR 2020 3.4 En l'occurrence, suite au courrier du SDT du 31 août 2011 qui informait les recourants qu'il avait été décidé "de ne pas relancer une nouvelle procédure d'adjudication", les recourants se sont adressés le 7 septembre 2011 au Conseil d'Etat pour contester la validité de ce courrier et lui signifier qu'ils étaient dans l'attente d'une décision statuant sur l'adjudication du marché en cause. Dans un écrit du 28 septembre 2011, signé par le Président du Conseil d'Etat et par le Chancelier d'Etat, le Conseil d'Etat a confirmé le contenu du courrier précité du 31 août 2011. Il ressortait donc clairement de cet écrit que le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas reprendre ab initio une procédure d'adjudication, après que la cause lui ait été renvoyée par le Tribunal cantonal. L'autorité précédente a estimé à juste titre que cet acte portait sur l'interruption de la procédure d'adjudication. En effet, l'arrêt du Tribunal cantonal du 10 juin 2011 n'a pas mis fin à la procédure de marché public. Ce jugement annulait la décision d'adjudication du 26 janvier 2011 et renvoyait l'affaire au Conseil d'Etat pour qu'une procédure d'adjudication soit reprise dès le début en prenant en compte un nouveau mode d'évaluation du critère économique. Le pouvoir adjudicateur conservait ainsi une large latitude décisionnelle, de sorte que cet acte constituait une décision incidente (arrêt 2D_58/2013 du 24 septembre 2014 consid. 1.3.1 non publié aux ATF 140 I 285, mais in Pra 2015 22 165). La procédure de marché public engagée en novembre 2010 a ainsi été interrompue par le Conseil d'Etat, postérieurement au jugement du Tribunal cantonal du 10 juin 2011. Le courrier du 28 septembre 2011 met fin à ladite procédure et règle dans ce cadre la situation juridique des recourants en tant que sujet de droit, il s'agit donc d'une décision (cf. arrêt 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1 et les références citées), indépendamment des vices formels l'affectant, tel que l'absence de voies de droit (cf. supra consid. 3.3). En outre, le Tribunal cantonal retient à raison que celle-ci est attaquant (cf. art. 15 al. 1bis let. e AIMP, ainsi que sur le plan fédéral l'art. 29 let. a de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1]; Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 227). 3.5 Les recourants se réfèrent notamment à l'art. 36 [recte: 35] de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics du 11 juin 2003 (OCMP; RS/VS 726.100), en soulignant que, selon cette disposition, la procédure d'adjudication peut être interrompue pour des raisons importantes, que l'interruption doit alors être communiquée immédiatement

RVJ / ZWR 2020 193 par écrit au soumissionnaire et être motivée. A cet égard, les recourants se plaignent notamment d'un défaut de motivation, de l'absence d'une communication immédiate, ainsi que de l'absence de voie de recours, mais sans expliquer en quoi ces vices seraient propres à rendre insoutenable l'appréciation de l'autorité précédente concernant l'existence d'une décision, laquelle, comme déjà mentionné, peut exister même viciée (cf. supra consid. 3.3). Dans ces circonstances, force est de constater que les éventuels griefs des recourants concernant une violation du droit cantonal ne satisfont pas aux exigences accrues de motivation (cf. supra consid. 2) et qu'ils doivent être déclarés irrecevables. Le même constat s'impose concernant le grief de violation de

l'inter- diction de l'arbitraire invoqué par les recourants (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254; 133 III 393 consid. 6 p. 397). 3.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'appréciation de l'instance précédente selon laquelle le courrier du 28 septembre 2011 constitue une décision. 3.7 Les recourants ne font pas valoir un grief de violation de leur droit d'être entendu au motif que le Tribunal cantonal n'aurait pas motivé l'arrêt attaqué à suffisance (un tel grief étant au demeurant également soumis à des exigences accrues de motivation; art. 106 al. 2 LTF). 3.8 Par ailleurs, comme déjà relevé, le pouvoir adjudicateur a décidé d'interrompre la procédure d'adjudication en cause, ce qui a été communiqué aux recourants par le Conseil d'Etat le 28 septembre 2011. Les intéressés ne pouvaient pas rester inactifs suite à cette communication et s'ils estimaient que le courrier du 28 septembre 2011 ne constituait pas une décision, il leur appartenait de réclamer une décision formelle ou de recourir pour déni de justice, ce qu'ils n'ont pas fait.

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