

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2D 42/2018

Arrêt du 11 mars 2019

Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux, Seiler, Président,
Donzallaz et Haag.
Greffier : M. de Chambrier.

Participants à la procédure

1. A. _____ SA,
2. B. _____ SA,
3. C. _____,

tous les trois représentés par Me Gaëtan Coutaz, avocat,
recourants,

contre

Etat du Valais,
représenté par Me Grégoire Dayer, avocat.

Objet
Responsabilité du pouvoir adjudicateur,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II, du 25 septembre 2018
(C1 14 108).

Faits :

A.

A.a. Le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire du canton du Valais 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.

Par décision du 26 janvier 2011, l'Etat du Valais a décidé d'adjuger le mandat pour l'avant-projet au groupement piloté par D. _____. Le montant de l'adjudication était de 249'188 fr.

Le groupement formé par A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____ (ci-après: le groupement A. _____), soumissionnaire évincé dont l'offre s'élevait à 211'702 fr., a recouru contre la décision d'adjudication auprès du Tribunal cantonal du canton du Valais (ci-après: le Tribunal cantonal). Le 10 juin 2011, la Cour de droit public du Tribunal cantonal 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.

A.b. Le 30 août 2011, le groupement A. _____, par son représentant, a fait part au Conseil d'Etat de sa stupéfaction d'apprendre par la presse le début des travaux soumissionnés et lui a rappelé la teneur du dispositif de l'arrêt précité du 10 juin 2011.

Par écrit du 31 août 2011, le chef du Service du développement territorial du canton du Valais (SDT) informait le groupement A. _____ 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".

Le 7 septembre 2011, le groupement A. _____, par son mandataire, a 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, le groupement A. _____ 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".

Le 28 septembre 2011, le Conseil d'Etat a répondu au groupement A. _____ que "comme l'[avait] communiqué le SDT au Groupement de bureaux A. _____ & Co le 31 août dernier", "le pouvoir adjudicateur ne compt[ait] pas relancer une nouvelle procédure d'adjudication pour le marché en question".

B.

Le 25 février 2013, A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____ ont saisi le Tribunal du district de Sion contre l'Etat du Valais, en demandant que celui-ci soit condamné à leur verser solidairement entre eux, un montant de 271'217.80 fr. avec intérêts à 5% dès le 5 octobre 2012, à titre de réparation du 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 du Tribunal du district le 11 décembre 2013. Le 10 avril 2014, A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____ ont ouvert action à l'encontre de l'Etat du Valais devant le Tribunal cantonal, en lui réclamant le versement de 271'217.80 fr., avec intérêts à 5% dès le 5 octobre 2012. Le 31 août 2015, les demandeurs ont modifié leurs conclusions en réduisant le montant réclamé à 30'029.80 fr.

Le 25 septembre 2018, la Cour civile II du Tribunal cantonal a rejeté la demande formée le 10 avril 2014 par A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____, considérant en substance que les intéressés n'avaient pas fait usage des moyens de droit à disposition pour contester la décision d'interruption de la procédure de marché public du 28 septembre 2011 et qu'ils étaient partant forclos à faire constater l'illicéité de cette décision au stade de l'action en responsabilité et à prétendre à une réparation du préjudice subi en raison de celle-ci.

C.

Me Gaëtan Coutaz, indiquant agir au nom et pour le compte de A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____, a déposé un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, en concluant, sous suite des frais et dépens, principalement, à l'annulation de l'arrêt précité du Tribunal cantonal du 25 septembre 2018 et à la condamnation de l'Etat du Valais à verser aux recourants, solidairement entre eux, un montant de 30'029.80 fr., avec intérêts à 5% dès le 5 octobre 2012. Subsidiairement, ils concluent à l'annulation de l'arrêt querellé et au renvoi du dossier au Tribunal cantonal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal cantonal se réfère aux considérants de l'arrêt attaqué. L'Etat du Valais ne s'est pas déterminé. Sur demande du Tribunal fédéral, Me Gaëtan Coutaz a fourni deux procurations le légitimant à agir pour A. _____ SA et B. _____ SA. En revanche, il a indiqué que C. _____ avait refusé de signer une procuration au motif qu'il avait mis fin à son activité en 2016 et que l'affaire en cause ne le concernait plus.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours portés devant lui (ATF 140 IV 57 consid. 2 p. 59).

1.1.

Le litige concerne une action en paiement fondée sur la loi valaisanne du 10 mai 1978 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LRCPA/VS; RS/VS 170.1; cf. également l'art. 17 al. 3 de la loi valaisanne du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics [LcAIMP; RS/VS 726.1]), soit sur du droit public cantonal. L'art. 83 let. f LTF ne trouve pas application au cas d'espèce (arrêt 2C 824/2014 du 22 mai 2015 consid. 1.2, in SJ 2016 I p. 59) et aucune autre clause d'irrecevabilité figurant à l'art. 83 LTF n'est donnée. En outre, la cause ne relève pas du domaine de la responsabilité de l'Etat pour les activités médicales, pour lequel la voie du recours en matière civile est exceptionnellement ouverte (cf. art. 72 al. 2 let. b LTF; art. 31 al. 1 let. d du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 [RTF; RS 173.110.131]; arrêt 2C 34/2017 du 24 août 2018, destiné à la publication, consid. 1.1 et

références citées). L'arrêt attaqué est ainsi en principe susceptible de faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 82 let. a LTF). La deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral est compétente pour traiter un tel

recours (art. 30 al. 1 let. c ch. 1 RTF; arrêt 2C 34/2017 précité du 24 août 2018 consid. 1.1; 2C 525/2017 du 8 juin 2017 consid. 3). Il importe peu que, sur le plan cantonal, la compétence relève des autorités judiciaires civiles (cf. arrêts 2C 34/2017 précité du 24 août 2018 consid. 1.1; 2C 1150/2014 du 9 juin 2015 consid. 1.1). Le recours en matière de droit public est également recevable au regard de l'art. 85 al. 1 let. a LTF, dès lors que la valeur limite de 30'000 fr. exigée dans le domaine de la responsabilité étatique est dépassée.

Les recourants ont toutefois interjeté un recours constitutionnel subsidiaire. Cette fausse indication ne peut leur causer aucun préjudice. En effet, selon la jurisprudence, l'intitulé erroné d'un recours n'influence pas sa recevabilité, pour autant que l'écriture remplisse les conditions formelles de la voie de droit qui est ouverte (cf. ATF 138 I 367 consid. 1.1 p. 370; 133 I 300 consid. 1.2 p. 302 s.). En l'occurrence, la voie du recours en matière de droit public étant recevable, le recours sera envisagé sous cet angle; le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable (art. 113 LTF a contrario).

1.2. Au surplus, l'arrêt entrepris, qui déboute les demandeurs de leur action en responsabilité, est une décision finale rendue par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (cf. art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF et art. 90 LTF). Les recourants, composés de A._____ SA et B._____ SA, restent légitimés à agir sur la base de l'art. 89 al. 1 LTF, en dépit de la renonciation à recourir de C._____ (cf. supra let. C in fine). En effet, selon la jurisprudence, le membre d'un consortium, auquel il a participé en tant que soumissionnaire, peut faire valoir une prétention en dommages-intérêts sans le concours des autres membres de celui-ci (cf. arrêts 2C 144/2009 du 15 juin 2009 consid. 1.4; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 1.1; cf. également, LAURENT PFEIFFER, La procédure administrative par la jurisprudence, année 2016, 2017, p. 13; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 407 et note de bas de page n° 101 p. 262; d'un avis divergeant, ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen rechtsmitteln, dans ZBL 104/2003 p. 1 ss, p. 16 n. 87). Déposé en temps utile (cf. art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (cf. art. 42 LTF), le recours est, sous réserve de ce qui suit, recevable.

1.3. Le recours ne contient aucune motivation sur le dommage subi, en particulier sur le montant réclamé à titre de réparation. La conclusion principale du recours tendant à la condamnation de l'Etat du Valais au paiement de 30'029.80 fr. est ainsi irrecevable en vertu de l'art. 42 al. 2 LTF.

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 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.

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).

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, op. cit. 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 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'interdiction 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.

4.

Enfin, contrairement aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF, les recourants n'indiquent pas quelle disposition légale aurait été violée par l'autorité précédente lorsqu'elle retient qu'un recours contre la décision d'interruption s'imposait, que ce soit sous l'angle d'une responsabilité spéciale (cf. notamment les art. 17 al. 1 LcAIMP et 18 al. 2 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/ 15 mars 2001 sur les marchés publics [AIMP; RS/VS 726.1-1]) ou générale de l'Etat. A cet égard, une éventuelle violation de droit constitutionnel n'est pas non plus motivée à suffisance (cf. art. 106 al. 2 LTF).

5.

Vu ce qui précède, le recours est mal fondé, dans la mesure de sa recevabilité.

Succombant, les recourants doivent supporter les frais de la procédure judiciaire devant le Tribunal fédéral solidairement entre eux (art. 66 al. 1 et 5 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Le mandataire des recourants a agi sans mandat en ce qui concerne C._____, il doit donc supporter les frais judiciaires provoqués par cette activité.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours en matière de droit public est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr., concernant A._____ SA et B._____ SA, sont mis à leur charge solidairement entre eux.

4.

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., concernant C._____, sont mis à la charge de Me Gaëtan Coutaz.

5.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants, à l'Etat du Valais et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II.

Lausanne, le 11 mars 2019
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : de Chambrier