

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

Ière COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 17 janvier 2005

Statuant sur l'action ouverte le 21 janvier 2002
(**1A 04 79**)

par

D., à Delémont, et **S.**, à Martigny, toutes deux représentées par Me Alain Schweingruber, avocat à Delémont,

contre

l'Etat de Fribourg, agissant par son Conseil d'Etat, représenté par Me Christoph Joller, avocat à Fribourg;

(Responsabilité de l'Etat)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

A. Le 18 décembre 1998, le Bureau des autoroutes (BAR, actuellement, le Service des autoroutes) a lancé un appel d'offres en procédure sélective portant sur la fourniture de l'installation de signalisation (commande et signalisation active et fixe) pour la section 8, Cheyres-Cugy, de la route nationale A1 (lot 180.25).

A l'issue de la procédure de préqualification, trois entreprises ont été admises à participer à l'appel d'offres, notamment l'association d'entreprises D. et S.

A l'ouverture des offres, le 9 septembre 1999, D. et S. étaient les moins chères avec une offre brute de 2'196'778 fr., X. arrivant en deuxième position avec un prix de 2'350'000 fr.

Après avoir obtenu de X. des renseignements supplémentaires sur son offre, le 21 septembre 1999, l'adjudicateur a organisé une séance de "préadjudication" le 14 octobre 1999 dans le but de clarifier certains points du dossier d'appel d'offres. Au cours de cette séance, X. a été informée du fait que la partie "signalisation fixe" de l'appel d'offres allait être remise en soumission auprès des entreprises préqualifiées et que le maître de l'ouvrage se réservait le droit d'adjuger cette position séparément.

Le 18 novembre 1999, l'adjudicateur a formellement retiré de la procédure de soumission la partie du marché relative aux signaux fixes et aux supports déformables. Il a ensuite corrigé unilatéralement les offres en supprimant purement et simplement les positions concernées par ce changement. Suite à cette modification, les offres brutes ont été réduites de 191'451 pour D. et S. et de 427'206 fr. pour X. Ce procédé a eu pour effet de faire passer l'offre de X. à la première place avec 1'922'794 fr., devant D. et S. (2'005'327 fr.).

Le 29 novembre 1999, le BAR a informé les entreprises concernées de la modification du marché et leur a indiqué que les positions 4.1.1.15 à 4.1.144 ainsi que 4.1.165 et 4.1.166 allaient être remises en soumission.

Le 7 décembre 1999, sur proposition du Service des autoroutes, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux de signalisation active à X. pour un montant net de 2'067'003 fr.

Le 12 janvier 2000, D. et S. ont contesté la décision d'adjudication devant le Tribunal administratif, qui a accordé l'effet suspensif au recours par décision du 17 février 2000 (procédure 2A 00 4).

- B. Le 18 février 2000, le BAR a publié un appel d'offres en procédure ouverte portant sur l'attribution des travaux de signalisation fixe (nouveau lot 182.53) qui avaient été écartés du lot 180.25. Après avoir reçu les documents d'appel d'offres, le 6 mars 2000, D. et S. ont contesté le 16 mars 2000 l'ouverture de la procédure d'adjudication devant le Tribunal administratif (procédure 2A 00 33) en indiquant qu'il fallait attendre préalablement le résultat de leur recours du 12 janvier 2000.
- C. Par arrêt du 7 avril 2000, le Tribunal administratif a annulé la procédure d'adjudication portant sur l'attribution du lot 180.25 (2A 00 4) relatif à la signalisation active et passive en raison de la violation des règles fondamentales du droit des marchés publics, notamment du principe de la transparence. La Cour a jugé que l'adjudicateur avait modifié illégalement les critères d'adjudication et avait attribué le marché sur la seule base du prix, contrairement à ce qu'il avait annoncé. Du moment que l'adjudication devait de toute manière être annulée pour ces motifs, le tribunal n'a pas examiné si la modification du dossier d'appel d'offres pouvait être admise, si la correction unilatérale des offres était légale ou si des négociations illicites avaient eu pour conséquence de favoriser X. au détriment des recourantes.
- D. Le 30 juin 2000, le BAR a fait paraître un appel d'offres selon la procédure ouverte portant sur la fourniture de l'installation de signalisation active pour la section 8, Cheyres-Cugy de la route nationale A1 (nouveau lot 180.25). Parmi les critères d'aptitude, l'adjudicateur a exigé que les entreprises soumissionnaires disposent d'un capital social supérieur à 1 million de francs.

Le 10 juillet 2000, D. et S., qui ne disposent pas d'un tel capital social, ont recouru contre l'appel d'offres en invoquant une violation du principe de l'égalité de traitement, de celui de la confidentialité et de celui de l'interdiction de la division des marchés (2A 00 70).

L'effet suspensif n'ayant pas été demandé, la procédure de passation du marché litigieux a continué et a abouti, le 5 septembre 2000, à l'adjudication des travaux à X. Switzerland SA pour un prix de 2'021'000 fr. D. et S. n'ont pas déposé d'offre dans cette procédure. Le 26 septembre 2000, le contrat portant sur le lot 180.25 a été signé avec X. Switzerland SA.

Le 13 mars 2001, le Tribunal administratif a admis le recours de D. et S. visant l'appel d'offres (procédure 2A 00 70). Dans la mesure où le contrat relatif à ce marché avait déjà été signé, il s'est limité à constater le caractère

illicite de cet appel d'offres conformément à l'art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). Il a considéré en substance que le critère d'aptitude exigeant un capital social d'un million de francs constituait un critère discriminatoire qui avait pour seul but d'évincer les recourantes du marché. Le procédé a été jugé d'autant plus choquant que l'entreprise à laquelle le marché a été adjugé (X. Switzerland SA est une simple filiale de X. SA) ne possède pas le capital social exigé. Vu cette situation abusive qui conduisait à admettre le recours, le Tribunal administratif ne s'est pas prononcé sur les autres griefs des recourantes, notamment sur l'admissibilité de la division du marché.

E. Le 7 novembre 2000, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux de signalisation fixe (lot 182.53) à l'entreprise Y. pour un montant de 282'908 fr. Cette décision n'a pas été contestée par D. et S qui avaient déjà attaqué la décision d'appel d'offres.

F. Le 20 avril 2001, invoquant l'illicéité constatée par le Tribunal administratif dans ses arrêts du 7 avril 2000 et 13 mars 2001, D. et S. ont fait valoir auprès du Conseil d'Etat des prétentions en dommages-intérêts pour un montant 590'993 fr. comprenant un manque à gagner de 439'356 fr., des dommages-intérêts négatifs de 97'910 fr., ainsi que des frais d'intervention de leur mandataire, par 53'727 fr.

Le 11 septembre 2001, le Conseil d'Etat a rejeté la prétention en dommages-intérêts, en relevant que le jugement du 7 avril 2000 avait mis à néant la procédure d'adjudication, de sorte qu'il était vain de prétendre à une indemnisation pour un gain manqué dans cette situation. S'agissant de la nouvelle procédure conclue par l'arrêt du 13 mars 2001, l'autorité a constaté que les requérantes n'ont pas déposé d'offres et n'ont donc eu aucun frais, les coûts de leur avocat ayant été couverts par l'indemnité de partie qui leur a été allouée.

G. Le 21 janvier 2002, D. et S. ont ouvert une action en responsabilité contre l'Etat de Fribourg devant le Tribunal administratif (procédure 1A 02 4). Elles concluent, sous suite de frais et dépens, à ce que le défendeur soit condamné à payer:

- à D. le montant de 254'906 fr., avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} avril 2001 et le montant de 40'906 fr. 35 ou tels autres montants à dire de justice;
- à S. le montant de 294'288 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} avril 2001 et le montant de 40'906 fr. 35 ou tels autres montants à dire de justice.

A l'appui de leurs conclusions, les demanderesses invoquent les faits constatés dans les deux arrêts du Tribunal administratif du 7 avril 2000 et du 13 mars 2001, spécialement le caractère illicite des procédures et adjudications relatives aux travaux de signalisation sur la section 8, Cheyres-Cugy, de la route nationale A1. Les demanderesses requièrent l'application de la loi fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (LResp; RSF 16.1) pour obtenir réparation. Dans la mesure où l'art. 3a de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1) - qui restreint la responsabilité aux dépenses que le soumissionnaire a engagées en relation avec la procédure d'adjudication et de recours - n'était, à leur avis, pas encore en vigueur au moment du dépôt de l'action, les demanderesses estiment échapper à son application.

Se référant aux arrêts du Tribunal administratif pour fonder l'existence d'une illicéité, D. et S. font valoir qu'elles réunissaient les conditions de l'adjudication et que si les procédures avaient été menées de manière licite, elles auraient dû se voir adjuger les marchés publics en cause dès lors qu'elles avaient présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Invoquant le manque à gagner, les demanderesses requièrent le paiement d'un montant correspondant à leur marge bénéficiaire, fixée à 25% ou à dire d'expert. Elles exigent également le remboursement de leur perte effective, notamment le montant des honoraires de leur mandataire, dont à déduire les indemnités participatives accordées par le Tribunal administratif, soit un solde net de 14'448 fr. 45 ainsi qu'un montant forfaitaire de 10'000 fr. représentant les frais et débours de leurs administrateurs. Enfin, elles demandent le paiement de 57'364 fr. 20 au titre d'honoraires de leur mandataire pour la mise en œuvre de l'action en responsabilité, soit 10% du montant du dommage.

- H. Le 28 mars 2002, l'Etat a déposé sa réponse dans laquelle il conclut au rejet de l'action. Le défendeur constate que, dans son arrêt du 7 avril 2000, le Tribunal administratif a annulé l'intégralité de la procédure d'adjudication et non pas seulement la décision d'adjudication du 7 décembre 1999. La situation juridique est dès lors la même que s'il n'y avait jamais eu procédure, ce qui exclut d'emblée toute prétention à une indemnisation du gain manqué. Quant aux frais d'établissement du dossier de préqualification, l'Etat rappelle que les entreprises ayant été retenues avaient droit à une indemnité de dossier de 31'005 fr. qui a été offerte aux demanderesses le 14 janvier 2000: celles-ci n'ont toutefois envoyé ni facture ni indiqué d'adresse de paiement, de sorte que le montant n'a pas pu être versé.

S'agissant de la deuxième procédure de soumission, le défendeur souligne que les demanderesses n'ont pas déposé d'offre et n'ont donc eu aucun frais à ce sujet. Quant aux frais de défense, l'Etat remarque que si les indemnités reçues ne couvraient pas les frais d'avocat, les intéressées auraient dû faire

usage des moyens de droit pour obtenir leur dû. N'ayant pas agi de la sorte, elles ne peuvent invoquer la responsabilité de l'Etat (art. 6 al. 3 LResp).

Enfin, le défendeur invoque l'art. 3a LMP pour s'opposer à l'indemnisation du gain manqué.

- I. Les 11 et 28 mars 2003, les parties ont donné leur accord à une proposition du Juge délégué visant à ce que le Tribunal administratif tranche préalablement, sans débats, la question du principe de l'indemnisation.
- J. Le 8 janvier 2004, le Tribunal administratif a classé la procédure 2A 00 33 qui visait l'appel d'offres concernant le lot 182.35 relatif aux travaux de signalisation fixe. En accord avec les parties, il a jugé que cette procédure est devenue sans objet suite à l'entrée en force de l'arrêt du 7 avril 2000. Appelée à se prononcer sur l'attribution des frais et dépens, la Cour a estimé hautement vraisemblable que, sans la survenance du fait qui l'a rendu sans objet, le recours aurait été admis.
- K. Par arrêt du 20 janvier 2004, le Tribunal administratif n'est pas entré en matière sur l'action en responsabilité, considérant que, dans la mesure où les adjudications litigieuses ont été prononcées par le Conseil d'Etat, l'art. 17 al. 2 LResp attribue au Tribunal fédéral la compétence de connaître cette cause.

Le Tribunal fédéral n'a pas partagé cet avis. Le 31 août 2004, il a déclaré la demande irrecevable et renvoyé la cause au Tribunal administratif comme objet de sa compétence. Constatant qu'en l'espèce, les membres du gouvernement ne sont pas directement mis en cause par l'action en responsabilité qui vise en priorité le comportement du BAR, la Cour suprême a jugé que l'art. 17 al. 2 LResp n'est pas applicable.

- L. A réception du dossier du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif a ouvert une nouvelle procédure 1A 04 79. Sur invitation du Juge délégué, les demanderesses ont déclaré, le 20 septembre 2004, qu'elles maintiennent leur action et que les mémoires produits en procédure 1A 02 4 gardent toute leur actualité. Elles ont confirmé également leur accord à la restriction des débats, pour l'instant, sur le principe de l'indemnisation et leur renonciation à des débats publics pour cette partie de la procédure.

L'Etat a agi de même le 22 septembre 2004.

En droit:

1. a) Conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 août 2004, le Tribunal administratif est compétent pour connaître du litige en application de l'art. 17 al. 1 LResp.

Dès l'instant où les demanderesses ont correctement suivi la procédure préalable prévue par l'art. 21 LResp et ont agi en respectant les délais de péremption fixés à l'art. 24 LResp, il y a lieu de se prononcer sur les mérites de l'action.

- b) Invitées à se déterminer sur la tenue d'une séance de débats publics, les parties y ont renoncé, de sorte que la Cour peut statuer sur la base du dossier constitué.

2. Les règles relatives à la réparation du dommage en matière de marchés publics ont été modifiées dans l'urgence (BG 2001 p. 1725) juste avant l'ouverture de la présente action. A la différence des règles générales de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents qui imposent la réparation pleine et entière du dommage causé de manière illicite, le nouvel art. 3a LMP prévoit que la responsabilité de l'adjudicateur se limite aux dépenses que le soumissionnaire a engagées en relation avec la procédure d'adjudication et de recours. Le nouveau droit exclut donc la réparation du manque à gagner.

Le Conseil d'Etat a promulgué cette nouvelle le 18 décembre 2001 et a fixé son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 (ROF 2001 p. 529).

Contrairement à ce que soutient le défendeur, la nouvelle réglementation ne régit pas la présente affaire. Dans la mesure où les faits ayant causé le dommage allégué se sont produits entièrement sous l'empire de l'ancien droit, ce dernier est encore applicable pour trancher le litige. En matière de réparation du dommage, aucun intérêt public ne justifie en effet une application immédiate de la nouvelle loi à un état de chose né sous l'ancien droit (A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 154 et la jurisprudence citée; voir aussi JAB 2001 p. 88). Le souci du législateur cantonal d'éviter à l'adjudicateur le risque de devoir verser des dommages-intérêts positifs en cas d'adjudication illicite ne constitue pas un intérêt public suffisant pour modifier cette règle.

Au demeurant, il faut rappeler que la demande préalable a été déposée devant le Conseil d'Etat en avril 2001. Peu importe dès lors - à supposer que cela puisse avoir une influence - que l'action elle-même ait été ouverte le 20 janvier 2002, quelques jours après l'entrée en vigueur de la nouvelle norme. Le processus d'indemnisation avait été engagé bien avant.

Enfin, on peut se demander si les règles de la bonne foi ne commandent pas non plus d'appliquer l'ancien droit. Il est troublant en effet de constater que la procédure de modification législative a été introduite et menée dans l'urgence alors que, parallèlement, le Conseil d'Etat était saisi de la présente demande d'indemnité en procédure préalable. Malgré les explications données au Grand Conseil (BG 2001 p. 1725), on ne peut s'empêcher de penser que l'empressement à modifier la loi trouvait son origine dans les démarches des demanderesses.

La présente affaire est donc soumise aux règles générales de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents. Selon l'art. 6 al. 1 de cette loi, les collectivités publiques répondent du préjudice que leurs agents causent d'une manière illicite à autrui dans l'exercice de leurs fonctions.

3. Ainsi que le souligne à juste titre le défendeur, l'arrêt du 7 avril 2000 - entré en force de chose jugée - a eu pour effet d'annuler complètement la procédure d'adjudication. Considérant que l'appel d'offres lui-même était déjà vicié par un énoncé erroné des critères d'adjudication, le Tribunal administratif a mis à néant l'intégralité des démarches effectuées par l'adjudicateur.

Du moment qu'aucun marché n'a été attribué dans le cadre de cette procédure, les demanderesses ne peuvent pas prétendre avoir manqué des travaux adjudgés et, partant, n'ont aucune perte de bénéfice à faire indemniser.

Les demanderesses auraient pu invoquer en revanche le remboursement des frais d'établissement de l'offre déposée en vain dans la mesure où le principe de la gratuité des offres (art. 23b RMP) ne vaut que dans l'hypothèse où la procédure s'est déroulée correctement (J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 150). Il faut constater cependant que, dans leur action, les intéressées ne font pas valoir l'existence de ce dommage, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant cette question. Tout au plus peut-on remarquer que l'Etat leur avait proposé, le 14 janvier 2000, le remboursement des frais d'établissement du dossier de préqualification et que cette proposition est restée sans réponse.

4. a) Dès lors que la procédure initiale d'appel d'offres a été mise à néant par l'arrêt du 7 avril 2000, l'adjudicateur était en droit de tirer les conséquences des expériences faites et de décider une mise en soumission différenciée des travaux de signalisation fixe et de signalisation active. A défaut de directives du Tribunal administratif sur la manière de répéter l'appel d'offres, l'adjudicateur n'était pas obligé de présenter le marché de la signalisation en

un seul bloc comme la première fois. Sur le principe, sa démarche échappe donc à la critique.

- b) Cela étant, l'adjudicateur ne pouvait pas, sans violer l'art. 31 RMP, diviser le marché mis en soumission tant que la procédure d'adjudication initiale n'avait pas été annulée complètement par l'arrêt du 7 avril 2000. Il aurait pu le faire après l'entrée en force de ce jugement, mais pas avant. La procédure d'adjudication de la signalisation fixe a été ainsi affectée d'une informalité liée au moment où elle a été introduite.

La procédure d'attribution des travaux de signalisation active a montré des vices plus importants encore. L'arrêt rendu 13 mars 2001 (procédure 2A 00 70) a clairement souligné le comportement abusif de l'adjudicateur qui, sans motif valable et visiblement pour écarter les demanderessees, a requis l'existence d'un capital social d'un million de francs pour participer à la procédure.

- c) Les violations du droit des marchés publics décrites ci-dessus dans les deux procédures relatives aux signalisations fixe et active ont pénalisé les demanderessees dès lors qu'elles les ont conduites à ne pas déposer d'offre.

Dans le cas de la signalisation passive, les intéressées attendaient que tombe l'arrêt du 7 avril 2000 et n'avaient aucun motif de déposer une offre partielle alors qu'elles espéraient encore obtenir le marché global. Pour la signalisation active, elles n'avaient pas le capital social nécessaire pour déposer l'offre et elles avaient de toute manière contesté la légalité de l'appel d'offres.

Il faut constater cependant qu'au delà d'une contestation de principe, les demanderessees sont restées étonnamment passives face aux démarches de l'adjudicateur qu'elles estimaient illégales. Elles n'ont pas requis l'effet suspensif dans leur recours 2A 00 70 et n'ont pas réagi au moment où a été notifié l'arrêt du 7 avril 2000. Bien qu'ayant saisi à chaque fois le Tribunal administratif, elles n'ont jamais demandé à pouvoir déposer une offre dans le cadre d'une mesure provisionnelle. Elles s'en sont tenues exclusivement à leur conclusion visant à la mise en soumission d'un marché global quand bien même on voyait clairement, dès juillet 2000, que les travaux allaient être adjugés de manière séparée et que le litige se solderait par une action en responsabilité.

On ne sait donc pas actuellement quel aurait été le montant de l'offre des demanderessees pour les marchés distincts de la signalisation fixe et de la signalisation active.

Certes, l'offre globale que D. et S. ont déposée le 9 septembre 1999 donne certaines indications sur la compétitivité des intéressées puisque le montant

offert de 2'196'778 fr. se composait d'une somme de 2'005'327 fr. pour la signalisation active et les commandes et d'une autre de 191'451 fr. pour la signalisation fixe. Ces chiffres ne permettent pas cependant de tirer des conclusions mathématiques. Il faut constater en effet que le lot 180.25 initial, annulé, ne représente pas la somme des lots 180.25 nouveau et 182.53. De nombreuses positions ont changé ou ont été ajoutées dans les nouveaux appels d'offres, ce qui rend quasiment impossible une comparaison précise de l'offre des demanderesses dans la procédure annulée et le montant d'adjudication des marchés. Tout au plus peut-on admettre que les demanderesses auraient pu défendre leurs chances si elles avaient participé aux deux appels d'offres en cause.

Ces dernières n'ont pas démontré en tout cas - et elles n'ont même pas cherché à le faire - qu'elles auraient disposé d'une avance telle sur leurs concurrents qu'elles auraient remporté avec une vraisemblance confinante à la certitude les deux marchés distincts de signalisation fixe et de signalisation active.

Il faut rappeler que X., qui avait proposé la signalisation active pour 1'922'794 fr. dans la procédure globale (contre 2'005'327 fr. pour les demanderesses), a obtenu ce marché pour le prix de 2'021'000 fr., après nouvelle formulation de l'appel d'offres. Vu la proximité des montants en cause, il est exclu d'admettre que, si les demanderesses avaient participé à la procédure spéciale concernant la signalisation active, elles auraient forcément obtenu ce marché.

De même, après examen, il apparaît que la composition et les exigences du lot 182.53 n'étaient pas identiques aux positions qui ont été sorties du lot 180.25, le 18 novembre 1999. Une comparaison n'est donc pas pertinente entre le montant de 191'451 fr. articulé par les demanderesses dans leur offre globale et le montant de 282'908 fr. retenu le 7 novembre 2000 pour adjuger pour les travaux de signalisation fixe à l'entreprise Y.

En d'autres termes, les demanderesses ne parviennent pas à établir qu'elles auraient obtenu les deux marchés en cause si elles avaient participé aux procédures d'adjudication et si l'attribution de ces marchés avait été exempte d'irrégularités. L'existence de l'offre déposée dans la procédure annulée le 7 avril 2000 permet seulement de reconnaître qu'elles auraient eu des chances d'obtenir ces marchés; elles auraient pu également échouer dans la mesure où, pour autant qu'une comparaison soit possible, la différence théorique entre ce qu'elles ont offert en 1999 et ce que leurs concurrents ont offert en 2000 n'est pas très sensible. Dans ces conditions, n'ayant pas démontré avec une certaine vraisemblance qu'elles auraient obtenu les marchés en cause en cas de participation régulière, les demanderesses ne peuvent pas prétendre à l'indemnisation du manque à gagner résultant de la non-attribution de ces travaux. En effet, si la jurisprudence a tempéré la stricte répartition du fardeau de la preuve en admettant une preuve prima

facie du dommage ou du rapport de causalité, rapportée sur la base d'indices (ATF 109 II 312) ou d'une certaine vraisemblance (ATF 90 II 232, 107 II 430, 113 lb 424, 119 lb 342), l'existence d'une simple possibilité n'a pas été jugée suffisante (ATF 113 lb 424, 119 lb 342, 120 II 250). La perte d'une chance n'est pas indemnisée en droit positif suisse (CH. MÜLLER, La perte d'une chance, Berne 2002, p. 181; le même, La perte d'une chance, in: B. FOËX / F. WERRO, La réforme du droit de la responsabilité civile, Genève, Zurich, Bâle, 2004, p. 158).

A cet égard, il faut nettement distinguer la problématique d'une prétention au dédommagement complet du préjudice lié à la perte du marché - ce qui comporte la perte de gain - et celle, usuelle en droit des marchés publics, du simple dédommagement des frais impliqués par la participation à une procédure d'adjudication qui s'est révélée illicite. La jurisprudence et la doctrine développées dans ce dernier cas, pour admettre comme suffisante à l'indemnisation des frais l'existence d'une chance réelle d'adjudication, n'est pas applicable lorsque, comme en l'espèce, le demandeur requiert la réparation complète du préjudice, y compris son manque à gagner. L'objet des deux sortes de procédures est différent (sur ces questions, M. BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich, Bâle, Genève, 2004, n° 590 ss).

5. Ainsi, en résumé, il faut constater que les demanderesses ne peuvent pas requérir le paiement d'un manque à gagner en relation avec la procédure annulée le 7 avril 2000 parce qu'aucun marché n'a été attribué dans ce cadre, l'illégalité commise ayant été corrigée à temps - avant la conclusion du contrat - par le Tribunal administratif avec l'annulation intégrale de la procédure.

Les marchés relatifs aux signalisations active et passive ont été attribués dans le cadre de deux procédures d'adjudication subséquentes auxquelles les demanderesses n'ont pas pris part. Dans la mesure où elles n'ont pas réussi à prouver qu'elles auraient eu plus que de simples chances d'obtenir ces marchés si elles y avaient participé dans des conditions régulières, elles ne peuvent pas non plus invoquer une perte de bénéfice qui résulterait de la non-attribution de ces travaux.

6. a) En plus du manque à gagner, les demanderesses ont requis une indemnisation de la perte effective qu'elles prétendent avoir subie en raison des frais et dépens non couverts par les indemnités de partie reçues du Tribunal administratif.

Les intéressées ont gagné deux des trois recours interjetés contre l'adjudicateur et ont obtenu, à titre d'indemnité de partie, le remboursement intégral des listes de frais qu'elles ont déposées (2A 00 4, 2A 00 70). Dans le cadre du troisième recours devenu sans objet, les intéressées ont également

obtenu une indemnité de partie à l'issue d'une appréciation *prima facie* des chances de succès du recours au moment où est survenu le fait qui a mis fin au procès (2A 00 33).

- b) Selon l'art. 137 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), en cas de recours, de révision ou d'interprétation devant une autorité statuant en dernière instance cantonale et en cas d'action, l'autorité de la juridiction administrative alloue, sur requête, à la partie qui obtient gain de cause une indemnité pour les frais nécessaires qu'elle a engagés pour la défense de ses intérêts.

Le système légal de l'indemnisation des parties qui obtiennent gain de cause tel que prévu par les art. 137 ss CPJA constitue une *lex specialis* par rapport à la norme générale de responsabilité de l'art. 6 LResp. A ce titre, les dispositions sur l'indemnité de partie excluent l'application de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques (art. 5 LResp). En effet, du moment que l'autorité judiciaire compétente a alloué à une partie un montant appelé à couvrir les frais nécessaires engagés pour sa défense, il n'y a plus de place pour demander encore l'indemnisation de frais supplémentaires. Ces derniers doivent être jugés comme n'étant pas nécessaires et ne peuvent par conséquent faire l'objet d'une indemnisation. Même si, avec les limitations que la loi impose à l'indemnisation des frais de procès (tarif horaire fixe des honoraires à 200 fr., plafond de l'indemnité à 5'000, voire 20'000 fr.), il arrive qu'une partie ayant obtenu gain de cause ne soit pas totalement indemnisée, cette situation n'ouvre pas la voie à un procès en responsabilité. La réglementation des dépens repose sur des considérations pratiques et la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents; cet équilibre se trouverait compromis si la décision sur les dépens ne liquidait pas les prétentions des parties et laissait la porte ouverte à une action de droit administratif ultérieure (ATF 112 Ib 357). L'indemnité de partie allouée en application des art. 137 ss CPJA exclut toute autre procédure sur le même objet.

La seule réserve qu'il y aurait éventuellement lieu d'apporter à ce principe concerne le cas très exceptionnel d'un plaideur, agent d'une collectivité publique, qui, par son comportement en procédure et indépendamment de la question de fond, aurait agi de manière illicite (cf. pour un cas concernant la responsabilité pour faute, ATF 117 II 394 ss). Ce cas de figure n'est toutefois pas réalisé en l'espèce dès lors que les actes illicites commis par l'adjudicateur et ses auxiliaires dans la présente affaire ont concerné l'organisation de la passation des marchés, à savoir le fond, et pas directement la procédure en tant que telle.

Il s'ensuit que les demanderesses qui ont obtenu des indemnités de partie dans les procédures qu'elles ont ouvertes ne peuvent pas utiliser la voie de l'action en responsabilité pour récupérer le solde des frais de procès non

couverts par les indemnités reçues. Leur demande doit être rejetée sur ce point.

7. a) Les demanderesses concluent également au versement d'un montant forfaitaire de 10'000 fr. afin d'indemniser leurs administrateurs et leur service pour des frais qu'ils ont eu en relation avec les actions en justice (étude des dossiers, séances avec le mandataire, déplacements, débours).
- b) Selon l'art. 140 CPJA, l'indemnité de partie comprend non seulement les frais de représentation ou d'assistance (let. a), mais également les autres frais de la partie, notamment ses frais de déplacement (let. b).

Ainsi, en application de cette disposition, c'est dans le cadre des demandes d'indemnités de partie que les demanderesses auraient dû invoquer les frais de leurs administrateurs. Le fait qu'elles aient oublié d'intégrer ces frais dans les demandes qu'elles ont déposées ne les autorise pas à utiliser la voie de l'action en responsabilité pour corriger leur erreur. Comme il a été dit ci-dessus, les règles spéciales de procédure sur l'indemnité de partie excluent la mise en œuvre sur le même objet des dispositions générales de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques.

La demande doit donc également être rejetée en tant qu'elle concerne ce poste du dommage.

8. L'action de D. et S. est ainsi rejetée dans son intégralité.

Il appartient aux demanderesses qui succombent de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

Pour le même motif, elles n'ont pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). Il leur incombe en revanche de verser une telle indemnité à l'Etat, qui gagne le procès, et dont les intérêts patrimoniaux étaient ici en cause (art. 139 CPJA).

105.2; 210.4.1