



Cour II
B-5032/2013

Arrêt du 21 octobre 2013

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Eva Schneeberger, Francesco Brentani, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ AG,
représentée par Me Luc Meylan, avocat,
recourante,

contre

armasuisse,
Achats et coopérations,
Wankdorfstrasse 2, 3003 Berne,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Marchés publics – livraison de gaz propane
Simap-Projet-ID 96227.

Vu

l'appel d'offres, publié le 23 avril 2013 par armasuisse, Achats et coopérations, (ci-après : le pouvoir adjudicateur) dans le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (Simap), dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de fournitures, intitulé "Livraison de gaz propane",

les deux offres déposées dans le délai imparti, à savoir celle de Y. _____ GmbH et celle de X. _____ AG,

la décision du 20 août 2013 du pouvoir adjudicateur, publiée le 23 août 2013 dans Simap, adjugeant le marché à Y. _____ GmbH (ci-après : l'adjudicatrice),

le recours formé par X. _____ AG (ci-après : la recourante) le 6 septembre 2013 contre dite adjudication auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant, à titre principal et sous suite de frais et dépens, à son annulation et – avec ou sans renvoi – à l'attribution du marché à elle-même,

la requête d'octroi de l'effet suspensif contenue dans le recours,

l'ordonnance du 10 septembre 2013 du Tribunal administratif fédéral octroyant d'une part, à titre superprovisionnel, l'effet suspensif au recours, et requérant, d'autre part, du pouvoir adjudicateur de se prononcer, jusqu'au 17 septembre 2013, sur le point de savoir si la valeur seuil requise était en l'espèce atteinte ; et, enfin, invitant le pouvoir adjudicateur et l'adjudicatrice à se déterminer, jusqu'au 1^{er} octobre 2013, sur la demande d'effet suspensif,

la prise de position du 17 septembre 2013 du pouvoir adjudicateur, dans laquelle il indique estimer la valeur du marché en cause à environ Fr. 360'000.–,

l'avance sur les frais de procédure présumés, d'un montant de Fr. 4'000.–, versée par la recourante et perçue le 20 septembre 2013,

la détermination du 30 septembre 2013 du pouvoir adjudicateur, dans laquelle il conclut à l'adjudication, par le Tribunal administratif fédéral, du marché litigieux à la recourante,

l'absence de réponse de l'adjudicatrice dans le délai fixé,

l'ordonnance du 2 octobre 2013, par laquelle le tribunal donne la possibilité à l'adjudicatrice de se prononcer, jusqu'au 14 octobre 2013, sur la conclusion susmentionnée du pouvoir adjudicateur,

le défaut de réponse de l'adjudicatrice dans le délai imparti,

les autres actes de la procédure,

et considérant

que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (cf. art. 29 let. a LMP en lien avec art. 27 al. 1 LMP),

qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues dans la LMP (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 2.3),

que la LMP trouve application dans le cas d'espèce (cf. art. 2 al. 1 let. a, 5 al. 1 let. a, 3 a contrario et 6 al. 1 let. a LMP),

que les autres conditions de recevabilité sont en outre respectées (cf. art. 30 LMP, 48 al. 1, 11 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA),

que, partant, le présent recours est recevable,

qu'il ressort de l'appel d'offres, rubrique "Critères d'aptitude", que "le soumissionnaire met en œuvre un système certifié de gestion environnementale (ISO 14001 : 2004 ou équivalent)" (pt 3.7 E4) ; et que "le certificat doit être joint (copie)" (rubrique "Justificatifs requis", pt 3.8 E4),

que la recourante fait valoir que l'adjudicatrice ne remplissait pas le critère d'aptitude précité, si bien que son offre aurait dû être exclue de la procédure d'adjudication,

qu'invité à se prononcer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a indiqué que l'attribution du marché procédait d'une constatation inexacte des faits, puisque l'adjudicatrice n'était effectivement pas au bénéfice de la certification requise à la date du dépôt de son offre,

que, ceci étant, le pouvoir adjudicateur a conclu à l'admission du recours, à l'annulation de l'adjudication et à l'attribution, par le Tribunal administratif fédéral, du marché litigieux à la recourante,

qu'en passant expédient, le pouvoir adjudicateur est en quelque sorte revenu sur la décision entreprise, sans toutefois la reconsidérer formellement (cf. sur ce point PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., 2013, n° 1376), de sorte qu'il appartient au tribunal de se prononcer sur le recours,

que l'instance de recours n'adjuge que de manière exceptionnelle directement le marché à la partie recourante (cf. arrêt du TAF B-4308/2013 du 18 septembre 2013 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1396 en lien avec n° 1405),

qu'une attribution directe du marché à la recourante implique d'une part, que le tribunal dispose d'un état de fait complet et, d'autre part, que seule la recourante soit susceptible d'obtenir le marché (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1405),

qu'en l'espèce, il ressort de l'offre déposée par l'adjudicatrice, versée au dossier, que celle-ci ne disposait pas d'un système certifié de gestion environnementale à la date du dépôt de celle-là,

que ce critère devait être réalisé – et la preuve correspondante apportée – au moment de la remise de l'offre,

que l'adjudicatrice ne remplissait dès lors pas un des critères d'aptitude exigés dans l'appel d'offres, si bien qu'elle ne pouvait se voir attribuer le marché en cause,

qu'il appert du dossier que la recourante, en revanche, possède la certification demandée et qu'elle a annexé à son offre le moyen de preuve requis,

que, comme l'a indiqué le pouvoir adjudicateur, dès lors que seule la recourante est susceptible d'obtenir le marché, celui-ci peut lui être attribué,

que le tribunal ne saurait toutefois adjuger directement le marché à la recourante sans que l'adjudicatrice n'ait eu l'opportunité de se déterminer sur le passé-expédient du pouvoir adjudicateur,

que, par ordonnance du 2 octobre 2013, le tribunal a ainsi offert la possibilité à l'adjudicatrice de se prononcer sur la requête du pouvoir adjudicateur tendant à l'attribution du marché à la recourante,

que, l'adjudicatrice n'ayant pas répondu dans le délai imparti, il y a lieu d'admettre que celle-ci s'est désintéressée de la procédure,

que, sur le vu de ce qui précède, un renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur conduirait dans tous les cas à l'annulation de la décision dont est recours et à l'adjudication du marché à la recourante, de sorte qu'il se justifie en l'espèce de statuer sur le fond (cf. arrêt du TAF B-4308/2013 précité ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1405),

qu'en définitive, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision querellée et d'adjuger le marché, objet de la procédure, à la recourante,

que les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]),

qu'aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA),

que, la recourante ayant obtenu gain de cause, il y a lieu de lui rembourser l'avance de frais de Fr. 4'000.– déjà versée,

que l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA),

que les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF), et qui sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.– au moins et de Fr. 400.– au plus (art. 10 al. 2 FITAF),

qu'en l'espèce, la défense de la recourante a nécessité les services d'un avocat, dûment mandaté par procuration,

que l'intervention de celui-ci – qui n'a produit aucune note de frais et honoraires – s'est cependant limitée au dépôt d'un recours de trois pages, de sorte qu'en tenant compte du barème précité, il se justifie d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens de Fr. 750.– (TVA comprise), à charge du pouvoir adjudicateur (cf. art. 64 al. 2 PA),

que le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif,

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

La décision du 20 août 2013 de armasuisse, Achats et coopérations, publiée le 23 août 2013 dans Simap, adjugeant le marché intitulé "Livraison de gaz propane" (Projet-ID 96227) à la société Y. _____ GmbH est annulée.

3.

Le marché mentionné sous chiffre 2 est adjugé à X. _____ AG.

4.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

5.

L'avance de frais de Fr. 4'000.– versée par la recourante lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

6.

Un montant de Fr. 750.– (TVA comprise) est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge du pouvoir adjudicateur.

7.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement")
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. Simap-Projet-ID 96227 ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR (acte judiciaire)
- à l'adjudicatrice (courrier A)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] a contrario), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 22 octobre 2013