



Arrêt du 18 juillet 2016

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Marc Steiner, Francesco Brentani, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
Y. _____ AG,
toutes deux représentées par Me Philippe Renz, avocat,
recourantes,
contre

armasuisse,
Achats et coopérations,
Rodtmattstrasse 110, 3003 Berne,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Marchés publics – Données LIDAR swisstopo 2015-2018
Simap-Projet-ID 128733.

Faits :**A.**

Le 10 juillet 2015, armasuisse (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services d'arpentage, d'établissement de cartes et de levés en surface, intitulé « Données LIDAR swisstopo 2015-2018 ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, six soumissionnaires ont déposé une offre, pour des montants variant entre (...) et (...) francs. Parmi lesdites offres, figurait celle du consortium formé par les sociétés X._____ SA et Y._____ AG (ci-après : les recourantes) pour un montant de (...) francs hors taxe.

B.

B.a Par décision du 8 septembre 2015, publiée sur la plateforme Simap le 11 septembre 2015, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société B._____ GmbH (ci-après : l'adjudicataire), sans indication de prix.

B.b Statuant sur recours des recourantes, le Tribunal administratif fédéral a annulé cette décision et renvoyé la cause au pouvoir adjudicateur, par arrêt du 21 décembre 2015, afin que celui-ci adapte les critères de qualification fixés dans l'appel d'offres et détermine, pour le reste, de quelle manière remédier aux défauts de la procédure d'appel d'offres (B-6274/2015).

C.

C.a Le 25 février 2016, le pouvoir adjudicateur a prononcé l'interruption de la procédure d'adjudication relative au marché de services intitulé "Données LIDAR swisstopo 2015-2018" ; cette décision a été publiée le 26 février 2016 dans Simap.

C.b Par courrier du même jour, le pouvoir adjudicateur a indiqué brièvement aux recourantes les motifs de cette décision. Il a signalé, en particulier, que la prise en compte des exigences de la nouvelle réglementation revêtait une importance considérable et que, pour des raisons d'égalité de traitement, la fiabilité de l'assurance des soumissionnaires de leur futur respect desdites exigences ne pouvait plus être jugée. Il s'est également prévalu de ce que le retard pris en raison du

dépôt du recours rendait nécessaire un nouvel appel d'offres permettant à d'autres soumissionnaires de déposer une offre ainsi que la prise en compte de planifications à long terme, laquelle ne figurait pas dans la procédure originelle.

D.

Par mémoire du 16 mars 2016, les recourantes exercent un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation ainsi qu'à la continuation et à l'achèvement de la procédure d'adjudication du marché dans les plus brefs délais. A titre de mesures provisionnelles et provisionnelles urgentes, elles requièrent que l'effet suspensif soit accordé au recours et que le pouvoir adjudicateur continue immédiatement la procédure d'adjudication et produise un calendrier indiquant les prochaines étapes de dite procédure jusqu'au moment de l'adjudication. A l'appui de leurs conclusions, elles invoquent une violation du principe de la chose jugée en ce sens que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas respecté l'injonction qui lui était faite dans l'arrêt du 21 décembre 2015 de continuer la procédure. De plus, elles contestent qu'il existe un motif d'interruption de la procédure et qualifient ceux invoqués par le pouvoir adjudicateur d'abusifs et d'arbitraires.

E.

Par ordonnance du 17 mars 2016, le pouvoir adjudicateur a été enjoint, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

F.

Invité à se déterminer sur les requêtes d'effet suspensif et de mesures provisionnelles urgentes, le pouvoir adjudicateur a renoncé à toute détermination et maintenu ses conclusions par courrier du 4 avril 2016.

G.

Par décision incidente du 11 avril 2016, le Juge instructeur a octroyé l'effet suspensif au recours mais rejeté la requête de mesures provisionnelles tendant à la poursuite immédiate de la procédure d'adjudication selon un calendrier préétabli.

H.

Le 15 avril 2015, le pouvoir adjudicateur a transmis sa réponse au recours, concluant au rejet de celui-ci sous suite de frais et dépens. Il fait tout d'abord valoir que le projet mis au concours porte sur le survol d'une zone

bien définie à une date déterminée et qu'il s'est depuis modifié. D'une part, de par l'écoulement du temps, une partie de la prestation requise a changé, les données devant impérativement être actuelles. D'autre part, afin d'éviter un retard dans le traitement des données LIDAR dans la région de Neuchâtel, à savoir la première phase du projet mis au concours prévue pour fin 2015 début 2016, les recourantes ont été mandatées par le canton de Neuchâtel dans le cadre d'une procédure sur invitation. De plus, le pouvoir adjudicateur se prévaut d'une modification en ce qui concerne les prestataires, ceux-ci pouvant être plus nombreux compte tenu des modifications intervenues quant au projet à réaliser. Par ailleurs, il fait valoir que, comme l'ont relevé les recourantes, il n'a jusqu'ici pas été tenu compte de la législation aérienne, ce qui justifie pleinement une interruption de la procédure. A cet égard, il précise qu'une autorisation de l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) sera requise dès 2017 et que ni les recourantes ni l'adjudicataire ne bénéficient à ce jour d'une telle autorisation. Enfin, à supposer qu'une adjudication partielle soit possible, à savoir pour la période non-soumise à autorisation, celle-ci devrait revenir à l'adjudicataire dès lors que son offre a été jugée économiquement la plus avantageuse.

I.

En date du 3 juin 2016, les recourantes ont maintenu leurs conclusions. En substance, elles contestent que le retard pris par le projet, en particulier en ce qui concerne le traitement des données LIDAR, puisse constituer un motif admissible d'interruption de la procédure, ce facteur devant être pris en compte lors d'une planification consciencieuse du projet. Elles font ensuite valoir que les données récoltées pour le canton de Neuchâtel pourront être utilisées dans le cadre du projet mis au concours ; aussi, cela peut tout au plus constituer une réalisation anticipée mais en aucun cas une modification importante du projet. De même, elles indiquent qu'une interruption dans le seul but d'élargir le nombre de soumissionnaires n'est pas licite. S'agissant de la nouvelle réglementation aérienne, elles relèvent avoir déposé leur déclaration de conformité auprès de l'OFAC et, dès lors, être en droit d'effectuer des vols aériens selon les modalités de la réglementation qui entrera en vigueur en avril 2017. De plus, elles indiquent que l'autorisation pour les vols à hauts risques ne pourra être délivrée qu'à partir du printemps 2017 ; elles ont toutefois obtenu la confirmation orale de la part de l'OFAC d'obtenir une telle autorisation. Elles en déduisent qu'elles satisfont aux conditions d'aptitude et qu'en conséquence le marché peut leur être attribué.

J.

Le 21 juin 2016, le pouvoir adjudicateur a informé le tribunal qu'il renonçait à de plus amples déterminations et maintenait l'ensemble de ses conclusions.

K.

Par courrier du 27 juin 2016, les recourantes ont produit une note de frais et se sont notamment plaintes de la passivité du pouvoir adjudicateur dans ce dossier.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :**1.**

1.1 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 relation avec l'art. 27 al. 1 LMP).

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

2.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

2.1 La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422). 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 par la LMP (cf. *a contrario* art. 2 al. 3 4^e phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

La LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

2.1.1 Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral de l'armement (armasuisse) appartienne à l'administration générale de la Confédération (cf. arrêt du TAF B-7435/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.1.1), de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

2.1.2 Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP), liste reprise à l'annexe 1a de l'OMP.

Il n'est *in casu* pas non plus contesté que le marché en cause porte sur la fourniture d'une prestation entrant dans la catégorie des services indiqués dans les deux annexes précitées sous le numéro de référence 867 de la classification centrale des produits (CPC).

2.1.3 Enfin, l'art. 6 LMP prévoit des seuils (hors TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse 230'000 francs pour les services. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

Il n'est pas non plus nié que cette valeur soit atteinte dans le cas d'espèce. Le seuil déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services est dès lors atteint.

2.1.4 Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est par ailleurs réalisée en l'espèce.

2.1.5 Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique *in casu*.

2.2

2.2.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, les membres d'un consortium évincé doivent, en leur qualité de consorts nécessaires, recourir conjointement contre une décision d'adjudication (cf. ATF 131 I 153 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2). Dite condition est en l'espèce réalisée.

2.2.2 Les recourantes ont la qualité pour recourir contre la décision d'interruption (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec les art. 26 al. 1 LMP et 37 LTAF), dès lors que de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2) leur ont été reconnues dans le cadre du recours contre la décision d'adjudication du 8 septembre 2015 (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 2.2.2). Elles ont en effet un intérêt à ce que soit examiné le bien-fondé de l'interruption prononcée (arrêt du TAF B-1772/2014 du 21 octobre 2014 consid. 1.2.2.1).

2.2.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

3.

Les recourantes se plaignent tout d'abord d'une violation du principe de l'autorité de la chose jugée en tant que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté les injonctions contenues dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 décembre 2015.

3.1 Selon un principe général applicable en procédure administrative, lorsqu'une autorité de recours statue par une décision de renvoi, l'autorité à laquelle la cause est renvoyée, de même que celle qui a rendu la décision sur recours sont tenues de se conformer aux instructions du jugement de renvoi. Ainsi, l'autorité inférieure doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit du jugement de renvoi. L'autorité inférieure voit alors sa latitude de jugement limitée par les motifs du jugement de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a été déjà définitivement tranché par l'autorité de recours, laquelle ne saurait, de son côté, revenir sur sa décision à l'occasion d'un recours subséquent (cf. arrêt du TF 9C_457/2013 du 26 décembre 2013 consid. 6.2 et réf. cit.).

3.2 En l'occurrence, dans l'arrêt du 21 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a considéré, compte tenu des éléments au dossier et des motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur, que les conditions d'une interruption de la procédure d'adjudication par l'instance judiciaire n'étaient pas réunies. Il a pour le surplus constaté que les critères de qualification devaient être adaptés mais qu'une interruption de la procédure ne s'imposait pas nécessairement ; la cause a dès lors été renvoyée au pouvoir adjudicateur pour qu'il pallie le défaut de la procédure d'appel d'offres, les modalités devant être déterminées par ledit pouvoir adjudicateur (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 4.6.3, 4.6.4, 5.3 et 5.4). A la suite dudit renvoi, celui-ci a interrompu la procédure par décision du 25 février 2016, décision que le présent recours a pour objet.

3.3 Il suit de là que l'arrêt du 21 décembre 2015 a notamment eu pour objet l'interruption éventuelle de la procédure par l'instance judiciaire, procédé qui doit demeurer exceptionnel et implique que le pouvoir adjudicateur n'avait pas d'autre choix (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.3 à 6.5). De même, si l'arrêt constate qu'il est possible de pallier le défaut de l'appel d'offre par d'autres moyens et qu'une interruption pour ce motif ne s'impose pas nécessairement, il n'a nullement privé le pouvoir adjudicateur de cette option. Aussi, la question de l'interruption de la procédure d'appel d'offres par le pouvoir adjudicateur n'a pas été traitée dans l'arrêt susmentionné ; cette question consiste précisément en l'objet de la présente procédure. En interrompant la procédure, le pouvoir adjudicateur n'a dès lors pas contrevenu au principe de l'autorité de la chose jugée.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

4.

Les requérantes contestent ensuite qu'il existe un motif d'interruption de la procédure ; elles qualifient ceux invoqués par le pouvoir adjudicateur d'abusifs et d'arbitraires.

4.1 Une procédure de passation de marché doit nécessairement aboutir à une adjudication ou à une interruption (cf. arrêt B-1772/2014 consid. 3.1 et réf. cit.).

4.1.1 L'interruption de la procédure, laquelle suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis, n'est possible qu'à titre exceptionnel. Elle apparaît ainsi comme une *ultima ratio*. Cette approche restrictive s'explique notamment par le fait que cette mesure implique, selon le moment où elle intervient, de revenir sur des décisions déjà entrées en force, en particulier

la décision de l'appel d'offres, ce qui nuit à la sécurité du droit. De même, la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication *ab ovo* a pour conséquence de fortement retarder l'avancement d'un marché public et d'entraîner des coûts supplémentaires. Or, il existe un intérêt public à ce que la procédure de marché public puisse se dérouler avec toute la célérité requise, ce que confirment notamment l'instauration de délais de recours relativement brefs et l'absence d'effet suspensif automatique à différents recours. En outre, la mise en œuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents. Il faut donc éviter que l'interruption de la procédure soit utilisée de manière abusive (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.1 et réf. cit.).

Une partie de la doctrine considère même que, sous réserve d'un changement essentiel du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit d'interrompre la procédure si le motif important invoqué est lié à un manquement dont il est lui-même responsable (cf. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, p. 364 n° 821). D'autres auteurs et la jurisprudence retiennent plutôt que le comportement du pouvoir adjudicateur n'influence pas son droit d'interrompre la procédure mais ouvre la voie à une éventuelle action en responsabilité à son encontre (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.4 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3 ; MARTIN BEYELER, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, PJA, 2005/7, p. 791 ss).

4.1.2 Selon l'art. 30 OMP, l'adjudicateur interrompt la procédure s'il n'entend pas réaliser le projet (al. 1). Il peut interrompre et répéter la procédure quand : aucune offre ne satisfait aux critères et aux exigences techniques fixés dans l'appel d'offres et dans les documents qui s'y rattachent (al. 2 let. a); il y a lieu de s'attendre à des offres plus avantageuses suite à une modification des conditions générales ou à la disparition de distorsions de concurrence (al. 2 let. b). Il peut engager une nouvelle procédure d'adjudication lorsqu'il décide d'apporter une modification importante au projet (al. 3).

La formulation potestative implique que, même s'il existe un juste motif ou un motif important, 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. En ce domaine, celui-ci dispose

d'un large pouvoir d'appréciation (cf. 134 II 192 consid. 2.3). La solution à adopter dépend des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manoeuvre étendue pour les définir (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.3 et réf. cit. ; décision incidente du TAF B-6136/2007 du 30 janvier 2008 consid. 9).

La liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché sur des éléments essentiels (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.4 et réf. cit.)

L'interruption de la procédure d'adjudication doit en outre être commandée par un motif d'intérêt public (cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 353 n° 798).

A l'aune de la jurisprudence, constituent notamment des motifs légitimes d'interruption de la procédure, la protection de la concurrence entre soumissionnaires, la correction d'erreurs et la garantie d'une adjudication conforme aux besoins (cf. arrêt B-1772/2014 consid. 3.4 et réf. cit.). En revanche, une interruption est abusive lorsqu'elle vise à éviter la mise en concurrence des soumissionnaires – contrevenant ainsi au but du droit des marchés publics – ou lorsqu'elle tend à empêcher l'adjudication à un soumissionnaire déterminé ou à permettre la prise en compte d'offres tardives (cf. arrêt B-1772/2014 consid. 3.5 et réf. cit.).

Dans le cadre d'une procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral, il est attendu du pouvoir adjudicateur, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont il dispose, qu'il expose clairement les motifs de l'interruption prononcée, faute de quoi une protection juridique efficace ne saurait être garantie (cf. arrêt B-1772/2014 consid. 3.6 et réf. cit.).

4.1.3 Selon la doctrine et la jurisprudence, lorsque la modification envisagée d'un paramètre fixé dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres (*Auftraggeberparameter*) porte sur des éléments essentiels, le pouvoir adjudicateur est tenu d'interrompre le marché, afin de lancer une nouvelle procédure intégrant les éléments nouveaux ; il ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir d'appréciation. Une modification doit être considérée comme essentielle notamment lorsqu'elle est de nature à élargir le cercle des soumissionnaires potentiels (cf. HUBERT STÖCKLI,

Bundesgericht und Vergaberecht Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in : BR 2002 p. 3 ss, spéc. p. 10 ss ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 218 ss n° 348 ss ; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, p. 107 ss ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 358 ss n° 809 ; ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, thèse Fribourg 2009, p. 119 ss n° 378 ss ; ATF 141 II 353 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 6.5 et B-3526/2013 du 20 mars 2014 consid. 5.3). En revanche, de petites modifications apportées aux critères ou aux spécifications techniques peuvent intervenir en cours de procédure, plus précisément au stade des négociations, si elles sont communiquées par écrit à tous les participants encore en lice (cf. art. XIV al. 4 let. b AMP). Enfin, des modifications plus importantes sont également possibles si les principes de transparence et d'égalité de traitement sont strictement respectés et si la possibilité est donnée aux soumissionnaires de calculer une nouvelle fois entièrement leur offre. Le pouvoir adjudicateur a ainsi le choix entre une procédure d'ajustement des offres et une interruption, suivie d'un renouvellement du marché (cf. décision incidente du TAF B-7252/2007 du 6 février 2008 consid. 3.1.1 ; HUBERT STÖCKLI, op. cit., in : BR 2002 p. 3 ss, spéc. p. 10 ss ; ETIENNE POLTIER, op. cit., p. 218 n° 349 et p. 229 n° 362).

4.2 Le pouvoir adjudicateur se prévaut tout d'abord de ce qu'une partie de la prestation requise a changé en raison de la procédure de recours.

4.2.1 Il expose, d'une part, que les données doivent impérativement être actuelles et qu'aucun retard n'est donc possible. D'autre part, il indique qu'afin d'éviter un tel retard dans le traitement des données LIDAR dans la région de Neuchâtel, à savoir la première phase du projet mis au concours prévue pour fin 2015 début 2016, les recourantes ont été mandatées par le canton de Neuchâtel dans le cadre d'une procédure sur invitation. Il en déduit que le marché mis en soumission ne peut plus être adjudgé tel quel, une part de celui-ci étant en cours de réalisation.

4.2.2 Les recourantes contestent que le retard pris par le projet, en particulier en ce qui concerne le traitement des données LIDAR, puisse constituer un motif admissible d'interruption de la procédure, ce facteur devant être pris en compte lors d'une planification consciencieuse du projet. Elles précisent, en outre, que les données récoltées pour le canton de Neuchâtel pourront être utilisées dans le cadre du projet mis au concours ; aussi, cela peut tout au plus constituer une réalisation anticipée mais en aucun cas une modification importante du projet.

4.2.3 En l'occurrence, pour des raisons que le pouvoir adjudicateur a vaguement tenté d'exposer dans sa réponse, une partie du projet mis initialement en soumission aurait été réalisée par le canton de Neuchâtel. Il n'a toutefois été produit aucune pièce permettant d'attester ses dires. Les recourantes ne le contestent cependant pas ; elles n'en auraient d'ailleurs subi aucun préjudice puisque le mandat leur aurait été confié. Cela étant, indépendamment de savoir si ce procédé était licite alors qu'une procédure de passation de marché était encore en cours (cf. à ce sujet : arrêt du TAF B-7133/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_553/2015 du 26 novembre 2015 consid. 2.3), force est d'admettre que le pouvoir adjudicateur, auquel incombe un devoir de motivation accru en cas d'interruption de la procédure (cf. supra consid. 4.1.2 in fine), n'a pas établi qu'il s'agissait là d'une modification essentielle du marché commandant nécessairement une interruption de la procédure ni que ce motif serait légitime. Il en va de même en tant qu'il prétend que la durée de la procédure a modifié la prestation mise en soumission, les données devant impérativement être actuelles. En effet, de jurisprudence constante, 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 (cf. décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 7.3.5 *in fine* et B-3544/2008 du 2 juillet 2008 consid. 4.4 et réf. cit.).

4.3 Le pouvoir adjudicateur soutient ensuite que la procédure de recours a entraîné des changements considérables en ce qui concerne les prestataires.

4.3.1 Il fait valoir que, compte tenu du fait que seule une part de la prestation est désormais requise et du retard pris par le projet, d'autres prestataires qui, pour des raisons de surcharge de travail, n'avaient alors pas déposé d'offre, pourraient s'intéresser au projet nouvellement mis au concours.

4.3.2 Les recourantes jugent ce motif choquant et contraire aux principes régissant le droit des marchés publics.

4.3.3 Une modification doit être considérée comme essentielle notamment lorsqu'elle est de nature à élargir le cercle des soumissionnaires potentiels (cf. supra consid. 4.1.3). Toutefois, le pouvoir adjudicateur se méprend lorsqu'il semble prétendre que le seul écoulement du temps – lequel entraîne des changements dans les disponibilités des éventuels soumissionnaires – soit en mesure d'élargir le cercle de ceux-ci. Pour ce faire, la modification doit bien plus porter sur le projet lui-même et, en raison

de nouveaux critères, permettre à d'autres soumissionnaires de déposer une offre. Or, en l'espèce, la modification prétendument intervenue – pour autant que le procédé fût licite – n'a pas été jugée essentielle et le motif qui en découle légitime (cf. supra consid 4.2.3). De même, compte tenu de la nouvelle réglementation à respecter, le cercle des soumissionnaires tend plutôt à se restreindre qu'à s'élargir. Il s'ensuit que le motif invoqué par le pouvoir adjudicateur ne peut être retenu. Comme nous le verrons plus loin (cf. infra consid. 4.4.4), il n'est toutefois pas susceptible, à lui seul, de laisser à penser que l'interruption vise à empêcher l'adjudication à un soumissionnaire déterminé (cf. supra consid. 4.1.2).

4.4 Le pouvoir adjudicateur se prévaut enfin d'une modification du projet en ce sens que l'activité mise en soumission sera assujettie, dès 2017, à autorisation selon le droit de la navigation aérienne, ce qui nécessite une adaptation des critères de qualification et une coordination des différentes procédures en cause.

4.4.1 Il fait valoir que, comme l'ont relevé les recourantes, il n'a pas été tenu compte de la nouvelle législation aérienne. Il précise qu'une autorisation de l'OFAC sera requise dès 2017 pour la prestation mise en soumission et que ni les recourantes ni l'adjudicataire ne bénéficient à ce jour d'une telle autorisation. Enfin, à supposer qu'une adjudication partielle soit possible, à savoir pour la période non-soumise à autorisation, celle-ci devrait revenir à l'adjudicataire dès lors que son offre a été jugée économiquement la plus avantageuse.

4.4.2 Outre le fait que les recourantes considèrent – à tort – que ce point est revêtu de l'autorité de la chose jugée (cf. supra consid 3.3), elles relèvent avoir déposé leur déclaration de conformité auprès de l'OFAC et, dès lors, être en droit d'effectuer des vols aériens selon la nouvelle réglementation. Par ailleurs, elles indiquent que l'autorisation pour les vols à hauts risques ne pourra être délivrée qu'à partir du printemps 2017 mais qu'elles ont reçu la confirmation orale de l'OFAC d'obtenir une telle autorisation. Elles en déduisent satisfaire aux conditions d'aptitude et qu'en conséquence le marché peut leur être attribué.

4.4.3 En l'occurrence, comme retenu dans l'arrêt B-6274/2015, la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien et son impact sur l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché mis en soumission, n'a pas modifié le projet mis à l'enquête, les besoins du pouvoir adjudicateur n'ayant pas évolués. Cela implique toutefois d'adapter les critères de qualification fixés dans l'appel d'offres, éventuellement par une

précision des critères EK10 et EK11, et de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la volonté et de la capacité des soumissionnaires à répondre aux exigences de ladite réglementation. Il s'ensuit que dite adaptation ne revêt pas un caractère essentiel au point de nécessairement devoir interrompre la procédure, raison pour laquelle le tribunal de céans n'y a pas procédé, un tel prononcé par l'instance judiciaire impliquant que le pouvoir adjudicateur n'avait pas d'autre choix (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.3 à 6.5).

Toutefois, il convient encore d'examiner si la modification du projet due à la prise en compte dans l'appel d'offres du respect de la nouvelle législation en matière aérienne est néanmoins susceptible de justifier une interruption de la procédure par le pouvoir adjudicateur.

4.4.4 Il n'est pas contesté que la prestation mise en soumission conformément à l'appel d'offres du 10 juillet 2015 devra être soumise à autorisation de la part de l'OFAC dès le printemps 2017. Le pouvoir adjudicateur a toutefois omis d'en tenir compte dans son appel d'offres. Lors de la précédente procédure (B-6274/2015), les recourantes avaient indiqué être seules titulaires du certificat de transporteur aérien requis, à disposer d'un système de gestion de la sécurité des opérations aériennes et à être en mesure d'obtenir l'autorisation nouvellement requise. Or, il n'est désormais pas contesté qu'à ce jour aucun des soumissionnaires ne dispose de l'autorisation pour les vols à hauts risques ; il importe peu à cet égard que les recourantes aient reçu la confirmation orale de l'obtenir au printemps 2017.

Il s'ensuit que, lorsque le pouvoir adjudicateur a prononcé l'interruption de la procédure, aucun des soumissionnaires ne satisfaisait aux conditions d'aptitude modifiées en vue de tenir compte des nouvelles exigences de la législation aérienne. Ce motif d'interruption est tout à fait légitime. Il ressort d'ailleurs explicitement de l'art. 30 al. 2 let. a OMP.

Aussi, la volonté de prendre en compte de nouvelles réglementations et de coordonner la procédure avec l'autorité compétente peut constituer un motif, facultatif, d'interrompre la procédure. En effet, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.3, 134 II 192 consid. 2.3), il n'est pas illégitime, aucune offre ne satisfaisant pleinement à ses exigences, qu'il veuille reprendre la procédure *ab ovo* et ainsi exiger des soumissionnaires le respect de celles-ci. Enfin, il n'est pas décelable que, par l'interruption prononcée, le pouvoir adjudicateur ait voulu empêcher une adjudication aux recourantes ;

celles-ci demeurent en effet libres de soumissionner à nouveau, une fois un nouvel appel d'offres lancé.

4.4.5 Pour le surplus, les recourantes, lesquelles se sont prévaluées de la nouvelle réglementation aérienne à la suite de l'adjudication à un tiers mais ne bénéficient pas encore formellement de l'autorisation pour les vols à hauts risques requise dès le printemps 2017, ne prétendent pas que l'omission du pouvoir adjudicateur de prendre en compte dite réglementation dans l'appel d'offres aurait des conséquences en vue d'une éventuelle prétention en dommages-intérêts.

4.5 Il suit de là que l'interruption de la procédure prononcée le 25 février 2016 l'a été pour un motif légitime et est dès lors conforme au droit. Mal fondé, le recours doit également être rejeté sur ce point.

5.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent (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]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure – lesquels comprennent également les frais relatifs à la décision incidente du 11 avril 2016 – doivent être fixés à 8'000 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par les recourantes le 29 mars 2016.

6.

Compte tenu de l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 8'000 francs, sont mis à la charge des recourantes. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (acte judiciaire)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP-ID du projet 128733 ; acte judiciaire)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. 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. 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 19 juillet 2016