



Arrêt du 21 décembre 2015

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,
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, fixé au 20 août 2015 à 16h00, 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.

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.

C.

Par écritures du 1^{er} octobre 2015, les recourantes ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre dite adjudication, concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation. Préalablement, elles ont requis l'octroi de l'effet suspensif au recours, partant, qu'interdiction soit faite au pouvoir adjudicateur de poursuivre la procédure et de signer tout contrat ou tout autre acte juridique avec l'adjudicataire, ainsi que l'octroi de l'accès complet au dossier de la procédure d'appel d'offres et la fixation d'un délai pour compléter leur recours. A titre principal, elles ont conclu à l'attribution du marché à elles-mêmes, subsidiairement, au renvoi du dossier au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication au sens des considérants.

Invoquant en premier lieu une violation de leur droit d'être entendu, les recourantes ont fait valoir que la décision d'adjudication souffrait d'un défaut de motivation. Sur le fond, elles ont relevé en particulier que le pouvoir adjudicateur avait omis de prendre en considération, lors de l'adjudication du marché, la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien, laquelle imposera aux exploitants commerciaux de travail aérien effectuant des activités à haut risque, dès le printemps 2017, de remplir des conditions de sécurité additionnelles et d'obtenir une autorisation spéciale pour l'ensemble de leurs activités. Compte tenu de ces nouvelles exigences, les recourantes ont considéré que ni

l'adjudicataire ni aucun autre soumissionnaire n'étaient aptes à réaliser le marché mis en soumission, si bien que leurs offres auraient dû être exclues de la procédure de passation. Elles ont en effet indiqué qu'au moment de l'adjudication, elles étaient les seules soumissionnaires à être titulaires du certificat de transporteur aérien requis et à disposer d'un système de gestion de la sécurité des opérations aériennes, de sorte que le marché aurait dû leur être attribué. Elles ont encore relevé le prix anormalement bas de l'offre de l'adjudicataire et se sont interrogées sur le respect par celui-ci des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail en Suisse et, enfin, ont contesté qu'il remplissait le critère d'aptitude : "entreprise économiquement performante". Elles ont finalement requis, à titre de mesure d'instruction, l'audition des parties ainsi que celle de l'adjudicataire.

D.

Par ordonnance du 5 octobre 2015, le juge instructeur a enjoint le pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier la conclusion du contrat, avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif. Il l'a en outre invité à se prononcer, jusqu'au 16 octobre 2015, sur les requêtes d'octroi de l'effet suspensif et d'accès au dossier.

E.

Par décision incidente du 6 octobre 2015, le juge instructeur a notamment invité le pouvoir adjudicateur à déposer sa réponse au fond jusqu'au 27 octobre 2015 et informé les recourantes qu'elles seraient invitées à se prononcer, après consultation du dossier, sur les déterminations du pouvoir adjudicateur concernant l'octroi de l'effet suspensif et à déposer une réplique à la réponse de celui-ci.

F.

Par courrier du 16 octobre 2015, le pouvoir adjudicateur a conclu à l'annulation de l'adjudication. A titre principal, il a requis l'interruption de la procédure par voie de jugement, subsidiairement, le renvoi de la cause avec ordre d'interrompre la procédure. Il a en outre refusé aux recourantes le droit de consulter le dossier jusqu'à droit connu sur les conclusions susmentionnées et indiqué que celui-ci ne serait caviardé que si celles-ci devaient être rejetées.

A l'appui, il a admis que les recourantes avaient relevé à juste titre que l'activité adjugée était potentiellement assujettie à autorisation selon le droit

de la navigation aérienne. La procédure était dès lors entachée d'un vice juridique – qui ne pouvait être guéri – lié à l'appel d'offres, de sorte que l'adjudication et l'appel d'offres devaient être annulés par le tribunal de céans. Dans le cas contraire, la cause devait lui être renvoyée avec ordre d'interrompre la procédure. Enfin, il a indiqué que s'il était fait droit à la conclusion des recourantes tendant à l'annulation de l'adjudication, celles-ci n'auraient alors plus d'intérêt juridiquement protégé à consulter le dossier.

G.

Egalement invitée à se prononcer sur la requête d'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'à déposer sa réponse au fond, l'adjudicataire n'a pas répondu dans le délai imparti.

H.

Invitées à prendre position sur les déterminations précitées du pouvoir adjudicateur, les recourantes ont, par lettre du 2 novembre 2015, maintenu leurs conclusions et rejeté celles du pouvoir adjudicateur. Elles ont relevé que l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché, au regard des exigences de la nouvelle réglementation européenne, pouvait être déterminée par l'analyse des critères de qualification EK10 et EK11 fixés dans l'appel d'offres, la décision n'étant donc pas viciée sur ce point. Compte tenu de celles-ci, seules les recourantes étaient aptes à obtenir l'autorisation requise pour effectuer des vols à haut risque, si bien que le pouvoir adjudicateur non seulement pouvait mais devait leur attribuer le marché. Une interruption de la procédure ne se justifie donc pas, ce d'autant plus que celle-ci n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important. Enfin, les recourantes ont précisé qu'elles n'auraient plus d'intérêt juridiquement protégé à consulter le dossier uniquement et seulement si le marché leur était adjugé.

I.

Dans ses observations du 11 novembre 2015, le pouvoir adjudicateur a indiqué maintenir intégralement ses conclusions et rappelé, s'agissant de la demande d'attribution du marché aux recourantes, que la procédure devait être interrompue et une nouvelle procédure d'adjudication engagée dès lors que le projet était modifié de manière importante. Il a pour le reste repris les arguments déjà développés dans ses déterminations du 16 octobre 2015.

J.

Par courrier du 20 novembre 2015, les recourantes ont, sans y avoir été

invitées, pris position sur les observations précitées du pouvoir adjudicateur. Relevant que les besoins de celui-ci n'avaient pas évolué, que le travail à réaliser par l'adjudicataire n'avait pas changé, elles ont contesté toute modification du projet, le pouvoir adjudicateur n'ayant en effet aucune intention de demander autre chose que ce qu'il a mis à l'enquête le 10 juillet 2015.

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.

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).

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^{ème} 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 159 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2). Dite condition est en l'espèce réalisée.

2.2.2 La qualité pour recourir contre la décision d'adjudication doit être reconnue aux recourantes (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec les art. 26

al. 1 LMP et 37 LTAF), dès lors qu'elles prétendent être en l'espèce les seules soumissionnaires aptes à répondre aux exigences de la nouvelle réglementation aérienne et, partant, à satisfaire aux critères de qualification fixés dans l'appel d'offres. Aussi, nonobstant leur classement au troisième rang, si leurs griefs s'avèrent fondés, les recourantes ont 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).

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 ont conclu à l'annulation de la décision d'adjudication et, principalement, à l'attribution du marché à elles-mêmes.

3.1 Celles-ci font valoir que le pouvoir adjudicateur a omis de prendre en considération, lors de l'adjudication du marché, la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 et effectivement applicable aux exploitants à partir du printemps 2017. Selon celle-ci, les exploitants commerciaux qui effectueront des activités à haut risque – comme nécessité par le mandat mis en soumission – devront remplir des conditions de sécurité additionnelles et obtenir une autorisation spéciale pour l'ensemble de leurs activités. Or, le pouvoir adjudicateur n'a pas pris en compte ces nouvelles obligations dans l'appréciation des critères d'aptitude EK10 – *le soumissionnaire confirme qu'un système d'assurance-qualité interne à l'entreprise est introduit* – et EK11 – *le soumissionnaire dispose du personnel et de l'infrastructure technique nécessaires afin de pouvoir remplir le mandat mis au concours*. Aussi, elles relèvent qu'en l'espèce, l'adjudicataire n'a pas la capacité de respecter ladite réglementation aérienne, dès lors qu'elle ne serait pas titulaire du certificat de transporteur aérien requis et ne disposerait pas d'une capacité financière et en personnel suffisante lui permettant de se mettre aux normes d'ici au printemps 2017. Elles considèrent ainsi que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue de la procédure de passation et, partant, requièrent l'annulation de la décision d'adjudication.

3.2 Le pouvoir adjudicateur a admis que l'attribution du marché à l'adjudicataire était entachée d'un vice, lequel ne pouvait être guéri, et a

dès lors également requis son annulation par le tribunal de céans. Ceci étant, le pouvoir adjudicateur a passé expédient sur la conclusion des recourantes. Ce faisant, il est en quelque sorte revenu sur la décision d'adjudication, 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, p. 697 n° 1376), de sorte qu'il appartient au tribunal de céans de se prononcer sur le recours (cf. arrêt du TAF B-5032/2013 du 21 octobre 2013).

3.3 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a reconnu, implicitement, ne pas avoir pris en considération les exigences de la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien et leur impact sur l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché. Dès lors que la qualification des soumissionnaires, et en particulier celle de l'adjudicataire, n'a pas été examinée à satisfaction de droit, la décision d'adjudication doit être annulée.

4.

Dans ses observations responsives, le pouvoir adjudicateur a requis du tribunal de céans qu'il prononce l'interruption de la procédure d'adjudication.

4.1 Le pouvoir adjudicateur considère que, dès lors que l'adjudication est entachée d'un vice non guérissable lié à l'appel d'offres, celui-ci doit également être annulé. Aussi, se fondant sur l'art. 30 al. 3 OMP – selon lequel le pouvoir adjudicateur peut engager une nouvelle procédure d'adjudication lorsqu'il décide d'apporter une modification importante au projet – celui-là requiert, à titre principal, que le tribunal de céans prononce l'interruption de la procédure d'adjudication. A cet égard, il expose que la modification d'un projet est toujours importante lorsque les spécifications techniques changent ou que les critères de qualification ou d'adjudication doivent être adaptés. Il relève qu'en l'occurrence, l'activité mise en soumission sera assujettie, dès 2017, à autorisation selon le droit de la navigation aérienne. Une telle autorisation supposant une aptitude particulière des soumissionnaires, il y a donc lieu d'adapter les critères de qualification en conséquence, dès lors que celle-ci ne faisait pas l'objet de la présente procédure. Une coordination des différentes procédures en cause peut à cet égard s'avérer nécessaire.

4.2 Les recourantes relèvent que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur considère que l'aptitude des soumissionnaires à répondre aux exigences de la nouvelle réglementation aérienne ne faisait pas l'objet de la présente

procédure dès lors que celle-là pouvait être déterminée par l'analyse des critères de qualification EK10 et EK11 fixés dans l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur pouvait ainsi, pour chaque soumissionnaire, analyser leur volonté et leur capacité à devenir, dès 2017, un exploitant d'opérations spécialisées répondant aux nouvelles normes de la législation aérienne et ce, sans qu'une coordination des procédures avec l'Office fédéral de l'aviation civile OFAC ne soit nécessaire, un simple échange de vues s'avérant suffisant. Les recourantes indiquent par ailleurs que le pouvoir adjudicateur ne doit pas modifier son projet puisque ses besoins n'ont pas évolué ; le travail que devra réaliser l'adjudicataire n'a pas changé.

4.3 Avant de déterminer si les conditions posées à l'interruption de la procédure d'adjudication sont ou non réalisées en l'espèce, il convient d'examiner si et à quelles conditions une autorité judiciaire saisie d'un recours contre une décision d'adjudication peut décider d'annuler non seulement la décision attaquée mais toute la procédure *ab ovo* ainsi que renvoyer le dossier au pouvoir adjudicateur pour qu'il recommence toute la procédure et procède à un nouvel appel d'offres (cf. arrêt du TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 6, prévu pour la publication).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral, appelé à trancher cette question en relation avec un marché public cantonal, a indiqué que, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppose au préalable une révocation de la décision d'adjudication, précisant que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci. Il en a déduit que *a fortiori* l'autorité judiciaire saisie d'un recours contre la décision d'adjudication peut en présence de justes motifs ne pas se limiter à annuler la décision d'adjudication mais aussi interrompre toute la procédure (cf. arrêt du TF 2C_876/2014 précité consid. 6.2 et réf. cit.). Il en va de même en matière de marchés publics fédéraux où l'interruption est subordonnée à l'existence de motifs objectifs et ne doit pas viser à discriminer délibérément les soumissionnaires (cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3). Un tel procédé doit toutefois rester exceptionnel, dès lors qu'il revient à supprimer tout pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Il implique donc que celui-ci n'aurait pas eu d'autre choix (cf. arrêt du TF 2C_876/2014 précité consid. 6.3 à 6.5).

4.4 Compte tenu de cette jurisprudence, dont le tribunal de céans n'entend pas s'écarter, il convient en l'espèce d'examiner si, comme il le prétend, le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir d'une modification importante du

projet mis en soumission au sens de l'art. 30 al. 3 OMP pour conclure à l'interruption de la procédure par le tribunal de céans.

4.5 Les recourantes considèrent que l'aptitude des soumissionnaires à répondre aux exigences de la nouvelle réglementation aérienne peut être appréciée sur la base des critères de qualification EK10 et EK11 fixés dans l'appel d'offres, si bien qu'il n'y a pas lieu de modifier celui-ci.

4.5.1 Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et réf. cit.). Dite latitude de jugement est d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (cf. RDAF 2004 I p. 292). En vertu des principes de la sécurité du droit et de la bonne foi, les critères doivent par ailleurs être définis de manière claire. Le pouvoir adjudicateur ne peut en particulier pas attribuer à un critère un autre sens que celui qui ressort d'une interprétation, conforme au principe de la bonne foi, des indications figurant dans les documents d'appel d'offres (cf. arrêt du TAF B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 13.2.1).

4.5.2 Il s'ensuit que, si le pouvoir adjudicateur considère en l'espèce que les critères de qualification doivent nécessairement être adaptés compte tenu des exigences figurant dans la nouvelle réglementation européenne, il n'appartient pas au tribunal de substituer sa propre appréciation à celle de celui-ci et de lui imposer une évaluation de la capacité des soumissionnaires à réaliser le marché sur la base des critères fixés dans l'appel d'offres. Dès lors, contrairement à ce que prétendent les recourantes, il y a lieu d'admettre que la prise en considération des nouvelles obligations réglementaires implique une modification des critères d'aptitude contenus dans l'appel d'offres.

4.6 Reste à examiner si dite modification constitue un motif d'interruption de la procédure d'adjudication.

4.6.1 Il convient de prime abord de préciser que 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. arrêt du TF 2C_876/2014 précité 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. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., 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. arrêt du TF 2C_876/2014 précité consid. 6.4 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3 ; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, PJA, 2005/7, p. 791 ss).

Enfin, l'interruption de la procédure d'adjudication doit 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).

4.6.2 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 ; arrêt du TF 2C_876/2014 précité consid. 6.4 ; arrêt du TAF B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 6.5). 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).

4.6.3 En l'espèce, il y a tout d'abord lieu de relever que le pouvoir adjudicateur ne pouvait ignorer l'existence de la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien et son impact sur l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché mis en soumission. Dite inadvertance n'a cependant pas pour effet de modifier le projet mis à l'enquête, les besoins du pouvoir adjudicateur n'ayant pas évolué. Un tel manquement implique en revanche d'adapter les critères de qualification fixés dans l'appel d'offres (cf. supra consid. 4.5.2) afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la volonté et de la capacité des soumissionnaires à répondre aux exigences de ladite réglementation et, partant, à réaliser le marché, ce qui aura pour effet de restreindre le cercle des soumissionnaires potentiels et non de l'étendre. Dès lors, dite adaptation ne revêt pas un caractère essentiel.

De même, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucun motif d'intérêt public nécessitant une interruption de la procédure. Une interruption ne s'avère par ailleurs pas nécessaire, dès lors que le pouvoir adjudicateur a la possibilité, au cours de la présente procédure, de modifier et/ou compléter les critères de qualification, puis de donner la possibilité aux soumissionnaires de se prononcer sur ceux-ci et/ou de retirer ou actualiser leurs offres et, enfin, de procéder à une réévaluation des offres des six soumissionnaires (cf. arrêt du TAF B-364/2014 du 16 janvier 2015 consid. 9 ; ATF 141 II 14 consid. 4.7).

Dans ces circonstances, une interruption du marché ne s'impose pas nécessairement, ce d'autant plus que le motif invoqué par le pouvoir adjudicateur à l'appui de celle-ci est dû à son propre manquement.

4.6.4 Sur la base des éléments versés au dossier, on ne saurait en l'espèce admettre l'existence d'une modification importante du projet mis en soumission justifiant l'interruption de la procédure d'adjudication par le tribunal de céans. La conclusion du pouvoir adjudicateur en ce sens doit donc être rejetée.

5.

Ceci étant, il y a lieu d'examiner la conclusion principale des recourantes tendant à ce que le marché leur soit directement adjugé.

5.1 Lorsqu'un recours s'avère fondé, le Tribunal administratif fédéral peut soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives, soit statuer lui-même directement (art. 32 al. 1 LMP). Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur, l'instance de recours n'adjudge 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., p. 712 n° 1396 en lien avec p. 716 n° 1405). En effet, une attribution directe du marché suppose d'une part, que le tribunal dispose d'un état de fait complet, entièrement élucidé, et, d'autre part, que l'adjudication ne puisse avoir lieu qu'à un seul recourant (cf. art. XX al. 2 AMP ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 716 n° 1405 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 1^{er} septembre 2003, in : JAAC 2004 n° 10 p. 112).

5.2 En l'espèce, les recourantes font valoir qu'à l'heure actuelle, seule la société X. _____ SA, membre du consortium recourant, est apte, de par l'existence de sa structure professionnelle, son certificat de transporteur aérien et ses moyens financiers et en personnel à déposer une déclaration de conformité auprès de l'OFAC et obtenir l'autorisation requise pour effectuer des vols à haut risque.

5.3 Comme exposé ci-dessus, l'adjudication du marché implique en particulier de procéder à l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires à répondre aux exigences de la nouvelle réglementation européenne relative au travail aérien. Quel que soit le moyen choisi pour pallier le défaut dans la procédure d'appel d'offres, l'état de fait doit être complété et les offres réévaluées. Or, il n'appartient pas à l'autorité de recours d'élucider les faits

ni de substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, notamment dans le choix et l'évaluation des critères de qualification (cf. art. 31 LMP ; supra consid. 4.5.1). Aussi, le tribunal de céans n'est en l'état pas en mesure de déterminer si, comme elles le prétendent, les recourantes satisfont – à l'exclusion de tous les autres soumissionnaires – aux exigences de la nouvelle réglementation aérienne.

5.4 En conséquence, il y a lieu de rejeter la conclusion principale des recourantes et de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur afin qu'il détermine, au vu des considérants précédents (cf. supra consid. 4.6.3), de quelle manière il entend remédier aux défauts de la procédure d'appel d'offres.

6.

L'audition des parties et de l'adjudicataire, telle que requise par les recourantes, n'est pas de nature à modifier la conviction du tribunal sur ce point. De même, dès lors que la cause est renvoyée au pouvoir adjudicateur, l'accès au dossier sollicité par celles-ci ne peut leur être accordé, sauf à violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Les requêtes d'instruction doivent dès lors être rejetées.

7.

En définitive, il y a lieu d'admettre le recours au sens des considérants, d'annuler la décision du 8 septembre 2015 de armasuisse, Achats et coopérations, publiée le 11 septembre 2015 sur la plateforme Simap, adjugeant le marché intitulé « Données LIDAR swisstopo 2015-2018 » à la société B._____ GmbH et de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur afin qu'il rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

Dans ces conditions, point n'est besoin d'examiner plus avant les autres griefs formels et matériels soulevés par les recourantes.

8.

En règle générale, 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]). Aucun frais de procédure n'est toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA).

Les recourantes ayant obtenu gain de cause, il n'y a dès lors pas lieu de percevoir de frais. L'avance sur les frais de procédure de 8'000 francs versée par celles-ci le 15 octobre 2015 leur est par conséquent restituée.

9.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Les dépens comprennent 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 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal avant le prononcé un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le tribunal fixera l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF).

En l'espèce, la défense des recourantes a nécessité les services d'un avocat, dûment mandaté par procuration, et a impliqué, outre le dépôt d'un recours, deux échanges d'écritures. Aucune note de frais et honoraires n'ayant été produite, il se justifie dès lors, en tenant compte du barème précité, d'allouer aux recourantes une indemnité équitable de dépens de 6'500 francs (TVA comprise), à charge du pouvoir adjudicateur (cf. art 64 al. 2 PA).

10.

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif jointe au recours.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est admis au sens des considérants. Partant, la décision du 8 septembre 2015 de armasuisse, Achats et coopérations, publiée le 11 septembre 2015 sur la plateforme Simap, adjugeant le marché intitulé « Données LIDAR swisstopo 2015-2018 » à la société B._____ GmbH est annulée.

2.

La cause est renvoyée à armasuisse, Achats et coopérations, afin qu'il rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Partant, l'avance de frais de 8'000 francs versée par les recourantes leur sera restituée, dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Un montant de 6'500 francs (TVA comprise) est alloué aux recourantes à titre de dépens et mis à la charge du pouvoir adjudicateur.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement")
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP-ID du projet 128733 ; acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait ; courrier A)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

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 : 21 décembre 2015