



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-3553/2019
ric/yul/wlm

Décision incidente du 24 septembre 2019

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Eva Schneeberger, Christian Winiger, juges,
Lu Yuan, greffière.

En la cause

Parties

X._____,
représenté par Maître Alexandre Reil,
recourant,

contre

Armasuisse,
achats et coopérations,
Kasernenstrasse 19, 3003 Berne,
représentée par Maître Théo Meylan,
pouvoir adjudicateur,

Objet

marchés publics - service hivernal pour la Base
logistique de l'armée (lot n°30)
Simap - ID du projet 176566,

Faits :

A.

Le 26 mars 2019, Armasuisse achats et coopérations (ci-après : pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de service hivernal consistant en des services de déneigement et de déverglaçage pour la Base logistique de l'armée divisé en 32 lots.

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, X. _____ (ci-après : recourant) a déposé une offre pour le lot n° 30. Un échange de courriels, dont l'un fut rédigé en allemand par le pouvoir adjudicateur, s'en est suivi notamment en ce concerne le critère d'aptitude E9 (ci-après : critère E9).

B.

B.a Par décision du 21 juin 2019, publiée sur la plateforme Simap le 22 juin 2019, le pouvoir adjudicateur a adjugé le lot n° 30 du marché en cause à la société Y. _____ AG (ci-après : adjudicataire), précisant les fourchettes de prix pour des offres reçues pour ledit lot, ceux-ci allant de (...) à (...).

B.b Par décision du 21 juin 2019 rédigée en allemand, le pouvoir adjudicateur a informé le recourant que son offre avait été écartée. Il expose que l'annexe 2.5 « Descriptif des prestations pour les lots 26 à 32 du CLA-Grolley » (ci-après : annexe 2.5) n'avait pas été soumise dans son intégralité, complétée et dûment signée, et que l'assurance responsabilité civile en cas de dommages corporels et matériels d'un montant de 5 millions de francs par événement et par année requis conformément au critère E9 n'avait pas été présentée. Les motifs ont en outre été communiqués en français au recourant par courrier du 8 juillet 2019.

C.

Par mémoire du 12 juillet 2019, le recourant exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contestant aussi bien son exclusion que l'adjudication du marché à l'adjudicataire. Il conclut, sous suite de frais et dépens, à la réforme des décisions d'adjudication et d'exclusion en ce sens que son offre ne soit pas exclue du marché et à ce que celui-ci lui soit attribué ; subsidiairement, à l'annulation de la décision d'adjudication et au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A titre subsidiaire, il requiert l'annulation de la procédure de marché public « service hivernal pour la Base logistique de l'armée, lot 30, projet ID 176566 ». Il demande en outre que l'effet suspensif soit accordé

au recours. A l'appui de ses conclusions, le recourant prétend que le pouvoir adjudicateur aurait fait preuve de formalisme excessif en l'excluant du marché. Il indique que, d'une part, l'annexe 2.5 a été dûment complétée et signée et que, d'autre part, le critère E9 est rempli dès lors que l'assurance responsabilité civile de ses véhicules s'élevant à 100 millions de francs couvre l'ensemble des dommages causés par les véhicules dans l'exécution d'un travail. De plus, selon ledit critère, le soumissionnaire n'aurait pas besoin de disposer d'une assurance responsabilité civile à hauteur de 5 millions de francs au moment du dépôt de l'offre, mais seulement si le marché lui est attribué. Il fait également grief au pouvoir adjudicateur de s'être adressé à lui en allemand dans ses communications. Il allègue ensuite que le marché en cause devrait être annulé, puisque celui-ci serait faussé en raison de la surestimation des heures indiquées pour l'exécution des prestations. Il soutient que cette surévaluation ne permet pas une représentation correcte du marché et un juste calcul d'une rémunération équitable pour les divers concurrents dans la mesure où celle-ci est uniquement fixée en fonction des heures prévisibles.

D.

Par ordonnance du 15 juillet 2019, 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.

E.

Invité à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur conclut, sous suite de frais et dépens, à son rejet et subsidiairement à ce qu'il soit autorisé à conclure un contrat de prestations de services limité à la période du 15 septembre 2019 (ou après) au 31 juillet 2020 (ou avant) dans ses déterminations du 19 août 2019. Quant au fond, il conclut principalement au rejet du recours contre la décision d'exclusion et à l'irrecevabilité de celui dirigé contre la décision d'adjudication. A titre subsidiaire, il conclut au rejet du recours à l'encontre de la décision d'adjudication et, à titre encore plus subsidiaire, au renvoi de la cause pour évaluation des offres et nouvelle décision d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur fait tout d'abord valoir que le critère E9 ne peut être remis en cause, dès lors que, d'une part, il dispose d'un important pouvoir d'appréciation dans la définition des critères d'aptitude et que, d'autre part, le recourant aurait dû attaquer ledit critère dans un recours à l'encontre de l'appel d'offres. Il soutient ensuite que l'assurance responsabilité civile de véhicules automobiles, dont se prévaut le recourant, n'est pas conforme audit critère puisque la nature juridique et la couverture de celle-ci sont

différentes de celles de l'assurance responsabilité civile requise ; de plus, ladite assurance responsabilité civile de véhicules automobiles ne couvre pas tous les véhicules employés par le recourant. Il indique en outre que les soumissionnaires doivent déjà disposer de l'assurance responsabilité civile à hauteur de 5 millions de francs au moment de l'adjudication et conteste tout formalisme excessif dans l'exclusion du recourant. Il explique encore qu'il jouit d'une certaine liberté quant au choix de la langue de procédure et que le recourant a parfaitement compris la teneur des différentes communications qui lui ont été adressées. Il expose enfin que l'estimation du nombre d'heures nécessaires pour les divers travaux ne souffre d'aucun vice pouvant justifier une annulation de la procédure.

F.

Par déterminations du 3 septembre 2019, le recourant a confirmé ses conclusions et réitéré les arguments contenus dans son recours. Il requiert en outre que le pouvoir adjudicateur soit enjoint de conclure avec lui le contrat portant sur les services de déneigement et de déverglaçage limité à l'hiver 2019-2020 aux clauses et conditions figurant dans la soumission qu'il a remplie.

G.

Le pouvoir adjudicateur s'est encore prononcé, de manière spontanée, par déterminations du 6 septembre 2019. En substance, il allègue que le marché relatif aux services de déneigement et de déverglaçage pour l'hiver 2019-2020 s'élève à moins de 150'000 francs, de sorte qu'il est libre de conclure un contrat de gré à gré avec le cocontractant de son choix. Il soulève en outre que le grief relatif à la prétendue surévaluation du temps estimé pour l'exécution des prestations serait tardif, puisque le recourant n'a pas immédiatement recouru contre l'appel d'offres, alors que l'évaluation du nombre d'heures figurait dans la documentation de celui-ci.

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 notamment des recours contre les décisions d'adjudication et d'exclusion 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 et d LMP en relation avec

l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 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.

1.3 Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 1.3 et B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-7208/2014 du 5 mars 2015 consid. 1.2).

2.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

2.1 La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : 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 les références citées).

Elle 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, armasuisse fait partie de l'administration générale de la Confédération de sorte qu'elle 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 contenue dans la liste exhaustive de l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP), liste reprise à l'annexe 1a de l'OMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2).

Selon l'appel d'offres, le marché concerne le service hivernal de la base logistique de l'armée. Dans l'appel d'offres, il est fait référence aux catégories du CPV (Common Procurement Vocabulary) 90620000 Services de déneigement et 90630000 Service de déverglaçage. Ces catégories correspondent au numéro CPCprov 94030 Services de déneigement et de déverglaçage, lesquels sont compris aux "Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues" de la liste de l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP. Le marché en cause est dès lors soumis à la LMP.

2.1.3 Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la 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 22 novembre 2017 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 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 les références citées).

En l'occurrence, la valeur seuil paraît également atteinte, dès lors que le marché a été adjugé pour un montant de CHF 852'697,50. Le recourant ne le conteste d'ailleurs pas.

2.1.4 Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP ne semble, par ailleurs, être réalisée en l'espèce.

2.1.5 Il ressort de ce qui précède que, *prima facie*, la LMP s'applique dans le cas présent.

2.2 La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) doit être reconnue au recourant en tant qu'il défère son exclusion.

Cette qualité doit également être admise, en tant que le recourant s'en prend à la décision d'adjudication, dès lors que, si son offre – qui présente le prix le plus bas – devait être évaluée, celui-ci aurait des chances réelles d'être retenue (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ainsi que l'arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2 ; cf. également MARTIN BEYELER, Lausanne-Luzern, einfach, in : Droit de la construction 2015, p. 214 ss). Toutefois, il n'a d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication que si son offre est effectivement évaluée (cf. arrêt du TAF B-1875/2014 du 16 juillet 2014 consid. 1.3). En effet, l'exclusion de soumissionnaires intervient nécessairement avant l'évaluation des offres et l'adjudication du marché. Si une offre est exclue à tort, la procédure d'adjudication s'en trouve viciée et doit être reprise au stade de l'exclusion erronée, à savoir avant l'évaluation des offres. Il s'ensuit que la conclusion du recourant tendant à ce que le marché lui soit adjugé est prématurée. En revanche, en tant qu'il prétend que son offre a été exclue à tort, il est pleinement légitimé à requérir l'annulation de l'adjudication et le renvoi de la cause pour nouvelles évaluation et décision (cf. arrêt du TAF B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 2.2 et B-4743/2015 du 9 décembre 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.

2.4 En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par le recourant.

3.

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2, B-1823/2017

du 10 mai 2017 consid. 3, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3, B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3 et B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et les références citées). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, atteste que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et les références citées ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2, B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 3, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3 et B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2).

3.1 Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. ATAF 2017/IV/3 consid. 3.3 ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2.1, B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 3.1, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3, B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

3.2 Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. Dans son message du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay, Message 2 GATT ; FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève que si un recours comportait automatiquement un effet suspensif, empêchant la conclusion du contrat jusqu'à ce que la décision soit rendue, cela risquerait d'entraîner des retards et des frais supplémentaires considérables lors de l'acquisition (p. 1236). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans le cadre de l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.5), qu'il convient de reconnaître

d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et les références citées ; dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP, il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et les références citées).

4.

Ceci étant, il convient, en premier lieu, de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès du recours.

5.

Le recourant fait valoir que le nombre d'heures indiquées par le pouvoir adjudicateur pour l'exécution des prestations a été surestimé ; ce grief, s'il se révèle fondé serait susceptible de remettre en cause la procédure de passation du marché dans son ensemble, il convient dès lors de l'examiner en premier lieu.

5.1 Le pouvoir adjudicateur soutient quant à lui que ce grief serait tardif.

5.1.1 Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, les griefs concernant l'appel d'offres ne peuvent être soulevés dans le cadre d'un recours contre une décision ultérieure à moins que la signification et la portée de la disposition en cause ne soient pas d'emblée reconnaissables. En revanche, les documents d'appel d'offres ne sont pas réputés décisions sujettes à recours au sens de l'art. 29 LMP et ne font pas nécessairement partie de l'appel d'offres (ATAF 2014/14 consid. 4.4), sauf si celui-ci y renvoie de manière claire, en indiquant le passage précis (cf. décision incidente du TAF B-5293/2015 du 4 novembre 2015 consid. 6.5; arrêt du TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 3.1). Des griefs relatifs aux documents d'appel d'offres peuvent dès lors, en principe, être invoqués à l'encontre de la décision d'adjudication (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4).

5.1.2 En l'occurrence, il appert que le nombre d'heures estimé pour effectuer les services de déneigement et de déverglacage ne figure pas directement dans l'appel d'offres. Ce dernier ne contient qu'une simple indication selon laquelle le dossier d'appel d'offres peut être obtenu en trois langues sur le site de la plateforme Simap, il ne précise en revanche

aucunement dans quel document d'appel d'offres le nombre d'heures estimé se trouve.

Dans ces circonstances, on ne saurait d'emblée admettre que le nombre d'heures d'intervention en cause, lequel ne se trouve que dans l'annexe 3.5, fût immédiatement reconnaissable au point que le recourant eût dû attaquer l'appel d'offres ou contester ledit nombre d'heures dans le cadre des questions-réponses. Le grief relatif au nombre d'heures d'intervention estimé par le pouvoir adjudicateur ne peut, en conséquence, être considéré *prima facie* comme manifestement tardif.

5.2 Un vice au cours d'une procédure de passation de marché ne justifie toutefois l'admission du recours et l'annulation ou la réforme de l'adjudication que s'il existe des indices que ce vice ait pu exercer une influence défavorable sur celle-ci. Un vice purement objectif ne saurait, faute d'intérêt digne de protection de celui qui s'en prévaut, conduire à l'annulation de la décision attaquée, sauf s'il s'avère particulièrement grave. S'il s'avère possible que, sans le vice de procédure, le résultat de l'adjudication aurait été différent et plus favorable au recourant, il n'est pas nécessaire que celui-ci démontre que ledit vice ait effectivement affecté le résultat de manière causale. Il incombe plutôt au pouvoir adjudicateur de prouver que le vice de procédure constaté n'a pas eu d'effet causal sur le résultat de l'adjudication. Si le lien de causalité ne peut être exclu, le pouvoir adjudicateur supporte les conséquences de l'absence de preuve et le vice de procédure doit être considéré comme suffisamment grave (cf. ATAF 2016/19 consid. 6.3.2 ; arrêt du TAF B-4009/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3.7.4 et les références citées).

5.3 En l'espèce, même à supposer que le recourant n'eût pas été exclu du marché, il ne subirait aucun préjudice de la prétendue surévaluation du nombre d'heures des prestations. En effet, à la lecture de l'offre de l'adjudicataire et de celle du recourant, il appert que cette dernière est plus avantageuse quant au prix, si bien qu'elle eût été mieux notée que celle de l'adjudicataire sur ce point, à savoir sur celui pour lequel le nombre d'heures indiquées dans les documents d'appel d'offres aurait eu une incidence. Il suit de là que la prétendue erreur dans l'évaluation des heures ne semble pas susceptible d'avoir une incidence quant à l'attribution ou non du marché au recourant. Il convient encore de préciser que le recourant a déposé une offre malgré ce prétendu vice et qu'invité à indiquer s'il la maintenait, il n'a pas réagi.

Dans ces circonstances, ce grief n'a pas *prima facie* à être examiné plus avant.

6.

Le recourant conteste ensuite l'exclusion de son offre du marché, faisant d'abord valoir que l'assurance responsabilité civile de ses véhicules à hauteur de 100 millions de francs remplirait l'exigence du critère E9, à cela s'ajoute qu'il est également couvert par une assurance responsabilité civile de 3 millions de francs. De plus, il prétend que le critère E9 laisserait la possibilité au soumissionnaire de contracter une assurance responsabilité civile une fois le marché attribué.

Il s'en prend également sur ce point à la langue de correspondance utilisée par le pouvoir adjudicateur pour communiquer avec lui. Il prétend que les correspondances auraient dû être établies en français au lieu de l'allemand, dans la mesure où il ne maîtrise pas parfaitement cette langue et n'aurait ainsi pas saisi la teneur exacte des demandes complémentaires qui lui avaient été faites. Il précise sur ce point que le lot en cause ne concerne que la Suisse romande.

Il convient tout d'abord d'examiner quelle est la couverture de l'assurance responsabilité civile exigée par le critère E9 puis de déterminer à quel moment celle-ci doit être contractée.

6.1 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-ci étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid 3.4). A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. arrêts du TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018 consid. 4.1.1, B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 4.1, B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et les références citées). Cela vaut également pour les spécifications techniques (cf. arrêts du TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 4.1, B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.3 et les références citées).

6.2 Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore

s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. décision incidente du TAF B-4637/2016 du 19 octobre 2016 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 et B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4 et les références citées).

Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf. ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance ; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1). Les mêmes principes valent pour les spécifications techniques (art. 12 LMP) que doivent satisfaire les offres (cf. ATAF 2017/IV/3 consid. 4.3 à 4.5 ; arrêts du TAF B-6834/2018 du 11 juin 2019 consid. 3.1.3, B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.6).

6.3 A teneur de l'art. 19 al. 1 LMP, les soumissionnaires remettent leur offre par écrit, de manière complète et dans les délais fixés. Ainsi, une fois le délai pour introduire les offres échu, il est en principe interdit d'y apporter des corrections. Il est toutefois admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition que celle-ci n'en soit pas modifiée (cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, 2002, p. 238). De même, le pouvoir adjudicateur est seulement autorisé, en application de l'art. 25 OMP, à rectifier les offres du point de vue technique et/ou comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement mais non à les compléter ou à les modifier sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents consacrée à l'art. 1 al. 2 LMP (cf. arrêts du TAF B-614/2018 du 17 juillet 2018 consid. 4.4.1 et 4.5.1, B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.2.1, B-4860/2010 du 13 juillet 2011 consid. 5.4 et les références citées).

La qualification des soumissionnaires est ainsi à examiner sur la base des renseignements et justificatifs fournis. Par conséquent, il n'appartient en principe pas au pouvoir adjudicateur de clarifier la question de l'aptitude d'un soumissionnaire lorsque les preuves apportées ne satisfont pas aux

exigences fixées dans les documents d'appel d'offres. Ceci vaut même si, ce faisant, l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut être prise en considération (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.2.1 ; décision incidente du TAF B-504/2009 du 3 mars 2009 consid. 7.2 et les références citées).

Néanmoins, en application des principes de l'interdiction du formalisme excessif (cf. art. 29 al. 1 Cst.) et de la protection de la bonne foi (cf. art. 9 Cst.), l'autorité peut être tenue de signaler d'office à l'administré des erreurs de procédure qu'il a commises ou qu'il s'apprête à commettre (cf. ATF 135 I 6 consid. 2.1, 132 I 249 consid. 5 et 128 II 139 consid. 2a ; décisions incidentes du TAF B-4969/2017 du 28 mars 2018 consid. 4.3, B-2297/2017 du 3 juillet 2017 consid. 4.3.1 et B-504/2009 du 3 mars 2009 consid. 7.3). En matière de marchés publics, il existe même, dans certaines circonstances, un devoir d'interpeler le soumissionnaire avant de prononcer son exclusion pour non-respect notamment d'un critère d'aptitude, sous peine de violation du principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.). Tel est le cas lorsque l'offre souffre d'un défaut de moindre importance ne justifiant pas une exclusion (cf. art. 19 al. 3 LMP *a contrario*), tel une erreur formelle ou l'absence d'un document, dont l'omission résulte manifestement d'une inadvertance. Dans ces situations, le soumissionnaire doit être invité à réparer le vice (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n° 438 ss ; décisions incidentes du TAF B-4969/2017 du 28 mars 2018 consid. 4.3 ss, B-5017/2017 du 13 décembre 2017 consid. 7.4, B-4902/2013 du 29 octobre 2013 consid. 7.2.2, B-504/2009 du 3 mars 2009 consid. 7.3, B-7393/2008 du 14 janvier 2009 consid. 3.1 et B-1774/2006 du 13 mars 2007 consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-4969/2017 du 24 septembre 2018 consid. 4.4 ss, B-5608/2017 du 5 avril 2018 consid. 3.7, B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.2.1).

6.4

6.4.1 En l'occurrence, l'annexe 1.0 des documents d'appel d'offres intitulée « les critères d'aptitude par lot » expose que « le soumissionnaire doit remplir intégralement et sans restriction les critères d'aptitude détaillés ci-après. Il convient de décrire brièvement et de démontrer dans quelle mesure ils sont remplis. Si un critère d'aptitude n'est pas rempli, l'offre ne peut pas être prise en compte pour l'évaluation ». Au critère E9 de ladite annexe intitulé « assurance responsabilité civile » pour lequel une copie de la police d'assurance est requise, il est prévu que « le soumissionnaire

atteste qu'il est assuré pendant toute la durée du contrat (mandat de base et option de renouvellement) en cas de lésions corporelles et de dégâts matériels à hauteur de CHF 5 millions [*sic*] par événement et par année ».

6.4.2 Tout d'abord, comme le relève le pouvoir adjudicateur, le lot n° 30 porte sur les services de déneigement et de déverglacage des parcelles totalisant une surface de 53'900 m² à Moudon et à Syens ; en cas de mauvaise exécution des travaux ou de défaut d'entretien, les dégâts matériels ou les lésions corporelles y consécutifs doivent pouvoir être couverts par une assurance responsabilité civile. Aussi, il convient d'en déduire selon le principe de la confiance que l'assurance responsabilité civile du soumissionnaire doit non seulement couvrir les dommages causés par l'utilisation des véhicules pour exécuter les travaux, celle-ci doit aussi répondre des éventuels dégâts matériels ou lésions corporelles en cas de défaut d'entretien ou de mauvaise exécution des travaux. L'assurance responsabilité civile de véhicules automobiles du recourant ne saurait donc suffire pour couvrir l'ensemble des dommages pouvant survenir. En effet, celle-ci ne prend en compte que les dommages consécutifs à des accidents dus à l'utilisation du véhicule assuré pour l'exécution d'un travail (cf. art. 1 de la police d'assurance responsabilité civile de véhicules automobiles la Vaudoise du recourant, pce 11b du dossier du recourant).

Quant à l'assurance responsabilité civile à hauteur de 3 millions de francs produite par le recourant, celle-ci ne remplit pas la condition du montant de 5 millions de francs requis par le critère E9.

6.5

6.5.1 Le recourant fait en outre valoir que l'assurance responsabilité civile à hauteur de 5 millions de francs peut être conclue une fois le marché attribué, dès lors que le moment auquel le contrat doit être signé n'est pas précisé par l'appel d'offres. Il avance que, bien qu'au moment du dépôt de son offre, il ne disposait pas de la couverture nécessaire, il s'est engagé par courriel du 13 juin 2019 à augmenter celle-ci à hauteur du montant exigé, remettant devant le tribunal une proposition d'assurance responsabilité civile s'élevant à 5 millions de francs qu'il serait prêt à signer si le marché lui est octroyé.

6.5.2 En l'espèce, la deuxième partie du critère d'aptitude E9 dispose que « si le soumissionnaire ne dispose pas de la couverture nécessaire au moment du dépôt de l'offre, il s'engage à souscrire une police d'assurance correspondante au plus tard avant une éventuelle adjudication ».

Le verbe « s'engager » est défini selon le dictionnaire le Petit Robert de la langue française comme « se lier par une promesse, une convention ». Il convient cependant d'interpréter cette partie du critère E9 dans son ensemble. En effet, si l'engagement peut avoir lieu au moment du dépôt de l'offre, la souscription de l'assurance semble nécessairement devoir intervenir avant l'adjudication faute de quoi l'indication d'un délai eût été superflue. De même, ledit critère requiert expressément comme moyen de preuve la police d'assurance responsabilité civile sans préciser qu'une proposition de contrat suffirait. Ce point du critère semble ainsi devoir être interprété dans le sens d'un délai supplémentaire accordé pour la production de la police d'assurance.

Dans ces circonstances, le soumissionnaire doit, *a priori*, déjà disposer d'une assurance responsabilité civile en cas de dommages matériels et de lésions corporelles à hauteur de 5 millions de francs avant l'adjudication et produire la police y relative.

6.6 Il suit de là que n'ayant à ce jour produit qu'une proposition de contracter une telle assurance, le recourant ne satisfait, *prima facie*, pas au critère d'aptitude E9.

6.7 Il reste encore à examiner la critique du recourant ayant trait à la langue au moyen de laquelle le pouvoir adjudicateur s'est adressé à lui.

6.7.1 Selon l'art. 24 al. 3 LMP, l'appel d'offres et l'adjudication seront publiés au moins dans la langue officielle du lieu où est prévu la construction lorsqu'ils concernent des marchés de construction et des fournitures y afférentes ainsi que des services en relation avec des projets de construction, et dans deux langues officielles au moins lorsqu'ils concernent d'autres fournitures et services. Dans la mesure où cette disposition ne permet pas de déterminer la langue de la procédure, il convient d'examiner cette question à la lumière de la loi sur la procédure administrative (cf. art. 26 al. 1 LMP).

L'art. 33a al. 1 PA dispose que la procédure est conduite dans l'une des quatre langues officielles ; en règle générale, il s'agit de la langue dans laquelle les parties ont déposé ou déposeraient leurs conclusions. Ainsi, l'autorité de première instance détermine au début de la procédure, soit par décision soit de manière implicite, la langue de cette procédure. Une fois que cette dernière est fixée, elle est valable pour l'ensemble des participants à la procédure et pour toute la durée de celle-ci conformément aux principes d'exclusivité et de l'unité de la procédure (cf. PATRICIA EGLI,

in : Praxiskommentar VwVG, 2^e éd., 2016, art. 33 n° 3 et 10 ss ; arrêt partiel et décision incidente du TAF B-2577/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.1.2). Lorsqu'une procédure implique plusieurs parties qui ont déposés ou déposeraient leurs conclusions dans les langues officielles différentes, l'autorité doit déterminer une seule langue de procédure, en tenant compte des principes tels que l'économie de procédure, la célérité, la sécurité du droit et les intérêts en présence ainsi que l'égalité des armes entre les parties (cf. arrêts du TF 1A.71/2005 du 11 mai 2005 consid. 4.1, 1A.33/2000 du 19 juin 2000 consid. 3b et 3c ; ATAF 2008/31 consid. 7 ; arrêt partiel et décision incidente du TAF B-2577/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.1.2 ; EGLI, op. cit., n° 14 ss ; THOMAS PFISTERER, in : Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG Kommentar, 2^e éd., art. 33a, n° 35).

6.7.2 En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a informé le recourant par décision du 21 juin 2019 rédigée intégralement en allemand que l'offre de celui-ci avait été écartée, faisant valoir que « *der vollständige und ausgefüllte und rechtsgültige Leistungsbeschreibung wurde auch auf mehrmalige Aufforderung nicht eingereicht. Auf mehrmalige Nachfrage [hat er] die Kopie Haftpflichtversicherungsnachweises nicht eingereicht. Das Eignungskriterium E9 Haftpflichtversicherung ist somit nicht erfüllt* ».

Sur ce point, il sied d'abord de relever que l'exclusion d'une procédure de passation de marché ne concerne en principe que le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire exclu ; l'exclusion peut en effet intervenir antérieurement à l'adjudication et n'a, en principe, pas d'incidence directe sur les autres parties à la procédure, les autres soumissionnaires n'en étant pas informés. Aussi, rien ne s'oppose à ce que cette décision soit rendue dans la langue de l'offre exclue, à savoir *in casu* le français. En effet, cela permettrait de satisfaire aux exigences de l'art. 6 al. 1 et 2 de la loi fédérale du 5 octobre 2007 sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (loi sur les langues, LLC, RS 441.1), qui exige que les autorités fédérales répondent dans la langue nationale utilisée par leur interlocuteur (cf. également art. 70 al. 1 Cst.), sans remettre en cause la langue de la procédure arrêtée en application de l'art. 33a al. 1 PA pour la procédure de passation.

La question peut toutefois demeurer indécise dès lors qu'il apparaît que l'utilisation de la langue allemande dans la décision d'exclusion n'a pas porté préjudice au recourant. D'une part, par courrier rédigé en français et daté du 8 juillet 2019, le pouvoir adjudicateur a transmis les motifs de l'exclusion au recourant et, d'autre part, celui-ci, représenté par un

mandataire professionnel, a valablement recouru contre ladite décision. Ce vice aurait ainsi de toute manière été guéri.

6.7.3 De même, par courriel du 17 mai 2019, le pouvoir adjudicateur s'est également exprimé en allemand et a indiqué au recourant que : « *Im Rahmen der Evaluation haben wir folgende Sachverhalte festgestellt:*
 - *Leistungsbeschreibung: Die rechtsgültig unterzeichnete Beilage 2.5 Leistungsbeschreibung ALC-G konnte dem Angebot nicht entnommen werden. Wir bitten (sic) Sie daher dieses Dokument nachzureichen (siehe Anhang).*
 - *E9 Haftpflichtversicherung: Ihrer Privathaftpflichtversicherung kann nicht entnommen werden, ob diese auch für den Winterdienst für Dritte besteht. Damit eine Zuschlagserteilung an Sie erfolgen kann, bitten wir Sie, dass Sie (sic) eine Police über CHF 5 Mio. pro Ereignis und Jahr gegen Sach- und Personenschäden (gemäss Beilage 1.0 Eignungskriterium E9 Haftpflichtversicherung) einzureichen (sic) ».* Le recourant a répondu le 31 mai 2019 en transmettant la page 44 de l'annexe 2.5 signée et datée ainsi que l'attestation de son assurance responsabilité civile de véhicules automobiles. Par courriel du 12 juin 2019 rédigé en français, le pouvoir adjudicateur a derechef invité le recourant à fournir la police d'assurance complète comme requis et réitéré sa demande quant à l'annexe 2.5. Le 13 juin 2019, le recourant a transmis la police de son assurance responsabilité civile de véhicules automobiles ainsi que les pages 43 et 44 de l'annexe 2.5 complétées et signées. Il fait en outre savoir que « [s]a police d'assurance RC et (sic) de 3'000'000 [sic] mais celle du véhicule de 100'000'000.- (sic) Si cela ne suffisait pas [il] [ferait] la modification immédiatement ». Dans son courriel du 20 juin 2019, le pouvoir adjudicateur a fixé un ultime délai jusqu'à 15h de ce jour au recourant pour lui faire parvenir l'annexe II (sic) en entier, complétée et signée ainsi qu'une copie de l'assurance responsabilité civile de 5 millions de francs pour les dommages corporels et matériels selon le critère E9 ; il y signale également que passé ce délai l'offre du recourant sera exclue. Le recourant n'a répondu audit courriel que le 24 juin 2019.

En l'occurrence, le marché en cause concerne des services de déneigement et de déverglacage pour toute la base logistique de l'armée. Il a toutefois été divisé en 32 lots situés dans les diverses régions linguistiques de la Suisse, chaque lot donnant lieu à une adjudication propre. Le but d'un tel choix est manifestement d'intéresser des entreprises sises non loin des différentes bases logistiques. Aussi, dans de telles circonstances, les intérêts en présence ne plaident pas, *prima facie*, pour l'adoption d'une seule langue de la procédure pour l'ensemble des lots mais bien plus pour une langue pour chaque lot en fonction de la situation

géographique de la base logistique concernée. En l'espèce, le lot n° 30, pour lequel le recourant a déposé son offre, concerne des bases logistiques situées à Moudon et à Syens, à savoir des communes sises dans le canton de Vaud lequel est exclusivement francophone. En définitive, l'utilisation de l'allemand pour le lot n° 30 n'apparaît pas de manière évidente conforme à l'art. 6 al. 1 et 2 LLC comme à l'art. 33a PA.

Encore faudrait-il que ce vice eût eu une incidence quant à l'exclusion prononcée (cf. supra consid. 5.2). Il ressort toutefois du courriel du 17 mai 2019 que celui-ci ne fait que reprendre les exigences posées par le critère E9, auquel il est expressément renvoyé. La réponse du recourant atteste d'ailleurs bien qu'il a compris qu'il est question du montant de la couverture d'assurance responsabilité civile. Or, comme déjà constaté, ledit critère était suffisamment clair pour que le recourant comprenne que les deux assurances dont il se prévaut ne sont pas suffisantes (cf. supra consid. 6.4.2). De plus, le pouvoir adjudicateur a par la suite interpellé le recourant à deux reprises en français sur ce point, lequel a toujours maintenu son point de vue selon lequel son offre était, selon lui, complète.

Il suit de là que, même à supposer que le pouvoir adjudicateur eût dû communiquer avec le recourant en français, ce n'est pas tant la prétendue incompréhension de la langue allemande que la mauvaise interprétation du critère, à laquelle le recourant n'a jamais renoncé et qui ne peut en l'état être soutenue, qui a conduit à l'exclusion de l'offre.

6.8 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied d'admettre que *prima facie* l'offre du recourant, qui ne satisfait pas au critère E9 de l'appel d'offres, a été exclue à juste titre par le pouvoir adjudicateur. De plus, en interpellant à trois reprises le recourant au sujet de l'assurance responsabilité civile requise par ledit critère (cf. consid. 6.7.3), on ne saurait en l'état reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir fait preuve de formalisme excessif. Il ne peut en effet être exigé de celui-ci qu'il patiente encore avant de procéder à l'adjudication au motif que le recourant n'a pas compris un critère d'aptitude.

7.

En tant que le recourant conteste que l'annexe 2.5 serait incomplète, il apparaît que ce point peut en l'état demeurer indécis, dès lors que l'exclusion de l'offre semble déjà justifiée pour le non-respect du critère E9 (cf. consid.6).

8.

En conclusion, il y a lieu de retenir qu'à l'aune d'un examen *prima facie* de ses chances de succès, le recours paraît manifestement infondé, de sorte que la requête d'effet suspensif doit être rejetée, sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence.

9.

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête d'octroi de l'effet suspensif est rejetée.

2.

Les frais et dépens relatifs à la décision incidente seront réglés dans l'arrêt final.

3.

La présente décision incidente est adressée :

- au recourant (recommandé avec avis de réception) ;
- au pouvoir adjudicateur (no de réf. SIMAP – ID du projet 176566 ; recommandé avec avis de réception) ;
- à l'adjudicataire (en extrait).

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la présente décision incidente 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. 100 al. 1 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 25 septembre 2019