

# **VD\_OMNI MPU.2016.0017 vom 29. August 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-08-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2016.0017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0017)

FR: VD\_OMNI MPU.2016.0017 du 29 août 2017

IT: VD\_OMNI MPU.2016.0017 del 29 agosto 2017

## **Regeste**

SCHEIDT & BACHMANN GmbH/Transports publics de la région lausannoise SA, METRIC mobility solutions AG | Après la décision d'adjudication du marché en sa faveur, mais avant la conclusion du contrat, l'adjudicataire a fait l'objet, en Allemagne, d'une procédure d'assainissement qui l'a conduite à se défaire, au profit d'une société tierce, du secteur d'activités qui fait l'objet du marché litigieux. On ne se trouve pas dans un cas où l'offre doit être exclue parce que le soumissionnaire est engagé dans un procédure de faillite, au sens du droit suisse. Cela étant, l'identité entre adjudicataire et cocontractant est rompue. En cas de fusion ou de scission impliquant l'adjudicataire (ou d'une autre forme de transfert des moyens de production de l'adjudicataire), il appartient à l'adjudicateur de vérifier l'aptitude de l'adjudicataire (sous sa forme nouvelle) à participer au marché, d'une part, et à remplir les critères d'adjudication, d'autre part (précision de la jurisprudence, cf. arrêt GE.2005.0090 du 10 avril 2006). En l'occurrence, l'offre a été modifiée sur deux points essentiels: l'apparition d'un nouveau partenaire de la société qui reprend l'adjudicataire, partenaire qui n'est ni un consort, ni un sous-traitant. Deux personnes-clés ont été remplacées. Au regard du principe d'intangibilité, l'adjudicateur aurait dû révoquer sa décision d'adjudication. Admission du recours et attribution du marché à la recourante.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1).

### **E. 2**

a) L'adjudicateur a classé l'offre de la recourante en deuxième position dans la procédure d'évaluation; cela confère à la recourante (qui a allégué, de manière soutenable, pouvoir être en passe d'obtenir l'adjudication du marché en sa faveur) la qualité pour agir contre la décision d'adjudication (ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27, consid. 4.6 p. 31), y compris pour se plaindre des défauts formels graves de la procédure (ATF 141 II 307 consid. 6.6 p. 315).  
b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362/363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2017.0003 du 3 avril 2017, consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017, consid. 3b; MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016, consid. 2, consid. 3b, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362/363; arrêts MPU.2016.0008, précité, consid. 3b; MPU.2016.0039 du 6

février 2017, consid. 2; MPU.2016.0019, précité, consid. 2, et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2016.0008, consid. 3b; MPU.2016.0039, consid. 2; MPU.2016.0019, consid. 2, et les arrêts cités).

### **E. 3**

a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 27 al. 2 Cst./VD et 33 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Cela inclut pour elles le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, d'avoir accès au dossier, de proposer et fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'en prendre connaissance, de participer à leur administration et de se déterminer à leur propos (ATF 143 III 65 consid. 3.2 p. 67; 143 V 71 consid. 4.1 p. 72; 142 II 218 consid. 2.3 p. 222/223, et les arrêts cités). Le droit d'être entendu, y compris celui de consulter le dossier, doit être garanti dans la procédure de passation des marchés publics (ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496). Dans ce domaine toutefois, le droit de consulter les pièces relatives à l'offre des soumissionnaires concurrents et de l'adjudicataire peut être restreint, afin de garantir le secret des affaires et le secret de fabrication, également protégés par la loi (cf. ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496/497, et les nombreuses références citées). Ainsi, aux termes de l'art. 18 RLMP-VD, les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Ces règles valent également dans la procédure de recours devant le Tribunal cantonal. Cela étant, le Tribunal cantonal ne fonde pas son arrêt sur une pièce (ou plusieurs pièces), sans que le contenu synthétique de celle(s)-ci n'ait été porté à la connaissance des parties, à un moment ou à un autre de la procédure, notamment lors de l'audience d'instruction et de débats qui est généralement appointée dans ce type d'affaires. Ce mode de faire est le seul qui permette de garantir à la partie qui n'a pas d'accès direct aux pièces de la partie adverse, le respect de son droit d'être entendue (arrêts MPU.2015.0007 du 21 mai 2015, consid. 5; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 4a; MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 2b, et les arrêts cités).

b) Faute d'accord exprès et eu égard au texte clair de l'art. 18 al. 2 RLMP-VD, certaines parties de l'offre de l'adjudicataire ne peuvent être remises à la recourante. Cela concerne la garantie bancaire du 30 septembre 2016, le contrat du 29 septembre 2016, et les annexes au rapport d'évaluation. Cette situation n'est toutefois pas de nature à violer le droit d'être entendue de la recourante. Lors de l'audience du 6 octobre 2016, le Tribunal a informé la recourante, dans le respect du secret d'affaires, du contenu essentiel de la garantie bancaire, des nouvelles pièces et du contrat du 5 octobre 2016. Le 2 décembre 2016, le juge instructeur a remis aux parties une copie du rapport d'évaluation du 26 novembre 2016, à l'exclusion des annexes à ce rapport, dont l'adjudicataire avait refusé la consultation. Quant au classeur fédéral joint au rapport d'évaluation, il contenait l'offre de B. \_\_\_\_\_, contresignée par les représentants d'O. \_\_\_\_\_ (cf. l'avis du juge instructeur, du 9 décembre 2016). Le droit d'être entendu de la recourante a été respecté. Elle a pu trouver dans les explications du Tribunal tous les éléments nécessaires pour développer son argumentation en connaissance de cause, comme le montrent ses déterminations du 22 décembre 2016.

#### **E. 4**

La recourante s'était plainte de la motivation, insuffisante selon elle, de la décision attaquée. Lors de l'audience du 23 août 2016, elle a retiré ce grief, ce dont il convient de prendre acte.

#### **E. 5**

La recourante a produit, à l'appui de ses déterminations du 22 décembre 2016, un avis de droit établi le 20 décembre 2016 par Jean-Baptiste Zufferey, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Une expertise privée n'a pas la même valeur qu'une expertise judiciaire; elle ne constitue qu'un allégué de partie (ATF 141 IV 305 consid. 6.6.1 p. 315; 135 III 670 consid. 3.3.1 p. 677; 132 III 83 consid. 3.5 p. 88). Il n'en sera tenu compte que dans cette mesure limitée.

#### **E. 6**

La recourante soutient qu'O.\_\_\_\_\_ s'est substituée à B.\_\_\_\_\_ pour l'exécution du marché en cours de procédure, ce qui aurait dû amener l'adjudicateur à révoquer la décision d'adjudication et adjuger le marché à la recourante. En outre, selon la recourante, la vérification entreprise par l'adjudicateur dans son rapport d'évaluation du 26 novembre 2016 confirmerait que l'on se trouve en présence d'une nouvelle offre, déposée par O.\_\_\_\_\_ après la décision d'adjudication. L'offre de l'adjudicataire devrait être exclue pour ce motif. L'adjudicateur et l'adjudicataire contestent l'appréciation de la recourante sur ces deux points et s'opposent à ses conclusions. a) Les soumissionnaires doivent être aptes à réaliser le marché, selon des critères objectifs et vérifiables (cf. art. 13 let. d AIMP). Une offre peut être exclue notamment lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas (ou plus) aux critères d'aptitude exigés (art. 32, premier tiret, let. a, RLMP-VD), s'agissant des capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (art. 24 al. 2 RLMP-VD). Tel est notamment le cas lorsque le soumissionnaire fait l'objet d'une procédure de faillite (art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD; ch. 7 let. i CA). Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1; arrêts MPU.2017.0003, précité, consid. 2a; MPU.2016.0002, du 18 avril 2016, consid. 2b; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016, consid. 3b, et les arrêts cités). L'offre est intangible (art. 29 al. 3 RLMP-VD; ch. 6.12 CA). Cette règle vaut aussi bien pour l'adjudicateur, sous réserve de modifications consécutives à l'épuration de l'offre (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374; arrêts MPU.2016.0009 du 14 décembre 2016, consid. 4; MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016, consid. 3; MPU.2016.0002, précité, consid. 3b, et les arrêts cités), que pour l'adjudicataire (arrêt MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014) et le soumissionnaire (arrêt MPU.2013.0027 du 4 février 2014). b) L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste «traçable», conformément au principe de la transparence (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1 p. 373; arrêts MPU.2015.0057, précité, consid. 3c; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015, consid. 4b; MPU.2015.0016 du 26 mai 2015, consid. 4b, et les arrêts cités). Pour le cas où l'aptitude de l'adjudicataire disparaîtrait en cours de procédure, l'adjudicateur peut exclure l'offre de

l'adjudicataire et révoquer la décision d'adjudication, après le prononcé de celle-ci, jusqu'à la conclusion du contrat (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne, 2014, n. 304; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich, 2013, n. 534, 574). Cela étant, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2C\_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.2; 2D\_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.3; 2C\_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3; arrêts précités MPU.2017.0003, consid. 2a; MPU.2016.0039, consid. 3a; MPU.2016.0002, consid. 2b, et les arrêts cités). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (ATAF 2007/13 consid. 3.3; arrêts précités MPU.2016.0039, consid. 3a; MPU.2015.0057, consid. 3d; arrêt MPU.2015.0010 du 29 juin 2015, consid. 3, et les arrêts cités). Le caractère véniel du défaut se mesure par rapport au défaut lui-même, et à sa gravité. Son importance ne dépend pas de son impact sur le prix ou la valeur du marché (arrêts MPU.2015.0057, précité, consid. 3d; MPU.2014.0004 du 27 août 2014, consid. 9b). c) Il y a lieu de distinguer entre les motifs qui, selon la recourante, devraient conduire à la révocation de la décision attaquée, à l'exclusion de l'adjudicataire et à l'adjudication du marché en sa faveur, selon qu'ils ont trait au contrat de reprise de B. \_\_\_\_\_ par O. \_\_\_\_\_, d'une part (consid. 7 ci-dessous), ou au rapport d'évaluation du 26 novembre 2016, d'autre part (consid. 8 ci-dessous).

#### **E. 7**

a) Dans l'affaire qui a conduit au prononcé de l'arrêt rendu le 10 avril 2006 par le Tribunal administratif (remplacé depuis par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, à la suite de l'intégration, en 2008, du Tribunal administratif au sein du Tribunal cantonal), deux soumissionnaires évincés avaient recouru parallèlement contre la décision d'adjudication du marché à un tiers. Après le dépôt des recours, l'une des deux sociétés recourantes avait repris l'autre, selon une convention écrite, dont il ressortait que la première avait cédé à la seconde l'essentiel de ses actifs et passifs, y compris toutes ses activités dans le domaine d'activité objet du marché litigieux (soit le traitement du linge d'un hôpital). La convention portait non seulement sur le changement d'actionariat de la société reprise; il en résultait également que seule la repreneuse était en mesure de conclure le contrat et d'exécuter les prestations y relatives. Cela avait pour conséquence de modifier l'offre de la première société sur un point essentiel. Même à supposer que ce soumissionnaire puisse encore conclure lui-même le contrat avec l'adjudicateur, il était certain qu'il n'exécuterait pas lui-même le marché, contrairement aux engagements pris et à la volonté de l'adjudicateur de ne pas autoriser la sous-traitance. Cette offre devait être exclue (arrêt GE.2005.0090 du 10 avril 2006, consid. 2b). b) Le contrat-type (pièce 0) prévoit la possibilité, pour l'adjudicataire qui signe le contrat avec l'adjudicateur, de céder le contrat ou certains droits qui en résultent, moyennant l'accord de l'adjudicateur (ch. 16.1); il est également possible de changer de fournisseur, y compris en cas de cession, de fusion ou de liquidation de la société adjudicataire (ch. 16.2 du contrat-type). Ces règles, invoquées par l'adjudicateur et l'adjudicataire à l'appui de leurs déterminations, s'appliquent uniquement dans la phase de l'exécution du contrat, après sa conclusion, et non dans la période qui sépare la décision d'adjudication de la conclusion du contrat, comme en l'espèce. Ces prescriptions ne sont dès lors pas déterminantes pour la solution du cas. c) Le 1<sup>er</sup> juillet 2016, le Tribunal de l'insolvabilité («Insolvenzgericht») de

l'Amtsgericht de Hanovre a, à la requête de B. \_\_\_\_\_ et en application des art. 21 et 22 de l'ordonnance allemande sur l'insolvabilité («Insolvenzverordnung» du 5 octobre 1994 – InsO; BGBl I p. 2866ss), désigné un curateur («Insolvenzverwalter») à B. \_\_\_\_\_, en la personne de l'avocat Rainer Eckert, dont l'accord était désormais nécessaire pour approuver toutes les décisions de B. \_\_\_\_\_. Le Tribunal a désigné également un comité provisoire des créanciers («vorläufiger Gläubigerausschuss»). Dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les droits du débiteur, de gérer ses biens, passent au curateur (art. 80 al. 1 InsO). De sa propre initiative ou à celle de l'assemblée des créanciers («Gläubigerversammlung»), le curateur peut mettre sur pied un plan de résorption de l'insolvabilité («Insolvenzplan», art. 217ss, 218 InsO). Ce plan est soumis au contrôle préalable du tribunal (art. 231 InsO), qui ouvre ensuite la procédure d'approbation auprès des parties concernées (art. 235ss Inso). L'accord de celles-ci ouvre la voie à l'homologation du plan par le tribunal (art. 248 InsO). Une fois entré en force, le plan produit ses effets. Le tribunal met fin à la procédure d'insolvabilité (art. 258 Inso), et, du même coup, au mandat du curateur et des membres du comité des créanciers (art. 259 al. 1 InsO). Le 29 août 2016, le Tribunal de Hanovre a ouvert la procédure d'insolvabilité, sous la forme de l'auto-administration par la débitrice («Eigenverwaltung durch die Schuldnerin»), au sens des art. 270ss InsO. Le 8 novembre 2016, le Tribunal de Hanovre a mis fin à cette mesure, à la requête de la débitrice (art. 272 al. 1 ch. 3 Inso). Me Rainer Eckert a été maintenu dans ses fonctions de curateur. Le 29 septembre 2016, B. \_\_\_\_\_, d'une part, désignée comme la venderesse, O. \_\_\_\_\_ et P. \_\_\_\_\_, d'autre part, désignés comme les acheteurs, ont conclu un contrat de vente et de reprise («Kauf und Uebertretungsvertrag»; en anglais: «Sale and Purchase Agreement»). Selon le préambule au contrat, l'activité de B. \_\_\_\_\_ se répartit en trois domaines d'activités: Retail & Logistics; Transports publics; Systèmes de parcage. Le domaine d'activité Transports publics comprend la fabrication et l'exploitation de distributeurs de billets pour les transports publics, notamment sous la forme de distributeurs fixes et mobiles, ainsi que leurs supports. O. \_\_\_\_\_ reprend, sous la forme d'une reprise des actifs de B. \_\_\_\_\_ («Asset Deal»), les secteurs Retail & Logistics et Transports publics. P. \_\_\_\_\_ reprend le domaine des systèmes de parcage. Selon l'art. 1 er par. 2 du contrat, O. \_\_\_\_\_ reprend les biens mobiliers (cf. art. 2 du contrat), les biens immatériels (art. 3 du contrat, notamment les droits liés à la propriété intellectuelle), les droits préférentiels (art. 4 du contrat, y compris les contrats conclus avec des fournisseurs), les contrats et offres de contrats (art. 5 du contrat), ainsi que les obligations de B. \_\_\_\_\_ (dettes, baux et contrats de travail avec le personnel). Parmi les offres de contrat de B. \_\_\_\_\_ reprises par O. \_\_\_\_\_ figure expressément celle faite en rapport avec le marché litigieux («Angebot Lausanne», art. 5 par. 1 du contrat, p. 21 de celui-ci). La reprise par O. \_\_\_\_\_ des rapports de travail des employés de B. \_\_\_\_\_ est réglée à l'art. 8 du contrat, y compris pour ce qui concerne la phase de réduction de l'effectif du personnel («Personalabbau», art. 8 par. 9 du contrat). Le prix de la transaction a été fixé à 2'187'500 euros (soit 250'000 euros par les biens mobiliers; 687'500 euros pour les biens immatériels, les contrats, offres de contrats et les dettes; 1'250'000 euros pour les contrats; art. 9 par. 1 du contrat). Les parties ont convenu qu'un prix supplémentaire de 250'000 euros serait versé pour le cas où l'offre faite par B. \_\_\_\_\_ aux tl serait adjugée, que la décision d'adjudication entrerait en force et que B. \_\_\_\_\_ obtiendrait le marché litigieux (art. 9 par. 2 du contrat). Le contrat est régi par le droit allemand. Me Rainer Eckert l'a approuvé et contresigné. Les éléments essentiels de ce contrat ont été portés à la connaissance des parties lors de l'audience du 6 octobre 2016.

Dans un communiqué de presse du 8 novembre 2016, B. \_\_\_\_\_ a informé le public de la décision rendue le même jour par le Tribunal de Hanovre. Elle a indiqué qu'elle poursuivait ses activités et qu'avec la cession de ses actifs les plus importants, la phase d'auto-administration en vue d'un assainissement par transfert était terminée. Les activités de B. \_\_\_\_\_ dans le domaine de la fabrication et l'exploitation de distributeurs de billets pour les transports publics était désormais assurée par O. \_\_\_\_\_, à la suite de la reprise de cette activité. d) Les parties sont divisées sur la qualification juridique de ce contrat et l'appréciation de sa portée du point de vue du droit des marchés publics. Pour la recourante, B. \_\_\_\_\_ se trouverait désormais en liquidation. Elle n'existerait plus. Elle serait entrée dans une procédure de faillite, au sens de l'art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD. Partant, il ne serait plus possible, pour l'adjudicateur, de conclure un contrat avec O. \_\_\_\_\_, ou avec O. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_. Un tel contrat serait nul. L'adjudicateur n'aurait dès lors plus d'autre choix que d'exclure l'adjudicataire et de révoquer la décision attaquée. Pour l'adjudicateur, B. \_\_\_\_\_ n'est pas en faillite, au sens du droit suisse. O. \_\_\_\_\_ a repris B. \_\_\_\_\_; elle se trouve dans la situation de n'être pas soumissionnaire, mais pas un tiers pour autant. Après avoir évoqué la possibilité, lors de l'audience du 6 octobre 2016, de conclure un contrat «tripartite» (soit avec le concours de l'adjudicateur, de B. \_\_\_\_\_ et d'O. \_\_\_\_\_), l'adjudicateur a ensuite changé de position, et affirmé que le contrat ne serait pas passé avec O. \_\_\_\_\_ ou Q. \_\_\_\_\_, mais seulement avec B. \_\_\_\_\_. Quant à l'adjudicataire, il expose qu'O. \_\_\_\_\_ a repris B. \_\_\_\_\_, qui signera avec l'adjudicateur le contrat qui sera ensuite transféré à O. \_\_\_\_\_. En ce sens, il n'y aurait pas de substitution de parties au contrat. aa) La notion de «faillite», au sens de l'art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD, renvoie à celle de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (LP; RS 281.1). Le but de l'art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD est clair: il s'agit d'éviter que le marché ne soit adjugé à une personne (physique ou morale) qui ne serait pas en mesure d'honorer ses obligations après la conclusion du contrat portant sur l'objet du marché. La difficulté en l'espèce est que l'adjudicataire est impliquée dans une procédure relevant du droit étranger (allemand, en l'occurrence), qui n'est pas à proprement parler une procédure de faillite au sens du droit suisse, et dont l'application échappe au juge national. Pour le surplus, les décisions rendues par l'Amtsgericht de Hanovre au sujet de B. \_\_\_\_\_ devraient être reconnues en Suisse, selon l'art. 25 LDIP, si cette question devait se poser (cf. ATF 134 III 366). bb) Le processus mis en œuvre le 1<sup>er</sup> juillet 2016, par le truchement du plan de résorption de l'insolvabilité («Insolvenzplanverfahren») correspond à ce qu'on appelle en droit allemand un assainissement par transfert («übertragende Sanierung»; «asset deal», selon la terminologie de langue anglaise). La société en difficulté vend ses actifs à un repreneur. Le prix de vente est réparti entre les créanciers. Après le transfert, la société reprise disparaît. Il s'agit de la forme d'assainissement de sociétés la plus utilisée en Allemagne (Pierre-Maurice Heijmen, *Insolvenzrechtliche Sanierungsinstrumente nach dem deutschen und schweizerischen Recht*, thèse, Cologne, 2012, p. 73/74, 98). L'auto-administration par le débiteur («Eigenverwaltung durch den Schuldner»), à la requête de celui-ci, tend soit à la liquidation de l'entreprise, mais le plus souvent à la poursuite de l'activité de celle-ci, après son assainissement (Heijmen, op. cit., p. 138). Le débiteur gère la masse de l'insolvabilité («Insolvenzmasse»), sous la surveillance du curateur, qui exerce un droit de participation et de contrôle (sur l'appréciation des avantages et des inconvénients de ce système, cf. Heijmen, op. cit., p. 138-140). Heijmen compare l'auto-administration par le débiteur, au sens des art. 270ss InsO, à l'ajournement de la faillite selon l'art. 725a CO (Heijmen, op.

cit., p. 150-159). Cette institution du droit privé vise à gagner du temps en vue d'un assainissement de la société endettée (malgré l'existence d'une cause de faillite), afin de protéger les intérêts des créanciers et de la société elle-même (ATF 101 III 99 consid. 4 p. 106; Hanspeter Wüstiner, in : Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, n°4 ad art. 725a CO; Henry Peter, in : Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n°3 ad art. 725a CO). L'ajournement de la faillite présuppose le dépôt de l'avis obligatoire au juge selon l'art. 725 CO, le dépôt d'une demande d'ajournement et l'existence d'un surendettement (art. 725a al. 1 CO). En outre, l'assainissement de la société doit paraître possible (art. 725a al. 1 CO). Il appartient au conseil d'administration ou au créancier qui le requiert de présenter un plan d'assainissement exposant les mesures propres à atteindre son but, de manière suffisamment précise et crédible, à moyen et long terme, de manière à ce que le surendettement puisse être résorbé (ATF 130 V consid. 5.4 p. 207; Wüstiner, op. cit., n° 5-7 ad art. 725a CO; Peter, op. cit., n°27-31 ad art. 725a CO). Parmi les mesures d'assainissement envisageables figurent la restructuration de l'entreprise et l'aliénation d'actifs (Peter, op. cit. n°34 ad art. 725a CO), à l'exclusion de la cession de tous les actifs à des tiers repreneurs; les mesures d'assainissement doivent tendre au redressement de la société, mais non à sa liquidation (Peter, op. cit., n°37 ad art. 725a CO). La désignation d'un curateur («Sachwalter») est l'une des mesures d'accompagnement de l'ajournement de la faillite; cette personne veille au bon déroulement du plan d'assainissement (Peter, op. cit., n°46-48 ad art. 725a CO). Sa désignation restreint les pouvoirs du conseil d'administration, dont les décisions sont soumises à son approbation (Wüstiner, op. cit., n°11-13a ad art. 725a CO; Peter, op. cit., n°49-50 ad art. 725a CO). L'ajournement selon l'art. 725a CO suspend les poursuites dirigées contre la société; la faillite ne peut être prononcée (ATF 104 III 20 consid. 1 p. 21/22; Wüstiner, op. cit., n°9 ad art. 725a CO; Peter, op. cit., n°52-58 ad art. 725a CO). L'ajournement de la faillite prend notamment fin par le prononcé d'un jugement constatant la fin de l'état de surendettement, lorsque la société est assainie (Peter, op. cit., n°59-61 ad art. 725a CO). cc) A considérer la situation de B. \_\_\_\_\_ en Allemagne, régie par la procédure de l'auto-administration par le débiteur (au sens des art. 270ss InsO) comme équivalente à celle de l'ajournement de la faillite régie par l'art. 725a CO, il faudrait en déduire que l'adjudicataire n'est pas «engagée dans une procédure de faillite», au sens de l'art. 32, premier tiret, let. g RLMP-VD. Le but de l'assainissement est de permettre à la société de poursuivre ses activités, sous une forme réduite ou modifiée, mais non de la liquider; durant la phase d'assainissement, la faillite n'est pas prononcée. Cela étant, sur la base des indications qu'elle a elle-même fournies dans son communiqué de presse du 8 novembre 2016, l'adjudicataire annonce s'être défaite de ses activités relatives à la fabrication et l'exploitation de distributeurs de billets pour les transports publics, en faveur d'O. \_\_\_\_\_, dans le cadre de son assainissement. Partant, B. \_\_\_\_\_ n'est plus en mesure de fournir elle-même les distributeurs qui font l'objet du marché. Elle ne pourra signer un contrat portant sur le marché litigieux, contrairement à ce que soutient l'adjudicataire. En ce sens, l'identité entre adjudicataire et partie au contrat subséquent est rompue. dd) Dans l'arrêt GE.2005.0090 du 10 avril 2006, le Tribunal administratif a considéré que même dans la situation où l'adjudicataire est en pouvoir de signer le contrat, l'essentiel est que l'identité soit maintenue entre l'adjudicataire et celui qui réalise les prestations qui font l'objet du marché. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'il est acquis que c'est O. \_\_\_\_\_ (qui n'apparaît pas dans l'offre de B. \_\_\_\_\_) et non B. \_\_\_\_\_ elle-même, qui exécutera les travaux adjugés. Or en présentant son offre, B. \_\_\_\_\_ s'est engagée à exécuter elle-même les travaux (cf. ch. 7 let. f CA, ch. 4.12 des conditions

générales; cf. également la lettre de couverture de l'offre de l'adjudicataire). Au regard de l'appel d'offres qu'il a lui-même configuré et de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, il conviendrait de conclure que l'adjudicateur n'avait pas d'autre choix que de révoquer la décision d'adjudication, sur le vu du contrat de reprise passé entre B. \_\_\_\_\_ et O. \_\_\_\_\_ et de l'issue de la procédure d'auto-administration (art. 270ss InsO) conduite en Allemagne. ee) On peut toutefois se demander si la solution de l'arrêt GE.2005.0090 précité ne devrait pas être assouplie, compte tenu de l'évolution de la doctrine. Pour ce qui concerne la restructuration de l'adjudicataire en cours de procédure (que ce soit par fusion, scission ou transfert de patrimoine, notamment), certains auteurs soutiennent qu'un changement de partie (entre l'adjudicataire et le cocontractant) devrait être admis pour le cas où un tiers à la procédure d'adjudication reprend les activités de l'adjudicataire. Le critère décisif selon eux est celui de l'aptitude: l'adjudicateur doit savoir qui est son partenaire économique, sans qu'il importe que la forme juridique de celui-ci se modifie. Il suffit qu'au moment de l'adjudication, l'adjudicataire visé par une mesure de réorganisation remplisse tous les critères d'aptitude et d'adjudication, s'agissant notamment de la mise à disposition des personnes-clés, des conditions financières et du savoir-faire (Beat Denzler et Heinrich Hempel, *Fusioniert, gespalten und übertragen – wenn Anbieter ihr Rechtskleid wechseln*, DC, cahier spécial 06, p. 23ss, 25 et 26). Beyeler envisage également que le soumissionnaire puisse faire l'objet d'une fusion ou d'une scission sans que cela n'empêche l'adjudication du marché en sa faveur, à condition que l'identité économique du soumissionnaire ne soit pas modifiée (Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich, 2012, n°1510, 1686). Lorsque le soumissionnaire fait l'objet d'une fusion (au sens que donne à cette notion la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus; RS 221.301), l'art. 3 al. 1 LFus distingue la fusion par absorption, soit la reprise de la société par une autre (let. a) de la fusion par combinaison, soit la réunion de deux sociétés en une seule (let. b). L'élément essentiel de la fusion est la reprise des actifs et passifs, ainsi que des droits et des obligations, par la nouvelle société issue de la fusion selon le principe de la succession universelle (Martin Frey, *Handkommentar Stämpfli, FusG*, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, n°6 ad art. 3 LFus; Andreas C. Albrecht, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n°12-14 ad art. 3 LFus). En l'espèce, à lire le contrat du 5 octobre 2016, on ne se trouve pas en présence d'une fusion dans le cas de B. \_\_\_\_\_ et d'O. \_\_\_\_\_, puisque les deux sociétés continueront d'exister. A mesurer la situation de B. \_\_\_\_\_ et d'O. \_\_\_\_\_ à l'aune du droit suisse, leur cas se rapprocherait de celle d'une scission par séparation au sens de l'art. 29 let. b LFus (ou d'un transfert de patrimoine selon l'art. 69 al. 1 LFus), où une société transfère une ou plusieurs parts de son patrimoine à une autre société. Se pose alors la question de savoir si à la suite de la fusion ou de la scission, le soumissionnaire, sous sa nouvelle forme, remplit encore les critères d'aptitude ou d'adjudication, en particulier s'il a perdu un ou plusieurs éléments de son activité, déterminants pour la fourniture des prestations qui font l'objet du marché (Beyeler, op. cit., n°1513, 1686). Le soumissionnaire doit démontrer que la scission n'a rien touché à son aptitude, par exemple parce que le soumissionnaire et la société à laquelle une part de son activité a été transférée forment désormais un consortium pour la réalisation du marché et que la capacité (économique et technique) du soumissionnaire à réaliser le marché reste intacte (Beyeler, op. cit. n°1512, 1687). ff) En conclusion sur ce point, la jurisprudence initiée par l'arrêt GE.2005.0090 doit être précisée de la manière suivante: il doit y avoir identité juridique entre l'adjudicataire et le cocontractant de l'adjudicateur; lorsque cette identité est rompue,

cela n'entraîne pas automatiquement l'exclusion du soumissionnaire (ou la révocation de la décision d'adjudication); en cas de fusion ou de scission impliquant l'adjudicataire (ou d'une autre forme de transfert des moyens de production de l'adjudicataire), il appartient à l'adjudicateur de vérifier que l'adjudicataire (soit sa forme nouvelle) continue de répondre aux conditions d'aptitude à participer au marché, d'une part, et de remplir les critères d'adjudication, d'autre part. Or c'est précisément ce que l'adjudicateur a fait en l'occurrence, en procédant à une évaluation de la capacité d'O.\_\_\_\_\_, comme repreneuse de B.\_\_\_\_\_, à fournir les prestations qui font l'objet du marché. L'appréciation de l'adjudicateur est consignée dans le rapport d'évaluation du 26 novembre 2016, dont il convient d'examiner les conclusions (consid. 8 ci-dessous). Le premier moyen soulevé par la recourante, tendant à l'exclusion automatique de l'offre de B.\_\_\_\_\_ et, partant, à la révocation de la décision attaquée, doit ainsi être écarté.

## **E. 8**

a) Dans l'affaire qui a conduit au prononcé de l'arrêt rendu le 12 décembre 2001 par le Tribunal administratif, a été exclue l'offre modifiée postérieurement au dépôt de celle-ci, et par laquelle l'adjudicataire avait procédé à une modification essentielle de son organisation (soit le changement de la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium). Même si cette opération, menée à l'instigation de l'adjudicateur, n'avait pas influé sur le prix, l'exclusion était justifiée parce que les prestations offertes par l'adjudicataire (donc son offre elle-même) avaient été modifiées postérieurement au dépôt de l'offre, dans une mesure substantielle; ce vice devait nécessairement conduire à l'annulation de la décision d'adjudication (arrêt GE.2001.0074 du 12 décembre 2001, consid. 4). Dans une affaire concernant le canton du Valais, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était ni insoutenable, ni excessivement formaliste, de considérer, à l'instar du Tribunal cantonal, qu'un consortium devait rester dans une composition identique du début à la fin du processus d'adjudication; toute modification à cet égard équivaut à une modification de l'offre, justifiant l'exclusion de celle-ci. En l'occurrence, des membres du consortium soumissionnaire avaient déclaré, après le dépôt de l'offre, n'intervenir désormais qu'en tant que sous-traitants (ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, consid. 3.2; cet arrêt a été résumé et commenté positivement, cf. DC/4 2003 p. 156). b) Le dossier contient l'offre originale de B.\_\_\_\_\_, du 18 janvier 2016, l'offre de B.\_\_\_\_\_ dont chaque page est contresignée par R.\_\_\_\_\_, directrice générale d'O.\_\_\_\_\_, et le rapport d'évaluation, sur la base duquel l'adjudicateur a considéré qu'O.\_\_\_\_\_ serait en mesure de réaliser le marché, après que cette société aura repris les obligations contractuelles de B.\_\_\_\_\_. aa) Le rapport d'audit contient une annexe (n°1) portant sur l'évaluation de la qualité de Q.\_\_\_\_\_. Cette annexe définit douze critères (responsabilités du management; systèmes qualité et mesures; gestion des documents; contrôle d'entrée, identification et traçabilité; contrôle des processus; inspection, mesure, outil et test d'équipement; flux, stockage, emballage et livraison; actions correctives et préventives; gestion des fournisseurs; formation et certification; technologie et moyens de production; chaîne logistique). Ces critères sont évalués sur la base d'une liste de questions et de réponses; ils sont pondérés entre eux; ils correspondent à une échelle de notation de la qualité de l'entreprise; le niveau minimal de C (correspondant à «good») est requis. En l'occurrence, Q.\_\_\_\_\_ a reçu la note B (soit «very good»). L'annexe comporte la mention suivante: « La société Q.\_\_\_\_\_ assure la production de matériel ou d'équipements très divers démontrant leur savoir faire d'industrialisation. Par exemple du matériel pour le milieu médical, des tableaux électriques, etc. Les trois auditeurs ont également eu l'occasion de constater durant

leur visite que Q. \_\_\_\_\_ produit des automates pour le compte de A. \_\_\_\_\_ ». bb) Le rapport d'évaluation contient une annexe (n°2), comprenant elle-même trois documents (n°2a, b et c), établis le 22 novembre 2016 par O. \_\_\_\_\_ à l'intention de l'adjudicateur; ils sont signés aux noms de S. \_\_\_\_\_, comme directeur, et de R. \_\_\_\_\_, comme directrice générale. Le premier document (n°2a) est intitulé «déclaration de satisfaction des conditions techniques et financières offertes dans l'offre B. \_\_\_\_\_ ». O. \_\_\_\_\_ confirme vouloir respecter les conditions techniques et financières de l'offre initiale. En particulier, O. \_\_\_\_\_ s'est engagée à fournir les garanties bancaires demandées, soit, à la signature du contrat, une «garantie pour acomptes couvrant le paiement du 30% du montant du contrat», à restituer à la fin des livraisons, ainsi que, au début de l'exploitation, une «garantie pour défauts (5% pendant 3 ans, puis 2,5% les 2 années suivantes)». En outre, O. \_\_\_\_\_ s'est engagée à respecter les spécifications offertes dans l'offre de B. \_\_\_\_\_, soit notamment le distributeur (DAT), sans aucune modification et aucun développement supplémentaire; les matériel et fournitures d'O. \_\_\_\_\_ sont identiques à celles de B. \_\_\_\_\_, de même que les normes de fabrication et techniques du distributeur. Pour le surplus, O. \_\_\_\_\_ s'est référée aux annexes produites, s'agissant de la liste des collaborateurs de B. \_\_\_\_\_ repris par O. \_\_\_\_\_, de leurs curricula vitae, des informations relatives à la production des composants, de l'organisation qualité d'O. \_\_\_\_\_, et des certificats des matériels utilisés dans le distributeur d'O. \_\_\_\_\_. Le deuxième document (n°2b) est intitulé «déclaration organisation de qualité». Il indique que le système de contrôle de qualité (dans le domaine organisationnel, environnemental et social) mis en place chez B. \_\_\_\_\_ sera repris dans la nouvelle société O. \_\_\_\_\_. Le troisième document (n°2c) est intitulé «déclaration de validité des certifications». Il indique qu'aucun composant du distributeur n'ayant été modifié, les certifications des matériels utilisés, fournies dans l'offre de B. \_\_\_\_\_, restent valables. L'annexe 3 est un nouveau calendrier (planning) d'exécution du marché, allant de janvier 2017 à avril 2018. L'annexe 4 contient les curricula vitae d'T. \_\_\_\_\_ (4a) et d'U. \_\_\_\_\_ (4b). L'annexe 5 contient les extraits du registre du commerce allemand concernant O. \_\_\_\_\_ (5a) et Q. \_\_\_\_\_ (5b). L'annexe 6 contient les organigrammes d'O. \_\_\_\_\_ (6a) et de Q. \_\_\_\_\_ (6b). L'annexe 7 contient les attestations d'assurance responsabilité civile concernant O. \_\_\_\_\_ (7a) et Q. \_\_\_\_\_ (7b). L'annexe 8 contient les certifications ISO 9001:2008 et 14001:2004 relatives à O. \_\_\_\_\_ (8a) et Q. \_\_\_\_\_ (8b). L'annexe 9 contient les attestations relatives au paiement des contributions d'assurance sociales de la part d'O. \_\_\_\_\_ (9a) et de Q. \_\_\_\_\_ (9b). L'annexe 10 contient une attestation du paiement de l'impôt sur les sociétés («Umsatzsteuer») par O. \_\_\_\_\_. L'annexe 11 contient les engagements à respecter les conventions fondamentales de l'OIT de la part d'O. \_\_\_\_\_ (11a) et de Q. \_\_\_\_\_ (11b). L'annexe 12 contient l'engagement à respecter l'égalité salariale entre les hommes et les femmes établies par O. \_\_\_\_\_ (12a) et Q. \_\_\_\_\_ (12b). L'adjudicataire a produit séparément une garantie bancaire, établie le 30 septembre 2016 par la \*\*\*\*\*bank à Düsseldorf, en faveur de l'adjudicateur et pour le compte d'O. \_\_\_\_\_, d'un montant total de 645'702,50 fr. (soit 5% du prix total du marché). Le rapport d'audit récapitule ces différents documents et mentionne que la directrice d'O. \_\_\_\_\_ a signé toutes les pages de l'offre initiale de B. \_\_\_\_\_, entérinant ainsi l'accord d'O. \_\_\_\_\_ sur les termes et conditions de l'appel d'offre et de l'offre «retenue au terme de l'adjudication» (p. 3 du rapport). Les auteurs du rapport ont conclu que les mesures «d'audit et de vérifications» effectuées avaient permis de démontrer l'engagement et la capacité d'O. \_\_\_\_\_ et de Q. \_\_\_\_\_ à exécuter le marché,

conformément aux termes et conditions de l'offre présentée par B.\_\_\_\_\_. Aucun élément ne remettait en cause le bien-fondé de la décision d'adjudication, la reprise de B.\_\_\_\_\_ par O.\_\_\_\_\_ «étant sans incidence sur l'offre adjudicataire et dès lors pour le projet tl» (rapport, p. 10). c) Dans sa lettre de couverture de son offre du 18 janvier 2016, B.\_\_\_\_\_ n'évoque pas Q.\_\_\_\_\_, mais mentionne D.\_\_\_\_\_ comme sous-traitant. Cette lettre n'a pas été contresignée par R.\_\_\_\_\_. Celle-ci a contresigné la première page des pièces 0 («contrat-type»), 0.1 («conditions générales»), 1 («conditions administratives»), 2.1 («Introduction aux cahiers des charges»), 2.2 («cahier des charges fonctionnel»), 2.3 («cahier des charges technique»), 2.4 («cahier des charges informatique»), 3.2 («offre qualitative») et 5 («modèles de documents»). R.\_\_\_\_\_ a contresigné toutes les pages de la pièce 3.1 («offre financière»), ainsi que toutes les pages des annexes à la pièce 2.3, contenant la description du distributeur décrit dans l'offre initiale de B.\_\_\_\_\_, y compris les variantes pour les fondations et le socle du distributeur. Elle en a fait de même pour l'annexe à la pièce 2.4, établie par le sous-traitant D.\_\_\_\_\_, ainsi que pour l'organigramme de projet et les réponses aux questions techniques. Pour l'adjudicateur, O.\_\_\_\_\_ a ainsi manifesté sa volonté de ratifier les engagements de B.\_\_\_\_\_, s'agissant notamment du matériel à fournir, de la collaboration avec le sous-traitant, des conditions d'exécution du contrat, des délais et du prix, comme le corroboreraient également les annexes 2a et 2b au rapport d'évaluation. d) Les annexes au rapport d'évaluation du 26 novembre 2016 complètent l'offre initiale de B.\_\_\_\_\_ sur au moins deux points essentiels. aa) Le premier point est celui lié à Q.\_\_\_\_\_, décrit dans le rapport d'évaluation comme un «assembleur» ou un fournisseur de matériel. Or Q.\_\_\_\_\_ n'apparaît pas dans l'offre initiale de B.\_\_\_\_\_ (cf. ch. 10.3 du contrat-type, pièce 0). Son existence et son intervention sont mentionnées pour la première fois dans le rapport d'évaluation du 26 novembre 2016. Le fait que l'adjudicateur ait évalué la qualité de Q.\_\_\_\_\_ (annexe 1 au rapport d'évaluation) et requis celle-ci de fournir des attestations et certifications (annexes 5b, 6b, 7b, 8b, 9b, 11b et 12b au rapport d'évaluation) confirme que Q.\_\_\_\_\_ participe désormais pleinement, aux côtés d'O.\_\_\_\_\_, à la réalisation du projet qui fait l'objet du marché litigieux, alors même que sa participation n'est pas annoncée dans l'offre, contrairement à ce que prévoient les conditions du marché (ch. 5.7 CA). Q.\_\_\_\_\_ n'intervient pas en tant que sous-traitant, puisque seul D.\_\_\_\_\_ a été annoncé comme tel, et qu'O.\_\_\_\_\_ a ratifié le choix de ce sous-traitant (cf. ch. 5.8 CA). Q.\_\_\_\_\_ ne le fait pas davantage en tant que fournisseur, car celui-ci n'est pas tenu de produire des attestations et certifications, ni comme membre d'une association d'entreprises aux côtés de B.\_\_\_\_\_ (cf. ch. 5.7 CA), puisque Q.\_\_\_\_\_ n'est mentionnée comme associée de B.\_\_\_\_\_ ni dans l'offre initiale de celle-ci, ni dans l'offre contresignée par O.\_\_\_\_\_. Quelle que soit la qualité qu'il faille attribuer à Q.\_\_\_\_\_, soit comme associé d'O.\_\_\_\_\_, soit comme nouveau sous-traitant, il s'agit d'un nouveau participant à l'exécution de l'offre reprise par O.\_\_\_\_\_, à ce point important aux yeux de l'adjudicateur que celui-ci a procédé à une évaluation séparée de ce nouveau partenaire, et requis celui-ci de produire des certifications et attestations, exigences que l'adjudicateur ne peut imposer qu'aux membres d'une association de fournisseurs ou aux sous-traitants. Dans l'affaire qui a donné lieu au prononcé de l'ATF 2P.47/2003, précité, le Tribunal fédéral a tenu pour une modification essentielle de l'offre le simple fait de redistribuer les rôles, entre membre du consortium et sous-traitant de celui-ci. Il en va de même, à plus forte raison, lorsque, comme en l'espèce, ce ne sont pas seulement les rôles qui sont redistribués, mais qu'apparaît un nouvel acteur,

en l'occurrence Q.\_\_\_\_\_. On se trouve en présence d'une modification de l'offre, après le dépôt de celle-ci et sur un point essentiel de celle-ci, incompatible avec le principe de l'intangibilité de l'offre. bb) Dans l'offre initiale de B.\_\_\_\_\_ étaient mentionnées, conformément au ch. 1.6.1 de la pièce 3.2 (offre qualitative), les personnes-clés suivantes: V.\_\_\_\_\_ (chef de projet management), W.\_\_\_\_\_ (chef de projet développement), tous deux employés de B.\_\_\_\_\_, ainsi que, pour le sous-traitant D.\_\_\_\_\_, X.\_\_\_\_\_ (responsable du département Software et Transports de D.\_\_\_\_\_), Y.\_\_\_\_\_ (chef de projet) et Z.\_\_\_\_\_ (responsable technique). Dans le rapport d'évaluation du 26 novembre 2016, l'adjudicateur a pris note du fait que V.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ ont quitté B.\_\_\_\_\_ au moment de la reprise d'O.\_\_\_\_\_ (ch. 3.2 du rapport d'évaluation) et ne pouvaient plus, dès lors, participer à l'exécution du projet. O.\_\_\_\_\_ a proposé deux nouvelles personnes-clés pour les remplacer, soit T.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ (cf. annexes 4a et b au rapport d'évaluation). Indépendamment du point de savoir si, comme l'affirment les représentants de l'adjudicateur dans le rapport d'évaluation, les nouvelles personnes-clés proposées disposent d'une compétence comparable à celle des personnes qu'elles remplacent, ce changement porte sur un point essentiel de l'offre de B.\_\_\_\_\_, puisque les deux personnes désignées comme chefs de projet pour B.\_\_\_\_\_ ne participeront pas à l'exécution du projet. Cette modification de l'offre, postérieurement à son dépôt, n'est pas compatible avec le principe de l'intangibilité de l'offre, au regard notamment de l'arrêt GE.2001.0074, précité. e) Le recours doit être admis pour ce motif, sans qu'il soit nécessaire d'examiner par surcroît les autres griefs soulevés par la recourante relativement à la décision d'adjudication et au rapport d'évaluation.

## **E. 9**

Le recours doit ainsi être admis, et la décision attaquée réformée en ce sens que le marché est adjugé à la recourante. Cette solution s'impose par le fait que l'adjudicateur aurait dû révoquer la décision d'adjudication à raison des modifications apportées à l'offre de l'adjudicataire, sur des points essentiels. Au vu des conclusions identiques de l'adjudicateur et de l'adjudicataire, il se justifie de répartir par moitié entre eux les frais devant être mis à la charge des parties succombantes (art. 49 et 51 al. 1 LPA-VD). Cette répartition par moitié vaut également pour l'indemnité à allouer à la recourante, à titre de dépens (art. 55 et 57 LPA-VD). Le montant global de l'émolument sera fixé à 15'000 fr. (cf. art. 3 al. 1 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative – TFJDA, RSV 173.36.5.1), celui des dépens à 5'000 fr. (cf. art. 11 al. 2 TFJDA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.