

# VD\_OMNI MPU.2020.0011 vom 20. Juli 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-07-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2020.0011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0011)

FR: VD\_OMNI MPU.2020.0011 du 20 juillet 2020

IT: VD\_OMNI MPU.2020.0011 del 20 luglio 2020

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Marché portant sur les travaux d'ébénisterie en lien avec la restauration d'un bateau de la flotte Belle-Epoque. Exclusion d'un soumissionnaire au motif que celui-ci n'a pas obtenu une note suffisante (2 au lieu de 3) pour le critère des références. Recours à la CDAP du soumissionnaire qui conteste également l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire. Rappel des conditions posées par la jurisprudence pour admettre la qualité pour recourir du soumissionnaire exclu contre les décisions d'exclusion et d'adjudication (théorie des faits de double pertinence). Qualité pour recourir admise en l'espèce, la recourante ayant rendu vraisemblable que le marché pourrait lui être attribué (consid. 2). Confirmation de la décision d'exclusion de la recourante dont les références citées dans l'offre ne correspondaient pas aux exigences de l'appel d'offres. Absence d'arbitraire à ne pas prendre en considération une référence non présentée comme telle dans l'offre (principe d'intangibilité des offres; consid. 3). Pas d'arbitraire à considérer que le consortium adjudicataire était valablement représenté lors de la visite obligatoire (consid. 4). Absence d'arbitraire dans l'évaluation des références de l'adjudicataire qui correspond aux exigences de l'appel d'offres (consid. 5). Absence de préimplication de l'adjudicataire en raison de la participation de l'une des entreprises membres du consortium aux travaux de démontage des boiseries en l'absence d'élément permettant d'établir que cela ait procuré à celui-ci un avantage par rapport aux autres soumissionnaires (consid. 6). Rejet du recours et confirmation de la décision.

## Erwägungen

### E. 1

Le recours a été déposé devant la cour de céans en temps utile, soit dans le délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée, applicable en matière de marchés publics et qui, n'étant pas soumis aux fêtes, n'était pas suspendu en raison de l'épidémie de COVID-19 (cf. art. 10 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et art. 1 ordonnance du Conseil fédéral du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19) [RO 2020 849]); il répond au surplus aux exigences formelles prévues par la loi, si bien qu'il est recevable en la forme (art. 79, 92 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

### E. 2

Il convient d'examiner la qualité pour recourir de A. \_\_\_\_\_, celle-ci contestant à la fois son exclusion de la procédure et l'adjudication du marché à C. \_\_\_\_\_ en faisant valoir que l'adjudicataire aurait dû être exclue de la procédure en raison de sa prétendue préimplication. Elle conclut dès lors principalement à ce que le marché litigieux lui soit adjugé (conclusions 7 et 11 du mémoire de recours), plus subsidiairement à l'invalidation de

l'entier de la procédure (conclusions 15 et 16 du mémoire de recours). a) Selon l'art. 75 al. 1 LPA-VD, a qualité pour recourir toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de la faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence cantonale, les principes développés au regard des art. 37 de l'ancienne loi vaudoise sur la juridiction et la procédure administratives (aLJPA), 103 let. a de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (aOJ) et 89 LTF, s'agissant de la notion d'intérêt digne de protection, s'appliquent toujours à l'art. 75 let. a LPA-VD (voir notamment AC.2016.0330 du 24 mars 2017 consid. 1a; GE.2015.0236 du 20 décembre 2016 consid. 2 et références; AC.2016.0304 du 25 novembre 2016 consid. 2a; AC.2016.0091 du 6 octobre 2016 consid. 1a; AC.2014.0331 du 1er juillet 2016 consid. 1a; TF 1C\_198/2015 du 1er février 2016; 1C\_320/2010 du 9 février 2011; 1C\_133/2007 du 27 novembre 2007; 1C\_260/2007 du 7 décembre 2007). En matière de marchés publics, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la CDAP, considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81 ; 140 I 285; ég. arrêt MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). Dans son arrêt publié in ATF 141 II 14 précité (consid. 5), le Tribunal fédéral a en outre précisé, dans une configuration analogue à celle de la présente cause, qu'il y avait lieu d'appliquer par analogie la théorie de la double pertinence en ce sens qu'au stade de la recevabilité, le recourant doit rendre vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché avec l'examen de la cause au fond. Le soumissionnaire dont l'offre a été exclue doit donc rendre vraisemblable qu'il remplirait les critères d'aptitude (ou de qualification) pour que son recours soit recevable. b) En l'espèce, l'adjudicatrice a rendu simultanément une décision d'exclusion de la recourante, laquelle est en principe attaquable séparément (art. 15 al. 1bis let. d AIMP; 10 al. 1 let. c LMP-VD), et une décision d'adjudication en faveur de C.\_\_\_\_\_. Cette manière de faire, qui n'est pas critiquable en soi, résulte du choix opéré par l'adjudicatrice d'exclure les soumissionnaires qui ne présenteraient pas de garanties suffisantes au niveau de leurs références, une note inférieure à 3 entraînant l'exclusion. La recourante conteste l'évaluation de son offre en ce qui concerne les critères de références et soutient que la note 3 aurait dû lui être attribuée, ce qui lui aurait permis de remplir les critères d'aptitude. Il résulte en outre du rapport d'évaluation des offres produit par l'adjudicatrice que l'offre de la recourante a été évaluée dans toutes ses composantes. Si les griefs formulés par la recourante à l'encontre de son exclusion devaient être admis, le tribunal pourrait vraisemblablement procéder sur cette base à un nouveau classement des offres et, cas échéant, attribuer le marché litigieux à la recourante. La qualité pour recourir de A.\_\_\_\_\_ doit donc être admise pour contester tant la décision d'exclusion que celle d'adjudication du marché litigieux à C.\_\_\_\_\_.

Il convient d'examiner dans un premier temps si c'est à juste titre que l'adjudicatrice a exclu la recourante du marché litigieux. a) Le droit des marchés publics distingue classiquement les critères d'aptitude, d'une part, et les critères d'adjudication, d'autre part. Les premiers ont pour objectif de garantir que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché, tandis que les seconds déterminent comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 145 II 249, consid. 3.3. et réf. citées). Pour autant, il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères, tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, à la condition qu'ils puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas, il n'est pas inadmissible de poser une exigence minimale à titre de critère de qualification, et, au surplus, d'apprécier une aptitude plus étendue à titre de critère d'adjudication; il ne s'agit alors pas d'une double appréciation mais d'une appréciation sous des aspects différents (ATF 140 I 285 consid. 5.1; 139 II 489 consid. 2.2.4). 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.2016.0002 du 18 avril 2016, consid. 2b; MPU.2015.0057 précité, consid. 3b; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015, consid. 4b, et les arrêts cités). L'offre est intangible (art. 29 al. 3 RLMP-VD). Le principe de l'intangibilité des offres signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références citées). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêts MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014 consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014 consid. 3b et les arrêts cités). L'adjudicateur peut aussi corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD (arrêts précités MPU.2013.0013 et MPU.2013.0027; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6a et les réf. citées), notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (arrêt MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in DC 2010 p. 224). Ces corrections ne sauraient aboutir à une modification de l'offre (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238). A cet égard, il n'y a pas lieu de procéder à une distinction entre les erreurs de calcul, c'est-à-dire résultant d'une opération arithmétique erronée, et les erreurs de transcription, qui se rapportent à l'expression de l'élaboration de l'offre (arrêt MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6b). b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres. 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 de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0003 du 3 avril 2017 consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b et MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3). Tel est notamment le cas lorsque la décision litigieuse porte, comme en

l'occurrence, sur l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire (arrêts MPU.2016.0002 du 18 avril 2016 consid. 1c; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 2b; MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 2b et les arrêts cités). c) En l'espèce, on relèvera d'abord que la recourante ne remet pas en cause le critère d'aptitude que constitue une note inférieure à 3 au critère des références. Elle serait de toute manière à tard pour formuler ce grief puisqu'elle n'a pas recouru contre l'appel d'offres. Pour le surplus, comme on l'a rappelé plus haut, l'adjudicatrice pouvait en principe utiliser le critère de référence à la fois comme un critère d'aptitude et comme un critère d'adjudication. Il convient dès lors uniquement d'examiner si, en l'espèce, l'adjudicatrice a excédé son pouvoir d'appréciation en attribuant la note 2 à l'offre de la recourante pour le critère des références. La recourante estime qu'elle aurait dû à tout le moins obtenir la note 3 pour l'évaluation de ses références, ce qui n'aurait pas conduit à son exclusion. aa) D'abord, il convient d'observer que la recourante a mentionné des références différentes dans le ch. 3 de son offre (M. \_\_\_\_\_ et N. \_\_\_\_\_) et dans les annexes Q8 qui étaient jointes (M. \_\_\_\_\_ et O. \_\_\_\_\_), ce qui a amené le mandataire de l'adjudicataire à obtenir une clarification auprès de la recourante. Il résulte de l'échange de courriels des 28 février 2020 et 2 mars 2020 que les références mentionnées dans l'annexe Q8 de la recourante étaient en réalité destinées à un autre marché concernant la rénovation du D. \_\_\_\_\_, soit celui des ponts en bois. Dans son courriel du 2 mars 2020, la recourante a d'ailleurs spontanément reconnu son erreur et transmis une nouvelle fiche de références (ch. 3) comprenant une référence aux travaux réalisés en 2016 sur le N. \_\_\_\_\_ et en 2014/2015 sur le P. \_\_\_\_\_. Ainsi, la recourante a fourni pas moins de quatre références différentes. Au vu des réponses apportées par la recourante le 2 mars 2020, l'adjudicatrice était quoiqu'il en soit fondé à évaluer le critère des références de la recourante sur la base des seuls travaux réalisés en 2013 sur le M. \_\_\_\_\_ et en 2016 sur le N. \_\_\_\_\_ tels que décrits dans le ch. 3 de l'offre déposée par la recourante. En effet, le principe d'intangibilité des offres interdisait à l'adjudicatrice de tenir compte des nouveaux éléments fournis par la recourante le 2 mars 2020, soit après le délai pour le dépôt des offres. C'est ainsi à juste titre que l'adjudicatrice n'a pas pris en considération les références aux travaux effectués sur le P. \_\_\_\_\_ et les modifications apportées aux descriptions et à la justification concernant les travaux effectués sur le N. \_\_\_\_\_. Il ne s'agissait en effet à l'évidence pas d'une correction d'un élément qui aurait été mal compris mais bien d'une modification – non admissible à ce stade – de l'offre. Peu importe qu'elle résulte apparemment d'une inadvertance commise par la recourante au moment du dépôt de son offre. bb) Contrairement à ce que prétend la recourante en réplique, il ne résulte ni du tableau d'évaluation des offres ni des écritures de l'adjudicatrice que celle-ci aurait tenu compte des travaux effectués par la recourante sur le P. \_\_\_\_\_ pour évaluer les références fournies. La recourante fait en outre valoir que la restauration du bateau P. \_\_\_\_\_ figurait bien dans son offre mais dans les références de son contremaître. Elle soutient que l'adjudicatrice avait parfaitement conscience de l'existence de ses références en matière de travaux de menuiserie et d'ébénisterie navale et patrimoniale, notamment celles liées aux travaux sur le P. \_\_\_\_\_ puisqu'elle lui avait elle-même adjugé plusieurs travaux de ce type. Ces arguments tombent à faux. En effet, pour les motifs déjà exposés, l'adjudicatrice ne pouvait prendre en considération des éléments qui ne figuraient ni dans le chiffre 3 ni dans l'annexe Q8 de l'offre déposée par la recourante pour évaluer le critère des références. En tenant compte d'autres travaux que ceux figurant dans les références, au simple motif que la recourante avait déjà œuvré sur des bateaux de sa flotte historique, l'adjudicatrice aurait avantagé indûment la recourante

vis-à-vis des autres soumissionnaires. cc) La recourante s'en prend également au descriptif des travaux, en faisant valoir que ceux-ci étaient définis comme "travaux de menuiserie" dans l'annonce préalable puis comme "travaux d'ébénisterie" dans l'appel d'offres. Elle soutient que l'adjudicatrice aurait posé au moment de l'évaluation des critères des exigences plus élevées que celles qui figuraient dans l'appel d'offres en exigeant des références représentatives de travaux complets d'ébénisterie patrimoniale. Elle fait également valoir que le cahier des charges ne contient pas l'exigence que ces travaux soient en lien avec l'ébénisterie patrimoniale. En se référant à sa liste des prix (pièce 13 du bordereau de la recourante), elle arrive à la conclusion que les travaux seraient à hauteur de plus de 60% des travaux de menuiserie et que les travaux d'ébénisterie patrimoniale ne représenteraient que moins de 10% de ceux faisant l'objet du marché. A cet égard, on relève déjà que le descriptif des travaux faisant l'objet du marché était identique dans l'annonce préalable et dans l'appel d'offres et qu'il comprenait explicitement des travaux d'ébénisterie. Le changement de dénomination de l'appel d'offres ne jouait ainsi pas un rôle déterminant pour les soumissionnaires dans le choix des références qu'ils devaient opérer. Les documents d'appel d'offres insistaient en outre sur l'importance de disposer d'une expertise dans les travaux d'ébénisterie, en exigeant par exemple la titularité d'une maîtrise fédérale dans le domaine pour les personnes engagées sur le bateau. Pour le surplus, contrairement à ce qu'allègue la recourante, l'absence de maîtrise fédérale des personnes-clés mentionnées au ch. 2.3 de son offre n'a pas été pris en compte pour évaluer le critère des références si bien que la question de savoir si cette exigence ne valait que pour une des personnes affectées sur le chantier, comme la recourante le soutient, peut rester indécise. S'agissant des références, il était en outre spécifiquement mentionné qu'elles devaient concerner des travaux d'une complexité comparable s'agissant de l'ébénisterie sur bateau. La recourante ne pouvait donc ignorer, que ce soit sur la base du descriptif des travaux figurant dans l'appel d'offres ou de la visite du chantier, que le marché litigieux était notamment caractérisé par la restauration de pièces particulièrement sensibles d'un bateau appartenant au patrimoine historique et classé comme bien d'importance culturelle nationale. On ne voit pas dès lors en quoi l'adjudicatrice aurait excédé son large pouvoir d'appréciation en accordant un poids particulier aux références en matière de travaux d'ébénisterie d'une nature et d'une importance financière comparables à ceux envisagés pour la restauration du D. \_\_\_\_\_ (cf. ch. 3 de l'appel d'offres). Elle pouvait notamment se fonder sur le fait que la rénovation du salon de 1<sup>ère</sup> classe, qui figure au début du descriptif, constitue un aspect essentiel du marché litigieux. Les deux références retenues pour l'évaluation de l'offre de la recourante, soit celles relatives aux travaux réalisés sur le M. \_\_\_\_\_ et le N. \_\_\_\_\_ ne correspondent ni en terme de complexité ni en terme de prix aux travaux faisant l'objet du marché litigieux. Il ressort en effet tant du descriptif des travaux que de ce qu'a indiqué la recourante à titre de justification qu'il s'agit essentiellement sinon exclusivement de travaux de menuiserie. La recourante ne prétend en tout cas pas le contraire s'agissant des travaux réalisés sur le M. \_\_\_\_\_. En ce qui concerne le N. \_\_\_\_\_, la recourante soutient que les travaux comprenaient également une part d'ébénisterie. Elle ne l'a toutefois pas indiqué dans son offre mais uniquement dans le document modifié remis le 2 mars 2020 après s'être rendu compte de son inadvertance, ce qui ne pouvait être pris en considération compte tenu du principe de l'intangibilité de l'offre. Enfin, il est douteux que les travaux réalisés par la recourante sur le P. \_\_\_\_\_ – même s'ils avaient été pris en considération, ce qui, comme on l'a vu, ne peut être le cas en raison du principe d'intangibilité de l'offre – correspondaient aux exigences fixées dans l'appel d'offres. Il s'agit en effet d'un bateau moins ancien et

beaucoup moins important que le D.\_\_\_\_\_. Le travail à réaliser était donc moins complexe et pas comparable non plus en terme d'importance financière – puisqu'évalué à 440'000 fr. – aux travaux faisant l'objet du marché litigieux qui ont été adjugés pour un montant supérieur à 1 million de francs. dd) Au vu de ce qui précède, le pouvoir d'adjudicateur pouvait considérer, sans excéder le large pouvoir d'appréciation qui doit lui être reconnu en la matière, que l'offre de la recourante ne correspondait pas aux exigences de l'appel d'offres en ce qui concerne le critère des références et lui attribuer une note de 2, ce qui entraînait son exclusion du marché litigieux. L'exclusion de la recourante du marché litigieux est donc justifiée, ce qui entraîne le rejet du recours déjà pour ce motif. Quoiqu'il en soit, les autres griefs formulés par la recourante apparaissent de toute manière mal fondés pour les motifs qui suivent.

#### **E. 4**

Dans sa réplique, la recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue du marché litigieux parce que l'une des entreprises membres du C.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, n'aurait pas participé à la visite obligatoire du 27 janvier 2020. On relèvera d'abord que la recourante agit tardivement dès lors qu'elle n'a émis aucune réserve ni au moment de la visite obligatoire ni au moment du dépôt des offres sur l'absence de représentant d'une des personnes morales membres du C.\_\_\_\_\_. Il ressort du procès-verbal de la visite obligatoire que les personnes présentes se sont annoncées comme agissant pour le C.\_\_\_\_\_ si bien qu'il aurait été loisible au représentant de la recourante de demander plus de renseignements à cet égard. Ensuite, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle estime que la visite était obligatoire pour toutes les sociétés membres du C.\_\_\_\_\_ sous peine d'exclusion de l'offre. Certes, le ch. 5.7 mentionne que les sociétés membres du consortium doivent respecter toutes les conditions de participation mais ces conditions sont celles visées aux annexes P1, P4, P5 et P6 qui doivent être remplies par tous les membres du consortium. Il n'est pas contesté que ce soit le cas en l'espèce. On ne voit en revanche pas que l'absence de participation d'une des sociétés membres d'un consortium soit de nature à invalider l'offre de celui-ci alors que trois personnes ont expressément annoncé représenter le consortium. Il faut donc considérer que l'adjudicataire était valablement représenté lors de la visite obligatoire du bateau et du rabout. Ce grief doit donc être écarté.

#### **E. 5**

Dans sa réplique, la recourante conteste l'évaluation du critère des références de l'offre de l'adjudicataire en soutenant qu'elles concernaient également des travaux réalisés sur le M.\_\_\_\_\_ et le N.\_\_\_\_\_. Il ressort du tableau d'évaluation des offres produit par l'adjudicatrice que les références de l'adjudicataire ont obtenu la note maximale (5) au motif qu'elles constituaient d'excellentes références pour des travaux réalisés en 2016 sur le N.\_\_\_\_\_ pour un montant de \*\*\*\*\* millions et en 2013 pour le M.\_\_\_\_\_ pour un montant de \*\*\*\*\* millions. Il ressort en outre de l'offre de l'adjudicataire que ces travaux portaient sur la rénovation du salon 1 ère classe (restauration et création de mobilier). Or, comme on l'a vu plus haut, les travaux de rénovation du salon de 1 ère classe du D.\_\_\_\_\_ constituent un point essentiel du marché litigieux – notamment en ce qui concerne l'ébénisterie patrimoniale qui revêt un caractère important s'agissant d'un bateau de la flotte historique. On ne voit donc pas en quoi l'adjudicatrice aurait excédé son pouvoir d'appréciation en considérant que ces deux références satisfaisaient aux critères demandés en terme de complexité et d'importance financière des travaux – voire même qu'elles dépassaient les attentes. A tout le moins, il n'y a pas d'arbitraire à ne pas avoir exclu l'offre

de l'adjudicataire au motif que les références ne correspondraient pas aux exigences de l'appel d'offres. Il n'y a pour le surplus pas lieu d'examiner les critiques de la recourante en lien avec l'appréciation des références de L.\_\_\_\_\_ qui n'est pas partie à la procédure. Ce grief doit donc être rejeté.

## **E. 6**

La recourante fait en outre valoir que le C.\_\_\_\_\_ aurait été indûment avantagé en raison de sa préimplication dans le marché litigieux. Une entreprise du consortium aurait participé aux travaux de démontage des pièces de menuiserie et d'ébénisterie et organisé l'emballage et l'entreposage dans des containers de ces pièces. Ces travaux lui auraient permis d'acquérir une parfaite connaissance de l'état des pièces et un avantage pour le remontage. Le fait d'avoir participé au démontage du bateau qui a débuté en juin 2019 aurait en outre permis à l'adjudicataire de bénéficier d'un temps supplémentaire de préparation pour son offre. En se référant à plusieurs avis de personnes actives dans le domaine de la restauration des boiseries, elle soutient qu'il serait inusuel de séparer le démontage et la restauration en raison du lien entre ces deux étapes. Il en résulterait une inégalité entre les soumissionnaires. La participation de C.\_\_\_\_\_ au démontage des pièces devrait entraîner son exclusion du marché litigieux. L'adjudicatrice a exposé qu'elle avait confié à l'architecte E.\_\_\_\_\_ le soin d'inventorier les pièces. Par la suite, ce dernier a effectivement mandaté l'une des entreprises faisant partie du consortium, F.\_\_\_\_\_, pour procéder au démontage des pièces sur la base de l'inventaire. C'est l'inventaire réalisé par E.\_\_\_\_\_ qui a servi de base au document figurant dans l'appel d'offres qui recense toutes les pièces démontées pour établir la liste de prix, laquelle est complétée par un lot de photographies ainsi que des plans. L'adjudicataire confirme que l'une des entreprises membre du consortium a participé au démontage des pièces mais conteste que ce mandat lui ait conféré un avantage dans le processus d'appel d'offres. a) A teneur de l'art. 7 RLMP-VD, les membres des autorités adjudicatrices, ainsi que les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics, ne peuvent présenter d'offre (al. 1); les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre, pour autant que l'appel d'offres mentionne leur participation et son ampleur et que les documents de soumission indiquent toutes les sources et l'endroit où elles peuvent être consultées (al. 2); les autres cas d'incompatibilité prévus par les autorités adjudicatrices sont réservés (al. 3). La préimplication pose le problème de l'apparence de partialité du maître de l'ouvrage dans la configuration du marché; celle-ci peut naître d'un risque de collusion d'intérêts, notamment au cours de la procédure d'adjudication. Un adjudicateur ne peut associer un futur soumissionnaire (lui-même ou par le truchement d'une société qu'il contrôle) à la configuration du marché ou la préparation de documents d'appel d'offres. Comme en matière de récusation, une simple apparence de privilège est à éviter (BEZ 2001/2 arrêt n° 24, cité par Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 102). Le soumissionnaire préimpliqué s'avère en effet privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis Esseiva, in DC 2/2007 S9, référence citée). Un tel conflit entre l'intérêt public à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse et l'intérêt personnel à l'adjudication, est susceptible de fausser les règles de la concurrence (arrêts MPU.2014.0003, précité, consid. 3; MPU.2010.0008 du 6 décembre 2010). Toutefois, la jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité

objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué; il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas rapportée (ATF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, consid. 5.7.3). Doit en outre être distingué à cet égard le dialogue technique entre l'adjudicatrice et un futur soumissionnaire; un tel dialogue est en effet licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (ATF 2P.122/2000 du 6 novembre 2000, consid. 7b; arrêt MPU.2014.0003, précité, consid. 3). Le grief ayant trait à la possible préimplication d'un soumissionnaire dans la procédure d'adjudication, doit être soulevé dès la connaissance du motif invoqué, à l'instar de ce qui prévaut en matière de récusation des autorités administratives (cf. ATF 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; art. 10 al. 2 LPA-VD; cf. arrêt FO.2011.0020 du 29 novembre 2011, consid. 5c, et les arrêts cités). Sous l'angle de la bonne foi, les prétentions que tirent les parties du droit de récusation s'éteignent par péremption lorsque le plaideur procède devant un juge ou une autorité en connaissance des faits pouvant justifier une récusation; en effet, l'intéressé accepte ainsi, de manière tacite, que la personne récusable exerce ses fonctions (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1 p. 21; 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; arrêts MPU.2013.0002 du 14 mai 2013, consid. 5; FO.2011.0020, précité, consid. 5c). c) En l'espèce, on relèvera d'abord que la recourante était vraisemblablement au courant des griefs qu'elle invoque contre l'adjudicataire au plus tard lors de la visite du chantier le 27 janvier 2020 mais qu'elle ne les a pas fait valoir immédiatement auprès de l'adjudicatrice, voire par la voie d'un recours à la CDAP, pour faire interrompre ou annuler la procédure. On peut dès lors se demander si ces allégations ne sont pas tardives. En outre, la recourante n'expose pas quel avantage concurrentiel précis la participation au démontage aurait amené à l'adjudicataire. En effet, la liste de prix figurant dans les documents de l'appel d'offres, qui a été établie sur la base de l'inventaire établi par E.\_\_\_\_\_, était de ce fait connue par l'ensemble des soumissionnaires. Le contenu de cet inventaire a par ailleurs été expliqué en détail lors de la visite du 27 janvier 2010. La recourante a eu la possibilité de poser des questions à ce sujet, notamment de demander des informations sur le démontage et à pouvoir voir les pièces entreposées dans les containers, ce qu'elle n'a pas fait. Rien ne démontre que le mandat conféré à l'un des membres du consortium adjudicataire ait conféré à ce dernier un avantage particulier, et encore moins décisif, dans la participation au marché litigieux. Il ressort d'ailleurs des offres déposées que celle de la recourante avait un prix plus avantageux que celle de l'adjudicataire si bien que son argument tombe à faux. On ne voit pas non plus quel argument la recourante peut tirer du fait que le démontage des pièces de boiserie a fait partie de certains marchés précédents de l'adjudicatrice en lien avec la rénovation de bateaux. Tel n'était pas le cas en l'espèce et la recourante en était informée et n'a pas contesté l'appel d'offres. Les attestations produites par la recourante – sans apparemment que celle-ci ait pris la peine d'expliquer en détail sa démarche aux personnes qui les ont établies – ne lui sont également d'aucun secours. L'opportunité qu'il peut y avoir à lier les travaux de démontage et de restauration ne signifie en effet pas encore que l'entreprise qui s'occupe des travaux de démontage bénéficie d'un avantage indu. C'est d'autant moins le cas qu'en l'espèce, les soumissionnaires disposaient dans l'appel d'offres et par la visite sur place d'une connaissance détaillée des pièces faisant l'objet du marché litigieux. De même, les remarques de la recourante sur les conditions de stockage des pièces sont sans pertinence quant à un éventuel avantage illégitime qui aurait été conféré à l'adjudicataire. Le recours apparaît donc également mal fondé sur ce point.

## **E. 7**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la cause (art. 49 LPA-VD). Tant l'adjudicatrice que l'adjudicataire obtiennent gain de cause en étant assistés d'un mandataire professionnel; ils ont droit à une indemnité à titre de dépens, laquelle sera mise à la charge de la recourante (art. 55 LPA-VD).

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