Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 66/2011

Arrêt du 1er septembre 2011
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Zünd, Président,
Seiler et Donzallaz.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____, représenté par Me François Bellanger, avocat,
recourants,

contre

Y._____ SA,
représenté par Mes Nicolas Iynedjian et Céline Courbat, avocats,
intimée.

Objet
Appel d'offres (marchés publics),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 6 décembre 2010.

Faits:

A.
X._____ sont constitués en association, inscrite au registre du commerce depuis le *** 1999, dont le but est l'exploitation d'établissements hospitaliers et médico-sociaux du Nord Vaudois. X._____ regroupent depuis le 1er janvier 2005 A._____ et B._____.

Par contrat de fusion du 23 mai 2007, C._____ SA a repris l'intégralité des actifs et passifs de D._____ SA et est devenue Y._____ SA.

C._____ SA a collaboré avec X._____, respectivement A._____, depuis le début des années quatre-vingt. Son ancien directeur, E._____, biologiste, titulaire des titres FAMH en chimie clinique, en hématologie et en bactériologie, a par ailleurs assumé la fonction de responsable du laboratoire de A._____ de 1994 à 2006. C._____ SA et A._____ étaient liés par un contrat du 25 février 2003, à teneur duquel celui-ci confiait ses analyses externes à celle-là, pour une durée de cinq ans. En juin 2006, C._____ SA s'est séparée de son directeur E._____. Le 10 octobre 2006, X._____ ont résilié la convention du 25 février 2003, avec effet au 31 janvier 2007.

Avec des partenaires privés, E._____ a constitué F._____ SA dont le siège est à G._____. X._____ détiennent 10% du capital-actions de F._____ SA. Leur directeur général, H._____, siège au conseil d'administration de F._____ SA. Le 14 novembre 2006, X._____ ont confié leurs analyses médicales

externes dès le 1er février 2007 à F._____ SA. Le 16 février 2007, X._____ et F._____ SA ont conclu une convention de collaboration, qui prévoit une validité initiale de 5 ans et un préavis de résiliation de 6 mois, par laquelle les premiers confient leurs analyses externes à la seconde, celle-ci confiant ses analyses de chimie et de biochimie clinique, d'hématologie, d'immuno-hématologie et d'hémostase au laboratoire de X._____. Ces derniers ont par ailleurs engagé E._____ en qualité de directeur de leurs laboratoires.

Sur recours de Y._____ SA, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a constaté par arrêt du 6 novembre 2009 que la décision de X._____ d'adjuger de gré à gré le marché des analyses médicales litigieux à F._____ SA était illicite et fait injonction à X._____ de lancer un appel d'offres public, en faisant procéder à la publication prescrite à l'art. 13 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi vaudoise sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1), dans un délai échéant au 31 mars 2010. Cet arrêt est définitif et exécutoire.

B.
Le 30 mars 2010, X._____ ont fait publier un appel d'offres. L'objet du marché a été défini de la façon suivante:

« (...)

2.2 Titre du projet du marché
Partenariat de Laboratoire
(...)

2.4 Vocabulaire commun des marchés publics
CPV: 71900000 - Services de laboratoire,
85145000 - Services prestés par les laboratoires médicaux

2.5 Description détaillée des tâches
Partenariat de Laboratoire et transport de radiographies et d'autres documents et matériel

2.6 Lieu de la fourniture du service
Les différents sites de X._____
(...) »

Le cahier des charges se compose d'un volet technique et d'une partie administrative. Dans le volet technique, il est exposé au chiffre 1 que l'appel d'offres s'inscrit dans le cadre d'une proposition de partenariat pour les analyses de laboratoires entre X._____ et l'adjudicataire, selon les termes suivants:

«(...)
- X._____ confient leurs analyses de bactériologie, de sérologie infectieuse et de biochimie spéciale + divers au laboratoire adjudicataire.

- En contrepartie, l'adjudicataire confie au laboratoire de X._____, site de G._____, les analyses d'hématologie, d'hémostase, de chimie clinique et de biochimie de routine provenant des cabinets médicaux de la ville et des environs.

- La valeur de cette contre-prestation doit être équivalente à celle du marché, soit env. 1'000'000 points OFAS. Le soumissionnaire fournit à X._____ la liste de cabinets médicaux qui accepteront de confier leurs analyses au laboratoire de X._____, selon les termes de ce partenariat. Ces prestations sont facturées à l'adjudicataire aux mêmes conditions que celles du marché.

- L'adjudicataire fournira également d'autres prestations, à savoir:
- Transport des radiographies et du courrier entre X._____ et les cabinets médicaux de la ville et des environs.

- Transport du courrier de X._____ de la poste (PTT) de G._____ aux sites de I._____ et J._____ et retour à la poste.
- Transport des cytostatiques et médicaments de la Pharmacie centrale des hôpitaux K._____et L._____ aux hôpitaux M._____, N._____, O._____, P._____ et Q._____.
(...)»

Il y est en outre précisé (ch. 2.2) que l'offre de base comprend obligatoirement les prestations suivantes:

« - Les analyses sous-traitées par X._____
- Les analyses des cabinets médicaux transmis à X._____
- Les prestations annexes »

Le chiffre 14.1 du volet administratif définit et pondère les critères d'adjudication de la manière suivante:
Organisation pour l'exécution du marché
35%
Organisation de base du soumissionnaire
30%
Conditions financières: le prix du point et le coût des services
20%
Références du soumissionnaire
15%

Il est prévu que la notation du prix se fasse selon la méthode T2 recommandée par la Conférence romande sur les marchés publics.

Le chiffre 15.6 du volet administratif contient la réserve suivante:

« Les analyses confiées par l'adjudicataire au laboratoire *** de X._____ sont placées sous la responsabilité du directeur du laboratoire de X._____. Selon l'évolution du marché des analyses médicales et avec l'accord du corps médical et de la direction de l'établissement, le directeur du laboratoire peut, en tout temps, modifier le volume des examens sous-traités par une augmentation de l'activité interne (ré-internalisation de paramètres). Un préavis de six mois sera accordé à l'adjudicataire pour prendre les mesures y relatives. »
Deux offres sont parvenues à X._____, celle de F._____ SA, le 19 avril 2010, celle de R._____, le 10 mai 2010.

Y._____ SA a recouru auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre cet appel d'offres dont elle demande l'annulation. Le recours a obtenu l'effet suspensif.

C.
Par arrêt du 6 décembre 2010, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a partiellement admis le recours, annulé l'appel d'offres du 30 mars 2010 et enjoint à X._____ de lancer un nouvel appel d'offres public, en faisant procéder à la publication prescrite à l'art. 13 RLMP/VD. Il a considéré que F._____ SA était pré-impliquée dans le marché en cause et qu'en application de l'art. 7 al. 1 RLMP/VD, elle ne devait par conséquent pas être admise à soumissionner pour l'adjudication du marché en cause, à tout le moins tant que X._____ détenaient une participation dans son capital-actions, que l'un de leurs cadres siégeait au conseil d'administration de cette société et que E._____ dirigeait les laboratoires de X._____. Il a laissé ouverte la question de savoir si le marché avait été spécialement configuré pour être adjugé à F._____ SA. La contre-prestation demandée par X._____ consistant à traiter les analyses provenant des cabinets médicaux de G._____ et environs était discriminatoire du point de vue géographique et empêchait les laboratoires qui n'étaient pas en mesure de fournir la contre-prestation de soumissionner. Enfin, la pondération du critère du prix était trop faible.

D.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public subsidiairement par celle du recours constitutionnel

subsidiaire, X._____ demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 6 décembre 2010 par le Tribunal cantonal du canton de Vaud et de dire que F._____ SA peut participer aux appels d'offres qu'ils lanceront. X._____ contestent exclusivement que la préimplication de F._____ SA crée une discrimination en défaveur d'autres soumissionnaires et que le seul moyen de remédier à un éventuel avantage de F._____ SA serait d'exclure définitivement cette société de tout appel d'offre, respectivement d'abandonner toute participation dans le capital-actions de cette société ainsi que le siège au conseil d'administration et de résilier le contrat de E._____ comme directeur du laboratoire. Dans leur recours en matière de droit public, ils soutiennent que l'instance précédente a établi les faits de manière manifestement inexacte, qu'elle a violé leur droit d'être entendus ainsi que l'accord intercantonal sur les marchés publics et le principe de proportionnalité. Dans leur recours constitutionnel, ils soutiennent que l'instance précédente a violé leur droit d'être entendus dans
l'établissement des faits ainsi que la garantie de la propriété et lui reprochent d'avoir appliqué de manière arbitraire l'accord intercantonal sur les marchés publics.

Y._____ SA a déposé ses observations sur recours par voie électronique et conclut sous suite de frais et dépens au rejet du recours. Le Tribunal cantonal s'en tient aux considérants de l'arrêt attaqué.

E.
Par ordonnance du 24 février 2011, le Président de la IIe Cour de droit public a accordé l'effet suspensif au recours.

Considérant en droit:

1.
La réponse de Y._____ SA, parvenue au Tribunal fédéral par voie électronique, répond aux exigences légales de ce mode de transmission (art. 39 al. 2, 42 al. 4 LTF, règlement du 5 décembre 2006 du Tribunal fédéral sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes [RCETF; RS 173.110.29]; loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique [Loi sur la signature électronique, SCSE; RS 943.03]) et est par conséquent recevable.

2.
La cause relève du droit des marchés publics (art. 82 let. a et 83 let. f LTF) et l'arrêt attaqué émane d'un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il constitue une décision finale (art. 90 LTF) pour les recourants qui sont particulièrement atteints et ont un intérêt digne de protection à son annulation du moment qu'ils voient leur choix définitivement limité par l'exclusion d'un soumissionnaire qui avait déjà déposé une offre auparavant pour le même marché. L'arrêt peut donc, en principe, faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l'art. 83 LTF.

2.1 Selon l'art. 83 let. f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.56.1) ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 135 II 49; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.). Il incombe à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions cumulatives (art. 42 al. 2 LTF; cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.).
2.1.1 En l'espèce, le marché litigieux est, sans que cela soit contesté, évalué par les recourants à 1'000'000 fr. par année, de sorte que le seuil de 230'000 fr. prévu par l'art. 6 LMP et l'art. 1er de l'ordonnance du 11 juin 2010 du DFE sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le deuxième semestre de l'année 2010 et l'année 2011 (RS 172.056.12) est dépassé.

Reste à examiner si les recourants soulèvent une question juridique de principe.
2.1.2 L'existence d'une question juridique de principe s'apprécie en fonction du contenu de l'objet litigieux

soumis au Tribunal fédéral et doit n'être admise que de manière restrictive. Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. La seule circonstance que la question n'ait encore jamais été tranchée ne suffit pas non plus à réaliser cette condition. Il faut encore qu'il s'agisse d'une question juridique dont l'importance pratique est telle qu'elle nécessite d'être éclaircie par la plus haute instance judiciaire. A l'inverse, il peut arriver qu'une question déjà résolue par le Tribunal fédéral revête néanmoins la qualité d'une question juridique de principe. Tel est notamment le cas si la jurisprudence rendue sur le sujet n'est pas claire, n'est pas constante ou qu'elle suscite d'importantes critiques dans la doctrine (cf. ATF 135 II 49; 134 III 354 consid. 1.3 p. 357 et les nombreuses références citées).

2.1.3 Les recourants exposent qu'aucun arrêt publié n'a traité de manière complète la question de la préimplication ni de ses conséquences et que les nombreux arrêts cantonaux existants auraient été rendus sans ligne directrice du Tribunal fédéral, sinon celle incomplète des arrêts 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 et 2P.146/2006 du 8 novembre 2006.

Le Tribunal fédéral a dû se saisir d'une question de préimplication pour la première fois dans l'arrêt 2P.122/2000 du 6 novembre 2000. Il n'a à cette occasion pas approfondi le sujet dès lors que les documents qui avaient été fournis par un soumissionnaire afin de préparer l'appel d'offres avaient été remis à tous les soumissionnaires qui en avaient profité. Dans l'arrêt 2P.152/2002 du 12 décembre 2002, le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation de se récuser d'un membre de l'entité adjudicatrice qui avait déposé une offre dans le marché en cause en application de l'art. 29 al. 1 Cst. (loc. cit., consid. 2). Dans l'arrêt 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, le Tribunal fédéral a ébauché une définition de la notion de préimplication sous l'angle du droit à l'égalité de l'art. 8 Cst. en se fondant essentiellement sur les développements de la doctrine, après avoir constaté qu'aucune disposition de l'accord OMC conclu à Marrakech le 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422), de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68), de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les
marchés publics (OMP; RS 172.056.11), de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP; RO 2003 196) ou de la loi valaisanne sur les marchés publics du 23 juin 1998 (dans sa teneur en vigueur jusqu'en 2003) ne traitait du sujet. Dans l'arrêt 2P.146/2006 du 8 novembre 2006, après avoir jugé que la disposition de droit cantonal relative à la préimplication ne réglait pas la question de l'accès au marché public de l'entreprise qui fournissait déjà à la collectivité publique le service faisant l'objet de l'appel d'offres, le Tribunal fédéral a une nouvelle fois examiné la cause sous l'angle de l'art. 8 Cst. Il ne s'est par conséquent pas prononcé librement sur la préimplication et les conséquences qui s'ensuivent, de sorte qu'un recours sur le sujet poserait bien des questions juridiques de principe. Encore faut-il que le Tribunal fédéral soit autorisé à procéder à l'examen de ces questions, ce qu'il convient d'examiner ici.

2.1.4 Les recourants se plaignent de la violation de l'accord intercantonal sur les marchés publics, tandis que l'instance précédente a fondé son arrêt sur l'art. 7 RLMP/VD.

Selon les principes généraux du droit, le droit intercantonal l'emporte sur le droit de chacun des cantons qui a ratifié l'instrument intercantonal (ATF 100 Ia 418 consid. 4 p. 423 et les références citées), de sorte qu'un canton ne peut en principe pas se soustraire à ses obligations intercantonales en invoquant son droit cantonal. Le droit intercantonal est en revanche soumis à la primauté du droit fédéral ancrée à l'art. 49 Cst. (PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, in Droit constitutionnel suisse, Thürer/Aubert/Müller Ed., Zurich 2001, p. 443, 452, n°34 ss, 36). Enfin, le droit intercantonal n'a de force dérogatoire à l'égard du droit cantonal contraire que si les dispositions intercantonales en cause sont suffisamment précises (self-executing) pour être directement applicables (PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, n°9 ad art. 189). Lorsqu'en revanche, elles ne fondent des droits et des obligations qu'à l'égard des cantons parties à l'accord, à l'exclusion des particuliers, le droit cantonal contraire reste dûment applicable (HÄNNI, op. cit., p. 452 n°37).

Comme les recourants affirment en préambule de leur mémoire de recours et à bon droit (cf. consid. 2.1.3

ci-dessus: arrêt 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, consid. 3.2) que l'accord intercantonal sur les marchés publics ne contient aucune disposition explicite relative à la préimplication, ce dernier ne saurait revêtir de force dérogatoire à l'égard du droit cantonal sur cette question. Même à supposer que l'accord intercantonal contienne des dispositions "self-executing" sur ce point, ce qui n'est pas le cas, il faudrait encore démontrer, ce que les recourants n'ont pas fait, que l'art. 7 al. 1 RLMP/VD, selon lequel "les membres des autorités adjudicatrices, les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics ne peuvent présenter d'offre", serait contraire à l'accord intercantonal, alors même qu'il correspond au contenu du § 8 des Directives pour l'exécution (DEMP) de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 établies en application de l'art. 3 AIMP. L'accord intercantonal sur les marchés publics ne contenant pas de disposition directement applicable en matière de préimplication, il est exclu d'invalider les dispositions de l'art. 7 al. 1 RLMP/VD en
invoquant une violation du droit intercantonal.

2.2 Il n'y a par conséquent aucune question juridique de principe dont le Tribunal fédéral puisse se saisir qui ouvre le recours en matière de droit public. Celui-ci est par conséquent irrecevable.

2.3 Seule reste ouverte par conséquent la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF), pour application contraire aux droits constitutionnels du droit cantonal (art. 116 LTF) conformément aux exigences de motivation prévues par l'art. 106 al. 2 LTF (cf. art. 117 LTF).

3.
Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., les recourants se plaignent de la violation de leur droit d'être entendus.

3.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10), de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282).

3.2 Selon les recourants, l'instance précédente aurait considéré comme établis les faits suivants: "L'appel d'offres et les cahiers des charges (CdCtech et CdCadm) du marché ont, certes, été rédigés par la CADES. E._____ y a cependant participé de manière active. Il a notamment assisté à toutes les séances ayant trait aux aspects techniques que ni les représentants de la CADES ni ceux de X._____ ne maîtrisaient." Selon eux, ces faits ne ressortent pas de la procédure cantonale. S'ils avaient su que l'instance précédente entendait se fonder sur de tels faits ils auraient demandé l'audition de tous les représentants concernés de la CADES et de X._____.

3.3 Ce grief doit être rejeté. En effet, dans la partie en fait de l'arrêt attaqué, l'instance précédente a rappelé qu'elle avait tenu une audience le 17 novembre 2010, durant laquelle elle avait recueilli les explications des représentants des parties, toutes assistées de mandataires professionnels, et notamment celles de H._____, directeur de la CADES et de E._____. Or, la phrase qui contient les affirmations contestées par les recourants consiste en substance en une citation du contenu du procès-verbal de l'audience du 17 novembre 2010 (p. 2 du procès-verbal) qui reprend les déclarations formulées en audience. Ces déclarations n'ont fait l'objet d'aucune contestation immédiate des parties assistant à l'audience. Comme toutes les parties étaient assistées de mandataires professionnels, on ne saurait reprocher à l'instance précédente, comme le soutiennent à tort les recourants, d'avoir violé leur droit d'être entendues en tenant pour établis les faits résultant des déclarations orales, reproduites dans le procès-verbal de l'audience, d'autant moins d'ailleurs qu'aucune des parties ne soutient avoir été empêchée de s'exprimer.

Dans ces conditions, l'instance précédente pouvait sans violer le droit d'être entendus des recourants retenir que E._____ avait participé de manière active à la rédaction de l'appel d'offres en assistant à toutes les séances ayant trait aux aspects techniques que ni les représentants de la CADES ni ceux de X._____ ne

maîtrisaient et en déduire que F._____ SA avait un rapport étroit avec le marché en cause par rapport aux concurrents éventuels. Il importe peu à cet égard que MM. S._____ et T._____, qui étaient les interlocuteurs de la CADES au sein des établissements recourants, n'aient eu aucun rapport avec F._____ SA.

4.
Les recourants soutiennent que l'instance précédente a appliqué l'accord intercantonal sur les marchés publics, la loi cantonale sur les marchés publics et, en particulier, l'art. 7 RLMP/VD de manière illégale et arbitraire.

4.1 La qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire suppose un "intérêt juridique" à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115 let. b LTF), dont les recourants, qui ne peuvent déduire aucun droit de l'accord intercantonal sur les marchés publics (cf. consid. 2.1.4), ne disposent pas en l'espèce. Par conséquent, ils n'ont pas qualité pour se plaindre de l'application arbitraire de cet accord en matière de préimplication par la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

4.2 En revanche, dans leur mémoire de recours en matière de droit public, les recourants ont exposé la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les questions de préimplication rendue en application du droit à l'égalité ancré à l'art. 8 Cst. (cf. consid. 2.1.3 ci-dessus) et en quoi, concrètement, l'arrêt rendu par l'instance précédente violerait les principes qui y sont établis, de sorte qu'il y a lieu de considérer que leurs allégations constituent un grief de violation de l'art. 8 Cst. suffisamment motivé au regard des exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (art. 117 LTF).

4.3 Selon la jurisprudence rendue en application de l'art. 8 Cst., un arrêté de portée générale viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente; cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante et que la question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes, le législateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes et de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 135 I 130 consid. 6.2 p. 137).

4.4 Il résulte de cette jurisprudence que l'art. 8 Cst. n'interdit pas aux cantons en matière de préimplication de choisir une solution plus stricte qui écarte la nécessité de démontrer l'existence d'un avantage concurrentiel ainsi que la possibilité éventuelle de compenser un tel avantage. Une solution aussi stricte entre encore dans le large pouvoir d'appréciation dévolu aux cantons par l'art. 8 Cst., notamment aussi parce qu'elle est précisément prônée par le paragraphe 8 DEMP. Le grief doit par conséquent être rejeté.

5.
Invoquant les art. 26 et 5 al. 2 Cst., les recourants soutiennent enfin que l'arrêt attaqué restreint de manière disproportionnée la garantie de la propriété.

5.1 Les recourants n'exposent pas concrètement en quoi, en tant que pouvoir adjudicateur, l'exclusion de F._____ SA porterait atteinte à la garantie de la propriété. Ne répondant pas aux exigences de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF, ce grief est irrecevable. Pour le surplus, à part les restrictions des droits fondamentaux (art. 36 al. 3 Cst.), le Tribunal fédéral n'intervient en cas de violation du principe de proportionnalité que si la mesure de droit cantonal est manifestement disproportionnée et qu'elle viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire, du moment que les cantons disposent d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'ils légifèrent (ATF 134 I 153 consid. 4. 2 p. 175 ss).

5.2 En l'espèce, il a été jugé que l'art. 8 Cst. n'interdit pas aux cantons de choisir une solution plus stricte en matière de préimplication que ce qui résulte de la jurisprudence rendue en application du droit à l'égalité (cf. consid. 4 ci-dessus). Il s'ensuit, pour autant que le grief des recourants, largement appellatoire sur ce point, réponde aux exigences de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF, que l'art. 7 al. 1 RLMP/VD n'est pas non plus ma-

nifestement arbitraire puisque la protection de l'égalité (art. 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées en ce sens que l'inégalité de traitement apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 129 I 1 consid. 3 p. 3).

6.
Enfin, les recourants allèguent que l'exclusion de F._____ SA ne repose sur aucune base légale. Ils perdent de vue que l'instance précédente a fait application de l'art. 7 RLMP/VD (arrêt attaqué, consid. 5b in fine) et n'exposent pas concrètement en quoi, en jugeant que F._____ SA était préimpliquée en raison de la participation active de E._____ à la rédaction du cahier des charges et des participations croisées entre X._____ et celle-ci, l'instance précédente aurait appliqué arbitrairement l'art. 7 al. 1 RLMP au cas d'espèce.

7.
Les considérants qui précèdent conduisent à déclarer irrecevable le recours en matière de droit public. Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant les recourants, dont l'intérêt patrimonial est en cause, doivent supporter un émolument judiciaire (art. 66 al. 1 et 4 LTF), n'ont pas droit à des dépens et verseront une indemnité de dépens à la société Y._____ SA (art. 68 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.
Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge des recourants.

4.
Une indemnité de dépens de 3'000 fr. à charge des recourants est allouée à la société Y._____ SA.

5.
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des recourants et de l'intimée et à la Cour de droit administratif et public au Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 1er septembre 2011

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey