

# VD\_OMNI MPU.2016.0018 vom 23. Dezember 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-12-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2016.0018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0018)

FR: VD\_OMNI MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016

IT: VD\_OMNI MPU.2016.0018 del 23 dicembre 2016

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/EVAM, Etablissement vaudois d'accueil des migrants, B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Admission du recours contre deux décisions d'adjudication et renvoi pour nouvelles décisions dans le sens des considérants pour les deux motifs suivants: 1. L'adjudicateur avait établi une tablelle contenant 58 éléments concernant le sous-critère de la formation; pour chaque élément rempli, il a attribué un point; la note dépendait du nombre de points atteints. L'attribution des points n'a pas pu être retracée (consid. 6). 2. Concernant le sous-critère du recrutement, le dossier d'appel d'offres prévoyait la présentation d'une seule page. Un adjudicataire avait présenté plusieurs pages pour ce sous-critère. L'adjudicateur affirme n'avoir tenu compte que d'une seule page. Dans cette mesure il ne s'explique toutefois pas l'attribution de la note maximale à cet adjudicataire (consid. 7). Les autres griefs par rapport à la notation du critère des références (consid. 5) et de l'importance de l'entreprise et de son chiffre d'affaires (consid. 3) ainsi que le reproche d'une modification illégale des prix (consid. 4) sont infondés. Il n'est pas arbitraire d'attribuer la note maximale pour le critère des références à tous les soumissionnaires avec une seule expérience de plus de cinq ans dans le domaine, même s'il fallait fournir trois références et que les deux autres références sont moins pertinentes. Il n'est pas interdit de présenter comme référence un marché conclu avec l'adjudicateur. Répartition des frais judiciaires entre un adjudicataire et l'adjudicateur et dépens à la charge de ce dernier (consid. 8b).

## Erwägungen

### E. 1

a) Déposé dans les délai et formes prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01] et art. 19, 20 et 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]), le recours est recevable. b) Il convient encore d'examiner si la recourante, classée troisième selon la grille d'évaluation tant pour le lot Est que pour le lot Ouest, a la qualité pour recourir selon l'art. 75 LPA-VD. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'application de l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A ce défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D\_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2D\_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2; 2C\_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 1.2). A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer (ATF 140 I 285 consid. 1.1.2 p. 289 s.; TF 2C\_634/2008 du 11 mars 2009 consid. 1.3). En outre, contrairement à ce que la recourante semble laisser entendre, 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 14 consid. 4.5). Dans le cadre de la procédure cantonale, la qualité pour recourir doit respecter les exigences minimales de l'art. 89 LTF (ATF 141 II 307 consid. 6; CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). Le Tribunal fédéral, en application des principes rappelés ci-dessus, a retenu l'intérêt juridique du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D\_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (TF 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). L'écart entre la notation de l'offre de la recourante et celle des adjudicataires n'est pas importante, la recourante ayant reçu, comme exposé, une note globale de 4,28 pour le lot Est et de 4,23 pour le lot Ouest, tandis que B.\_\_\_\_\_ a obtenu une note globale de 4,399, respectivement de 4,42, et C.\_\_\_\_\_ de 4,397, respectivement de 4,41. De plus, bien que B.\_\_\_\_\_ ait à chaque fois été la mieux notée, le lot Ouest a été octroyé, en application du ch. 3.18 DAO (cf. ci-dessus let. C/a), à la deuxième classée C.\_\_\_\_\_. Pour le reste, deux des griefs de la recourante tendent à exclure les offres de C.\_\_\_\_\_ (cf. ci-après consid. 3 et 4); dans une telle hypothèse, les offres de la recourante auraient été classées en deuxième position ce qui lui aurait permis l'adjudication du marché pour un des deux lots en question selon le ch. 3.18 DAO précité. Dans ces circonstances, il convient de reconnaître à la recourante la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication en faveur de C.\_\_\_\_\_ (cf. CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2 in fine). Vu les écarts minimes des notes globales des trois soumissionnaires précités, la recourante a également un intérêt digne de protection pour recourir contre la décision d'adjudication en faveur de B.\_\_\_\_\_ (cf. TF 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1).

## **E. 2**

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. a) Le tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3; MPU.2015.0056 du 29 février 2016 consid. 2; MPU.2009.0018 du 23 avril 2010, consid. 2; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a). b) En revanche, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; TF 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP; RSV 726.91; cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine; 140 I 285 consid. 4.1; TF 2D\_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2) que par l'art. 98 LPA-VD (Bovay/Blanchard/Grisel Rapin, Procédure administrative vaudoise, 2012, n° 2.2.1 ad art. 98 LPA/VD, p. 445), applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (TF 2D\_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2; 2P.146/2001 du 6 mai 2002 consid. 4.2), ce qui, en pratique, peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 avec renvoi à Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 420 p. 269; au

sujet de la notion d'arbitraire, cf. ATF 137 I 1 consid. 2.4; 133 I 149 consid. 3.1). Pour le surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché comme il l'entend. Le tribunal n'a pas à se substituer à lui, car il s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication; il laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (cf. arrêt de l'ancien Tribunal administratif vaudois GE.2006.0151 du 18 janvier 2007 consid. 2b/aa et les arrêts cités). c) Si le pouvoir d'examen du tribunal par rapport à l'appréciation est limitée, il n'empêche que le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit pouvoir être retracée (CDAP MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 4a et les arrêts cités). Certes, la communication aux soumissionnaires potentiels des méthodes d'évaluation préalablement au dépôt des offres n'est imposée ni par la loi ni par le règlement, exception faite de celle relative au critère du prix (art. 13 al. 1 let. 1 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, du 7 juillet 2004 [RLMP-VD; RSV 726.01.1]). Néanmoins, elles doivent obligatoirement être arrêtées avant le retour des offres pour chacun des critères (art. 37 al. 4 RLMP-VD). Cette obligation découle du principe de transparence et permet de prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur une fois les offres reçues (cf. Poltier, op. cit., n. 333, p. 209). En outre, le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'une grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères, par exemple une échelle de notes ou une matrice de calcul, ne doivent pas nécessairement être portés à la connaissance préalable des soumissionnaires, sous réserve toujours de l'abus ou de l'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 4.1; TF 2P\_6/2006 du 31 mai 2006 consid. 4.1; 2D\_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.1; 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 et les références citées). Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents, ou non, au critère publié, ou encore, relèvent d'une grille d'évaluation de sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1; TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3; 2P.188/2003 du 1<sup>er</sup> décembre 2003 consid. 3.3). Concernant plus particulièrement l'échelle de notation qui participe de la méthode d'évaluation retenue par le pouvoir adjudicateur, il s'agit d'un outil lui permettant de traduire en chiffres les appréciations qualitatives qu'il a portées sur les offres soumises pour chacun des critères préalablement posés (cf. Poltier, op. cit., n. 333 ss, p. 209 s.). à l'instar de ce qui prévaut en matière de fixation des critères d'adjudication, de leur ordre d'importance ou encore de leur pondération (CDAP MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 consid. 3a), l'échelle de notation doit être arrêtée avant le dépôt des offres et ne saurait être modifiée postérieurement, au risque de consacrer une violation du principe de transparence (pour un exemple en ce sens, cf. CDAP MPU.2015.0012 précité consid. 4 et 5). Il va de soi qu'elle doit de plus être suffisamment précise, afin d'éviter tout risque de manipulation. À défaut, il suffirait au pouvoir adjudicateur d'établir une échelle de notation si vague qu'il lui serait ensuite loisible de favoriser l'une ou l'autre des offres au moment de l'évaluation, sans que l'on puisse cependant lui reprocher de n'avoir pas respecté l'échelle préalablement définie. Le fait qu'aucune échelle de notation ni autre aide à la notation établissant une méthode d'évaluation critère par critère n'a été arrêtée préalablement au retour des offres et sur la

base des attentes du pouvoir adjudicateur, contrairement à ce que prescrit expressément l'art. 37 al. 4 RLMP-VD, constitue une violation du principe de transparence. Toutefois, de jurisprudence constante, une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (CDAP MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b/bb et cc; MPU.2015.0034 du 11 août 2015 consid. 3c). Tel n'est pas le cas si l'autorité adjudicatrice n'a pas excédé ni abusé de son large pouvoir d'appréciation et qu'aucun élément ne permet de la soupçonner d'avoir procédé à une évaluation qui favoriserait un soumissionnaire (CDAP MPU.2015.0040 précité consid. 6b/cc).

### **E. 3**

a) La recourante critique en premier lieu la note de 2 attribuée à C. \_\_\_\_\_ s'agissant du critère d'aptitude de l' "Organisation et importance de l'entreprise". Elle fait valoir que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur a considéré que C. \_\_\_\_\_ remplissait les critères d'aptitude et qu'elle a retenu son offre pour la phase d'adjudication. Pour elle, il est probable que les chiffres d'affaires déterminants n'ont été arrêtés qu'après le dépôt des offres, de sorte que le pouvoir adjudicateur les a fixés en connaissant les chiffres d'affaires annuels des soumissionnaires, ce qui n'était pas compatible avec les principes d'égalité et de transparence. Elle estime qu'en procédant ainsi, le pouvoir adjudicateur a en effet pu avantager certains, en les laissant en course, alors qu'un seuil plus élevé aurait dû conduire à leur exclusion. La recourante allègue que le volume annuel du lot le plus important, soit le lot Ouest, s'élevait à environ 7 millions de francs. En application du tableau des éléments d'appréciation, la note 1 n'était dès lors atteinte qu'avec un chiffre d'affaires d'au moins 14 millions, c'est-à-dire de plus de 2 fois le volume annuel du lot en question, et la note 3 avec un chiffre d'affaires d'au moins 21 millions. Selon elle, C. \_\_\_\_\_ n'aurait pas réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 14 millions de francs l'année précédente et encore moins apporté de preuve à ce sujet. C. \_\_\_\_\_ aurait ainsi dû recevoir la note 0 ou 1 pour le critère d'aptitude de l' "Organisation et importance de l'entreprise" à la place de la note 2. Elle aurait dès lors dû être écartée selon ch. 4.17 DAO (cf. ci-dessus let. C.c in fine ), puisque pour un des critères d'aptitude elle n'aurait pas obtenu au moins la note 2. b) Concernant les deux lots Est et Ouest, la recourante et B. \_\_\_\_\_ ont obtenu chacune la note 5 pour le critère d'aptitude de l' "Organisation et importance de l'entreprise", tandis que C. \_\_\_\_\_ a reçu la note 2. Aux termes de l'art. 24 RLMP-VD, l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires (al. 1). Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (al. 2). L'adjudicateur ne demande que les preuves nécessaires à l'évaluation des offres (al. 3). Selon le dossier d'appel d'offres (cf. notamment le tableau des éléments d'appréciation), il était requis comme documents ou moyens d'analyse, pour le critère d'aptitude de l' "Organisation et importance de l'entreprise", la "présentation de l'organigramme de l'entreprise et du chiffre d'affaires annuel". L'annexe Q2, à laquelle renvoie le tableau pour ce critère, exige (uniquement) la production de l'organigramme de l'organisation interne du soumissionnaire avec désignation notamment des domaines d'activités, des différents secteurs et des personnes responsables. Selon le tableau des éléments d'appréciation, la note 0 est prévue, par rapport audit critère d'aptitude, pour le candidat qui n'a pas fourni les éléments d'appréciation requis et la meilleure note 5 est donnée lorsque le chiffre d'affaires de l'année précédente correspond à plus de 5 fois le volume annuel du lot le plus important soumis à l'appel d'offres. La note 3 est attribuée

lorsque le chiffre d'affaires de l'année précédente correspond à plus de 3 fois le volume annuel du lot le plus important soumis à l'appel d'offres, tandis que la note 4 est prévue en cas d' "hésitation" entre les notes 3 et 5. Quant à la note 1, elle est attribuée lorsque le chiffre d'affaires de l'année précédente correspond à plus de 2 fois le volume annuel du lot le plus important soumis à l'appel d'offres. Enfin, la note 2 est prévue en cas d' "hésitation" entre les notes 1 et 3. c) Avec son offre initiale déposée dans le délai imparti au 9 mai 2016, C.\_\_\_\_\_ a annoncé pour l'année 2015 un chiffre d'affaires de 16,1 millions de francs. La recourante a également indiqué son chiffre d'affaires, qui dépasse pour sa part largement plus de 5 fois le volume annuel du lot le plus important soumis à l'appel d'offres aa) Il ne saurait être fait grief à C.\_\_\_\_\_ de ne pas avoir apporté la "preuve" de son chiffre d'affaires. D'une part, si on voulait admettre un tel reproche, il devrait alors aussi être adressé à la recourante qui n'a pas non plus produit de preuve de son chiffre d'affaires pour l'année 2015, de sorte qu'on s'étonne même que la recourante formule un tel grief. D'autre part, selon le tableau des éléments d'appréciation, l'adjudicateur n'avait pas requis des preuves concernant le chiffre d'affaires, mais avait uniquement demandé, sous le titre "document requis ou moyens d'analyse", la "présentation de l'organigramme de l'entreprise et du chiffre d'affaires annuel". Il serait donc faux de faire grief à un soumissionnaire de ne pas avoir produit une telle preuve (cf. aussi CDAP MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a). L'adjudicateur relève par ailleurs, à juste titre, dans sa réponse au recours (p. 9), que tous les concurrents sont au bénéfice d'une autorisation d'exploiter une entreprise de sécurité privée, ce qui implique un certain nombre de charges et une certaine crédibilité des responsables assermentés. Les soumissionnaires ont aussi signé avec leur dossier d'offres une déclaration d'engagement sur l'honneur. S'ajoute à cela que C.\_\_\_\_\_ a depuis plusieurs années déjà pour tâche, en plus d'autres marchés, la surveillance des sites du lot Ouest de l'EVAM, ce qui génère un revenu important et ne laisse donc pas apparaître le chiffre d'affaires indiqué comme fantaisiste. L'EVAM voulait explicitement les chiffres de l'année 2015 et il s'est basé sur les chiffres indiqués par les soumissionnaires dans le délai précité. Le reproche de la recourante selon lequel les seuils de chiffres d'affaires n'avaient été arrêtés qu'après le dépôt des offres, de sorte que le pouvoir adjudicateur les avaient fixés en connaissant les chiffres d'affaires annuels des soumissionnaires et ainsi pu avantager certains soumissionnaires, ce qui violait les principes de transparence et d'égalité de traitement, est donc sans fondement. bb) En reprenant les chiffres estimés par l'EVAM avant de lancer son appel d'offres (volume annuel de 6,1 millions de francs du lot Ouest comme lot le plus important), les limites se situaient à 18'300'000 fr. pour la note 3 et à 12'200'000 fr. pour la note 1 (cf. p. 8/9 de la réponse au recours de l'EVAM). L'attribution de la note 2 à C.\_\_\_\_\_ avec un chiffre d'affaires en 2015 (de 16,1 millions de francs) se situant entre ces deux derniers chiffres, voire même plus proche du chiffre le plus élevé des deux, ne porte dans cette mesure pas le flanc à la critique. Le terme "Hésitation entre 1 et 3" pour octroyer la note 2 ne veut pas nécessairement dire que seul des cas où un candidat se trouve extrêmement proche du montant-limite pour la note 3, puisse justifier la note 2. Il est concevable d'inclure dans la note 2 une fourchette plus large pour des soumissionnaires présentant un chiffre d'affaires se trouvant entre les montant-limites pour les notes 1 et 3. cc) On peut toutefois encore se demander si l'EVAM était autorisé à retenir le chiffre estimé à 6,1 millions de francs comme volume annuel. Ni le dossier d'appel d'offres, ni un quelconque règlement applicable n'indiquent sur quelle base il faut fixer le "volume annuel" évoqué dans le tableau des éléments d'appréciation et l'EVAM ne précise pas non plus les réflexions qui l'ont mené à son estimation. La recourante est d'avis qu'il fallait retenir le

chiffre de 7 millions de francs comme volume annuel. Elle parvient à ce résultat en se basant sur le montant pour le lot Ouest de l'offre initiale de C. \_\_\_\_\_ de 537'108 francs. Vu que ce montant se réfère à quatre semaines (cf. ch. 2.3 et 4.7 DAO, critère prix; cf. ci-dessus let. C.c et C.e), elle a procédé au calcul suivant:  $(537'108 \text{ fr.} / 4 \text{ semaines}) \times 52 \text{ semaines} = 6'982'404 \text{ fr.}$  (cf. p.

#### E. 4

a) La recourante reproche en outre à C. \_\_\_\_\_ d'avoir modifié ses tarifs horaires à l'occasion du complément d'offres que l'EVAM avait demandé à tous les soumissionnaires après l'échéance du délai de dépôt (cf. ci-dessus let. E), ce qui aurait dû conduire à son exclusion. Elle évoque également la possibilité que d'autres soumissionnaires aient modifié le nombre d'heures à l'occasion du complément d'offres sans que l'EVAM n'ait vérifié cela. En comparant l'incomparable, l'EVAM aurait fait preuve d'arbitraire. La recourante se réfère notamment à l'art. 32 al. 1, 2 e tiret let. a, RLMP-VD. Selon cette disposition, une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (cf. le principe de l'intangibilité des offres). La recourante fonde son reproche sur la constatation que le prix offert par C. \_\_\_\_\_ dans ses offres modifiées n'avait pas réduit dans la même proportion que celui des autres soumissionnaires. S'agissant du lot Ouest, la différence s'élevait à 9% pour elle et B. \_\_\_\_\_ et à 5% pour C. \_\_\_\_\_. En ce qui concerne le lot Est, elle était de 7% pour elle et B. \_\_\_\_\_ et de 9% pour C. \_\_\_\_\_. Selon les calculs de la recourante, C. \_\_\_\_\_ aurait ainsi augmenté son tarif horaire de 51,31 fr. à 53,46 fr. pour le lot Ouest et baissé son tarif horaire de 54,22 fr. à 53,46 fr. pour le lot Est. b) Après vérification des différentes offres (en particulier des annexes R1), il doit être retenu que les trois soumissionnaires participant à la présente procédure judiciaire n'ont pas changé leur tarif horaire, ni pour le lot Ouest, ni pour le lot Est, à l'occasion de l'ajustement sur la base des documents "Répartition des heures" datés du 12 mai 2016 (cf. ci-dessus let. E). Pour le reste, les trois soumissionnaires avaient retenu dans leurs offres initiales plusieurs centaines d'heures au titre de "Remplacement" ou "Services supplémentaires", position qui ne figure plus dans leurs offres ajustées. Ils se sont tous conformés aux documents de "Répartition des heures" du 12 mai 2016 en retenant pour chaque site les heures que l'EVAM y avait indiquées. Ainsi, par rapport au lot Ouest, C. \_\_\_\_\_ a augmenté uniquement le nombre d'heures pour le site de structure de jour de Crissier. Quant à la recourante et B. \_\_\_\_\_, elles n'ont pas modifié le nombre d'heures pour ce site, mais elles l'ont augmenté de manière conséquente pour le foyer de Montagny et la recourante l'a encore baissé, toutefois dans une mesure nettement moindre, pour les sites de structure de jour de Prilly et Nyon. Cela explique les réductions des montants totaux à des pourcentages différents selon les soumissionnaires. Les explications qui précèdent valent dans une mesure analogue pour le lot Est, sans qu'il n'apparaisse nécessaire d'indiquer plus de détails. C. \_\_\_\_\_ avait biffé le poste "Services supplémentaires" et augmenté le nombre d'heures pour les sites de Vennesses et Boveresse pour se conformer au nouveau document "Répartition des heures" de l'EVAM du 12 mai 2016. Quant à la recourante, elle a biffé le poste "Remplacement". Toutes les modifications étaient dues aux imprécisions de l'EVAM qui avaient mené les soumissionnaires à des interprétations en partie divergentes avec des nombres d'heures inégaux (cf. aussi les indications de la recourante à ce sujet sur les documents R1 de son offre originale et les explications de C. \_\_\_\_\_ aux p. 8/9 de sa réponse au recours du 13 juillet 2016). La recourante a pris en compte environ 10'450 heures dans son offre initiale pour le lot Ouest, alors que

C.\_\_\_\_\_ se basait sur environ 10'050 heures. Ces problèmes ont été réglés par l'ajustement des offres suite au courriel de l'EVAM du 13 mai 2016 et l'indication précise des horaires selon son document de "Répartition des heures" du jour précédent, avec notamment 9'536 heures pour le lot Ouest (cf. aussi ci-dessus let. E). Les offres ajustées des adjudicataires ne prêtent pas le flanc à la critique. Par ailleurs, aucun soumissionnaire ne s'était opposé à la manière de procéder de l'EVAM pour en arriver à l'ajustement des offres, de sorte qu'il n'y a pas non plus lieu de remettre en cause cette manière de procéder (cf. aussi ATF 141 II 353 consid. 6; CDAP MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4; Poltier, op. cit., n. 349, p. 218/219), même si elle a compliqué la procédure et occasionné le présent grief. Eu égard à la manière de procéder de l'EVAM, il ne peut en particulier pas non plus être question d'une violation de l'interdiction de négociations selon l'art. 35 RLMP-VD, grief que la recourante n'a par ailleurs pas soulevé dans son acte de recours. L'argument de la recourante selon lequel elle et B.\_\_\_\_\_ avaient modifié leurs offres dans la même proportion au contraire de C.\_\_\_\_\_, ce qui démontrait que cette dernière avait changé ses prix, tombe à faux. D'une part, les modifications des prix finaux de la recourante et de B.\_\_\_\_\_ sont certes d'un ordre de grandeur similaire, mais elles ne sont pas identiques. On relèvera encore que les offres des deux autres soumissionnaires, qui ne sont pas parties à la présente procédure, ne se sont pas non plus modifiées dans les mêmes proportions que celles de la recourante (cf. notations finales des deux lots). D'autre part, alors que les prix finaux de la recourante et de B.\_\_\_\_\_ pour le lot Ouest ont baissé de plus de 50'000 fr. à l'occasion du réajustement, celui de C.\_\_\_\_\_ s'est réduit de moins de 30'000 francs. Si cette dernière avait voulu procéder à un changement de prix lors du réajustement des offres pour s'assurer le marché, on aurait pu s'attendre à ce qu'elle baisse son prix final au moins du même montant que ses concurrents directs. Les allégations de la recourante sont donc, vu le dossier et ce qui vient d'être exposé, dépourvues de tout fondement. Le reproche d'une modification illicite des tarifs par C.\_\_\_\_\_ doit dès lors être rejeté.

## **E. 5**

a) La recourante se plaint également que l'EVAM a attribué la note 5 à tous les soumissionnaires pour le critère de "Quantité et qualité des références". Selon elle, C.\_\_\_\_\_ n'était pas en mesure de présenter suffisamment de références dans le domaine de l'asile et n'aurait donc pas dû obtenir la note 5. b) Au ch. 4.7 du dossier d'appel d'offres, étaient indiqués les (trois) critères d'adjudication et leur pondération, dont celui de l'"Expérience du soumissionnaire dans le domaine de l'asile" avec un poids de 20%. Le tableau des éléments d'appréciation retient, sous le titre "Expérience du soumissionnaire dans le domaine de l'asile et de la migration", au sujet du critère de la "Quantité et qualité des références" qu'il doit y avoir une "liste des références si possible récentes (moins de 11 ans), achevées ou en cours d'achèvement, effectuées par le soumissionnaire, en rapport ou équivalentes en importance et complexité avec le marché à adjuger, avec désignation de l'objet, du lieu d'exécution, des dates de début et de fin d'exécution, du nom du client ou de sa raison sociale". La note 5 correspond à une "expérience pertinente totale dans le domaine de 5 à 10 ans", la note 4 à une telle expérience de 3 à 5 ans, la note 3 à une telle expérience de 1 à 3 ans, la note 2 à une telle expérience de moins d'un an et la note 1 à aucune expérience dans le domaine. Selon l'annexe Q8 du dossier d'appel d'offres, qui concerne les "Références", le soumissionnaire "doit fournir 3 références, si possible et au maximum" qui, d'une part, sont en rapport avec le type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, qui, d'autre part, démontrent l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter et qui, enfin, reflètent le même type d'organisation

exigée pour le marché à exécuter. En plus du nom du client, il est notamment exigé l'indication du "nom de l'objet ou du projet" et du "lieu d'exécution de l'objet ou du projet".

c) Tous les soumissionnaires ont fourni trois références. C. \_\_\_\_\_ s'est référé, d'une part, à son mandat depuis 2010 pour l'EVAM et, d'autre part, à deux activités de surveillance de campus d'instituts internationaux de formation dont elle est chargée depuis neuf, respectivement quatorze ans. Dans cette mesure, il est vrai que ces deux dernières activités n'ont pas trait au domaine de l'asile et à celui de la migration uniquement dans la mesure où les étudiants des campus en question proviennent dans une large mesure de différents pays. On peut donc se demander si ces deux mandats sont comparables au marché en question. Comme évoqué, il s'agit toutefois de sites fréquentés par beaucoup de personnes issues de la migration et leurs étudiants logent aussi en grande partie sur ces sites comme dans les foyers d'asile gérés par l'EVAM, même si les conditions ne sont pas identiques. Quant au mandat pour l'EVAM depuis 2010, celui-ci représente incontestablement une expérience pertinente qui dépasse tout juste une durée de cinq ans. Même s'il s'agit de l'adjudicateur, il n'est pas interdit qu'un soumissionnaire fasse valoir cette référence. En ce qui concerne la recourante, celle-ci s'est référée à deux mandats pour des autorités cantonales de migration depuis décembre 2008 et janvier 2012 et à un mandat pour le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) depuis 1990. A première vue, ces mandats pour des autorités de migration semblent être plus pertinents que les deux de C. \_\_\_\_\_ sur des campus. Cependant, comme le relève à juste titre l'EVAM, les indications du nom et du lieu d'exécution du projet par rapport au mandat cantonal exercé depuis 2012 sont vagues, puisque la recourante, contrairement à ses concurrents, y a inscrit uniquement "divers objets" et "divers sites", de sorte qu'on ignore notamment s'il s'agit de bureau, de foyer etc. L'EVAM a donc considéré cette référence comme peu pertinente et on pourrait même se demander si elle peut être retenue faute d'indications de l'objet et du lieu. Quant au mandat cantonal exercé depuis décembre 2008, celui-ci se limite, selon les déclarations de la recourante sur le formulaire annexe Q8, à un mandat "selon demande, en renfort" et ne correspond ainsi pas exactement aux prestations demandées par l'EVAM. Quant aux quatre autres sites indiqués pour ce même canton, les activités de la recourante qui ne semblent pas se limiter à une demande en renfort n'ont débuté que fin octobre 2014 pour le premier site, puis en juillet et septembre 2015, respectivement en janvier 2016 pour les trois autres sites; l'expérience n'est donc que brève et n'atteint pas la complexité des marchés en question, ce qui ressort aussi du montant du marché exécuté bien plus bas pour la référence indiquée. Quant à B. \_\_\_\_\_, deux des références indiquées concernent le service de loge et de surveillance extérieure d'un établissement pénitencier et le contrôle des accès, la fouille de véhicules, de bagages et de personnes dans un aéroport. Dans ce cadre, il peut également y avoir des relations avec des personnes issues de l'asile et de la migration, mais les prestations ne correspondent que partiellement à celles demandées par l'EVAM. La troisième référence exercée depuis douze ans par B. \_\_\_\_\_ dans le domaine de l'asile d'un canton doit être qualifiée de pertinente. Vu ce qui précède, il n'est pas arbitraire que l'EVAM ait retenu que les trois soumissionnaires avaient présenté des dossiers équivalents sur le plan des références et qu'il leur ait attribué la même note, puisque tous bénéficiaient d'une expérience de plus de cinq ans dans le domaine pour une référence indiquée. S'il fallait procéder à un réajustement, la recourante ne pourrait pas prétendre une note supérieure à celle de ses deux concurrents, puisque ses deux autres références ne sont pas suffisamment complètes (la référence des services de sécurité depuis 2012), respectivement ne sont (partiellement) pertinentes que depuis moins de deux ans. De plus, il n'est pas

arbitraire d'attribuer la note maximale à un candidat qui présente une seule référence qui remplit toutes les exigences, même si ce n'est pas le cas pour les autres références produites. Avec une référence pertinente, l'expérience requise peut être démontrée. Le DAO et notamment le tableau des éléments d'appréciation ainsi que l'annexe Q8 ne prévoient pas de manière sans équivoque que la note maximale ne puisse être attribuée qu'aux candidats présentant trois références remplissant les exigences maximales. L'EVAM n'a d'ailleurs pas interprété et appliqué ces réglementations dans ce sens, puisqu'il s'est contenté à chaque fois d'une référence pertinente pour accorder à tous les soumissionnaires la note maximale. Cette manière de faire résiste clairement à un examen sous l'angle de l'arbitraire, même si une autre manière de procéder aurait été concevable.

## **E. 6**

a) La recourante soutient encore que l'EVAM a abusé de manière arbitraire de son pouvoir d'adjudication en lui attribuant la note 3,22 et non pas au minimum 4,5 pour le sous-critère d'adjudication lié à la "Formation initiale et continue", bien qu'elle réponde à la totalité ou presque des exigences en lien avec ce sous-critère. Elle estime qu'en étant le soumissionnaire le mieux noté pour ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur aurait dû lui attribuer la meilleure note de 5 et adapter les notes des autres soumissionnaires en conséquence. Elle relève en effet que, pour tous les autres critères, l'EVAM avait attribué la note 5 à l'offre la plus intéressante et qu'elle aurait dû procéder de la même manière pour le critère "Formation initiale et continue". b) Selon le tableau des éléments d'appréciation, un plan de formation du personnel y compris encadrement opérationnel est requis pour le sous-critère de la formation; la note 5 est prévue pour la remise d'un plan de formation de base ainsi que celui de la formation continue qui sont complets et répondent entièrement aux exigences de l'EVAM; la note 3 correspond également à des plans complets, mais qui ne répondent que partiellement aux exigences de l'EVAM; la note 1 est attribuée pour des plans qui sont incomplets et ne répondent pas aux exigences de l'EVAM; les notes 4, respectivement 2 sont distribuées lors d'hésitation entre les notes 3 et 5, respectivement 1 et 3. c) Il est vrai que l'EVAM a attribué la note 5 au meilleur soumissionnaire sur trois autres (sous-)critères d'adjudication. Cependant, il ne l'a pas fait pour le sous-critère de formation ni pour la note moyenne "formation et recrutement". En ce qui concerne le critère des références, les quatre soumissionnaires qui n'ont pas été exclus ont reçu la note 5 vu qu'ils remplissaient tous l'exigence retenue dans le tableau pour cette note, c'est-à-dire une "expérience pertinente totale de 5 à 10 ans dans le domaine" (cf. aussi ci-dessus consid. 5). Par rapport au prix, la méthode de calcul T2 prévue au ch. 4.10 du dossier d'appel d'offres attribue inmanquablement la note 5 à l'offre la moins onéreuse. Quant à la note 5 accordée à B.\_\_\_\_\_ pour le sous-critère du recrutement, l'EVAM ne l'avait pas attribuée parce que ce soumissionnaire avait livré l'offre la plus intéressante à ce sujet tout en estimant que les exigences n'étaient pas toutes remplies, mais parce qu'il était d'avis que l'offre de B.\_\_\_\_\_ correspondait totalement aux exigences justifiant la note 5 (cf. aussi ci-après consid. 7b). Vu ce qui précède, on ne peut donc pas parler d'une "pratique" de l'EVAM consistant à attribuer systématiquement la note 5 au mieux placé de chaque critère. Le DAO ne contient par ailleurs pas non plus de règle allant dans ce sens pour ce sous-critère. Au contraire, la table des éléments d'appréciation demande, comme exposé, que pour la note 5 le plan de formation réponde entièrement aux exigences. L'EVAM estime qu'aucun soumissionnaire n'avait répondu entièrement aux exigences. Dès lors, le grief de la recourante, selon lequel elle aurait dû obtenir pour le sous-critère du recrutement la note 5 au seul motif qu'elle est la mieux placée, doit être rejeté. d) Le dossier produit dans un

premier temps par l'EVAM ne permettait pas de comprendre comment notamment la note de 3,22 avait été attribuée à la recourante. Concernant la formation, la recourante a produit un document de 61 pages, C.\_\_\_\_\_ de 4 pages et B.\_\_\_\_\_ de 26 pages. Dans sa réponse au recours, l'EVAM a exposé que la recourante pourrait améliorer son système de formation; le dossier qu'elle avait produit présentait des lacunes sur les points suivants: "- qualité: il n'est pas fait mention de la contribution des collaborateurs à la qualité. Il manque également un chapitre traitant de la déontologie professionnelle; - contrôle des personnes: il manque un descriptif des différentes situations qui peuvent se produire à l'occasion d'un contrôle de personnes, ainsi que la manière d'y répondre; - signalement: ce sujet n'est pas du tout traité dans le cadre de la formation; - moyens techniques: si des sujets comme la fouille ou la communication radio sont évoqués, ce n'est pas le cas d'autres moyens auxiliaires comme le spray familial, les rangers, le bâton tactile, les menottes, etc.; - communication: les examinateurs ont vainement cherché des références à la communication non-violente et à une formation touchant aux compétences dites "sociales" ou à la "proxémique"; - informatique: il n'est proposé aucune formation de type Word, Excel, Outlook ou similaire; - aspects légaux: il n'est pas fait mention d'une formation dans le domaine de la LFStup et, de manière plus générale, de la confidentialité." c) Comme ces déclarations de l'EVAM n'expliquaient toujours pas l'attribution de la note précise de 3,22 et qu'il ressortait de l'acte de recours (p. 8 let. C) que l'EVAM disposait apparemment d'une table de notation contenant plusieurs éléments d'appréciation pour ce critère, le juge instructeur a requis de l'EVAM la production de cette table de notation qui a été transmise au tribunal par courrier du 12 septembre 2016 (pièce 501; reproduite ci-dessus à la let. H). Ce document contient 58 éléments (et non pas 59 comme l'a supposé l'EVAM lors de ses calculs). L'EVAM a attribué un point pour chaque élément qu'elle considérait comme réalisé. Elle a considéré que l'offre de la recourante répondait à 38 éléments, celle de C.\_\_\_\_\_ à 36 et celle de B.\_\_\_\_\_ à 29 éléments d'appréciation. Il en résultait les notes suivantes: 3,22 à la recourante [(5 x 38 éléments) / 59 éléments]; 3,05 à C.\_\_\_\_\_ [(5 x 36 éléments) / 59 éléments]; 2,46 à B.\_\_\_\_\_ [(5 x 29 éléments) / 59 éléments]. La recourante a alors procédé à sa propre appréciation du sous-critère de formation en s'appuyant sur la pièce 501 produite par l'EVAM. Selon cette appréciation qu'elle a produite lors de l'audience du 28 septembre 2016, 15 éléments supplémentaires auraient dû être reconnus en sa faveur, de sorte qu'elle en remplissait 53 sur 58, ce qui lui aurait permis d'obtenir la note de 4,49 à la place de 3,22 pour le sous-critère litigieux (sur la base de 59 éléments, selon le calcul de l'EVAM; 4,57 sur la base d'effectivement 58 éléments). Sa note globale, après pondération de tous les critères, aurait alors été de 4,482 pour le lot Ouest (4,498 sur la base de 58 éléments pour le sous-critère de la formation), donc au-dessus des notes de tous les autres soumissionnaires. La recourante a joint à la table de notation "complétée" des explications pour chaque élément qu'elle a compté en plus. Selon l'EVAM, si certains éléments n'avaient pas été retenus, c'est qu'il n'avait pas été démontré que les objectifs visés étaient réalisés; la recourante s'était contentée de termes trop généraux (ch. 3 du procès-verbal de l'audience du 28 septembre 2016). C.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ ont par la suite procédé au même exercice que la recourante. Selon la première, elle aurait dû compter, à la place de 36, 47 sur 58 éléments (note 3,983 sur la base de 59 éléments, respectivement 4,052 sur la base de 58 éléments). Selon la seconde, elle aurait droit, à la place de 29, à 51 sur 58 éléments (note 4,322, respectivement 4,396). La note globale pour le lot Ouest pour C.\_\_\_\_\_ atteindrait alors 4,597 (4,610 sur la base de 58 éléments pour le sous-critère de la formation) et pour B.\_\_\_\_\_ 4,792 (4,807 sur la base de 58 éléments pour le

sous-critère de la formation), de sorte que le classement final resterait le même. Dans son mémoire du 25 octobre 2016, l'EVAM fait en effet valoir qu'en prenant en compte l'auto-appréciation des soumissionnaires, le résultat final resterait le même. Il fallait en déduire qu'il avait fait preuve d'une égale sévérité; aucun soumissionnaire ne pouvait donc s'estimer lésé. L'EVAM a toutefois déclaré qu'il n'entendait de toute manière pas revoir son appréciation initiale. Au surplus, il a renoncé à justifier son appréciation point par point et à répondre aux critiques formulées à ce sujet par les trois soumissionnaires. d) Comme il a été exposé au considérant 2, le tribunal ne doit pas procéder à sa propre appréciation, mais doit, pour l'essentiel, se contenter d'un examen sous l'angle de l'arbitraire. Cela n'empêche toutefois pas que la notation doit pouvoir être retracée, respectivement reconstituée. Le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs et susceptibles d'être explicités. En l'espèce, la table produite par l'EVAM comme pièce 501 (reproduite ci-dessus à la let. H) n'indique pas sur la base de quels éléments au dossier les points ont été accordés aux soumissionnaires. Vu le nombre d'éléments (58), qui sont de plus formulés de manière brève (souvent par un seul terme et/ou des termes généraux; p.ex.: "la peur", "le spray", "établissement du signalement", "diverses astuces", "situations possibles", "différence entre Safety et Security", "hygiène de vie au travail", "culture de l'entreprise", "consignes d'exécution", "méthode TOP [technique – opérationnel – personnel]"), le tribunal ne peut pas procéder lui-même à un contrôle pour vérifier si l'EVAM a apprécié les offres sans arbitraire. Faute de précisions et de références aux offres des soumissionnaires, le tribunal ignore en partie quelles étaient les attentes de l'EVAM pour certains éléments et sur quelles indications dans les offres les points ont été attribués. A titre d'exemple, on mentionnera la partie "Application métiers" de la pièce 501 avec les quatre éléments suivants, pouvant apporter chacun un point: Word, Outlook, Excel et Divers. La requérante et B.\_\_\_\_\_ n'ont obtenu aucun point à ce sujet, tandis que C.\_\_\_\_\_ a reçu un point pour l'élément "Divers". Le tribunal ne peut que supposer que ce point lui a été attribué grâce à la mention d'un cours dispensé par l'EVAM d'une durée de quatre heures avec la description "Les outils informatiques, la fouille, le spray". La requérante estime qu'elle aurait aussi au moins dû recevoir un point pour l'élément "Divers", vu qu'elle indique dans son offre sous le titre de la formation (chapitre 5) dans l' "Annexe descriptif de l'instruction protection de site" des "connaissances de base des applications IT (Office)". S'il est vrai qu'il s'agit de termes généraux utilisés par la requérante et qu'il n'est pas démontré que les objectifs visés sont réalisés, cela vaut tout autant pour la majeure partie de l'offre de C.\_\_\_\_\_ au sujet des éléments ayant trait à la formation. Un autre exemple est celui de l'élément "brevet interne" pour lequel uniquement la requérante a obtenu un point. On ne voit pas sur la base de quelles pièces de la documentation de la requérante de 61 pages relatives à la formation, ce point lui a été octroyé et pourquoi B.\_\_\_\_\_ n'a, contrairement à son avis, pas reçu de point malgré la formation interne avec certificat de "Spécialiste qualifié en Centre d'Accueil pour Migrants" qu'elle a indiquée dans son offre. Un exemple supplémentaire est celui du "Signalement" avec les trois éléments mentionnés dans la pièce 501 qui sont "Démarches et procédures de signalement", "Etablissement du signalement" et "Diverses astuces" pour lesquels C.\_\_\_\_\_ a à chaque fois reçu un point. Dans son offre, elle a quasiment énuméré à l'identique et dans le même ordre ces éléments et indiqué, sans autre précision, qu'il y avait une formation interne d'une heure en tout pour ces trois éléments. Quant à la requérante, elle n'a reçu aucun point pour ces trois éléments. Elle n'avait certes pas énuméré ceux-ci de manière similaire à C.\_\_\_\_\_. Cependant, le dossier de la requérante contient, dans la partie dédiée à la formation, un chapitre

"Instruction à la sécurité"; dans les sous-titres marginaux "Tactique de contrôle (théorie)" et "Rapports et messages (pratique)", il est précisé que les participants aux cours sont notamment instruits sur les points qui doivent figurer dans un rapport de contrôle de personnes et comment remplir correctement un rapport et une "fiche de signalement". Dans cette mesure, on ne comprend pas pourquoi la recourante n'a reçu aucun point pour le signalement. Comme dernier exemple, on évoquera la partie intitulée "Communication" avec dix éléments, dont la recourante n'en a rempli, selon l'EVAM, que quatre et C.\_\_\_\_\_ six. Sous ce titre, se trouvent en première position les trois éléments "Schéma et modèle de communication", "Gestion des situations conflictuelles" et "Science proxémique" pour lesquels C.\_\_\_\_\_ a à chaque fois reçu un point. Elle avait énuméré exactement ces trois éléments sous le titre "Communication – base" pour laquelle une formation de deux heures en tout était prévue. La recourante n'a reçu aucun point pour ces éléments et estime devoir en recevoir également 3. Si la recourante n'a, au contraire de C.\_\_\_\_\_, pas utilisé les mêmes termes que ceux qui ont été reproduit dans la table, dont les soumissionnaires n'étaient pas censés connaître le contenu lors du dépôt de leur offre, elle a néanmoins exposé dans son offre qu'une instruction sur les règles et modèles de communication, le but de la désescalade, la communication verbale et non-verbale était prévue. On ne comprend dès lors pas non plus pour quelle raison la recourante n'a obtenu aucun point pour les trois éléments précités. Pour le reste, faute d'indications suffisantes dans la table (pièce 501) ou dans une autre pièce, la Cour de céans ne peut pas retracer l'appréciation selon la pièce 501 et, dès lors, pas non plus procéder à un examen sous l'angle de l'arbitraire. Dans cette mesure, il s'avère nécessaire d'annuler les décisions d'adjudication du 31 mai 2016 et de retourner la cause à l'EVAM afin qu'il procède à une nouvelle appréciation du sous-critère de la formation, en précisant à quels éléments se réfèrent son attribution des points, laquelle pourra ensuite, le cas échéant, être soumis à un examen par le tribunal. Comme il a été démontré plus haut, une autre notation de ce sous-critère peut mener à un nouveau rang final des trois soumissionnaires impliqués dans la présente procédure. Contrairement à ce qu'insinue l'EVAM, il n'est pas dit qu'une nouvelle appréciation, conforme aux règles, profite de la même manière à tous les soumissionnaires concernés.

#### **E. 7**

a) Enfin, dans un dernier grief concernant le sous-critère du "Recrutement", la recourante estime que l'EVAM aurait dû lui attribuer la note 5 à la place de la note 4. A son avis, elle remplit l'ensemble des exigences adaptées à la mission qu'elle souhaite se voir confier. Elle avait par ailleurs donné pleine et entière satisfaction à l'EVAM par rapport au lot Est pour lequel elle avait été en charge jusqu'à présent. L'EVAM aurait basculé dans l'arbitraire et violé les principes de transparence et d'égalité de traitement en ne lui attribuant que la note 4. Dans sa réplique du 16 août 2016, la recourante se plaint de plus qu'il ressortait de la réponse au recours de l'EVAM que B.\_\_\_\_\_ avait consacré plusieurs pages au sujet du recrutement du personnel, alors qu'il ressortait du DAO que les soumissionnaires étaient tenus de se limiter à une unique page A4, ce qu'elle avait respecté en ne produisant qu'une seule page au sujet du recrutement (sous ch. 4 de son dossier d'offre). Il en allait de même de C.\_\_\_\_\_ qui avait produit deux pages A4 (cf. procès-verbal de l'audience du 28 septembre 2016, ch. 4), la première au sujet du recrutement des agents et la seconde au sujet du recrutement des cadres. b) Selon le tableau des éléments d'appréciation, la note 5 est attribuée, pour le sous-critère de l' "Evaluation du processus de recrutement et des critères en matière d'engagement du soumissionnaire", à celui dont les exigences sont totalement

adaptées à la mission et la note 3 lorsque les exigences sont partiellement adaptées à la mission. Quant à la note 4, elle est attribuée lorsqu'il y a hésitation entre les notes 3 et 5. Le DAO demande une "description des modalités de recrutement du personnel affecté au marché (max. 1 page A4)" (cf. notamment p. 1 DAO, sous "Autres annexes d'appréciation"). La table des éléments d'appréciation mentionne comme document requis ou moyens d'analyse pour l' "Evaluation du processus de recrutement et des critères en matière d'engagement du soumissionnaire" un "descriptif du processus et des exigences du soumissionnaire en matière de recrutement du personnel y compris encadrement opérationnel". Le dossier produit par l'EVAM ne contient pas d'autres documents au sujet du sous-critère litigieux. Pour le sous-critère du recrutement, B. \_\_\_\_\_ a reçu la note 5, tandis que la recourante et C. \_\_\_\_\_ ont reçu la note 4; selon l'EVAM, les offres des deux derniers soumissionnaires cités n'étaient pas totalement adaptées à la mission au sujet du sous-critère de recrutement, mais étaient équivalentes entre elles, alors que l'offre de B. \_\_\_\_\_ correspondait totalement aux exigences. c) Afin de respecter les conditions du DAO et ainsi les principes de transparence et d'égalité de traitement, voire de non-discrimination, la Cour de céans se référera uniquement à une seule page de chaque soumissionnaire pour le sous-critère de recrutement (pour B. \_\_\_\_\_: secteur 4 de son classeur d'offre, sous le titre général "4. Recrutement et formation", page "4.3 Descriptifs de poste" et pour C. \_\_\_\_\_: secteur 18 de son classeur d'offre, page "Modalités de recrutement des agents"). L'EVAM a d'ailleurs déclaré que, vu la limitation prévue à une seule page A4 dans le DAO, il n'avait tenu compte dans l'offre de B. \_\_\_\_\_ que du document précité rédigé sur une page pour le sous-critère du recrutement. Le dossier produit par l'EVAM ne contient pas de document dont il ressort en détail les exigences requises pour le sous-critère litigieux et comment il a apprécié les offres des soumissionnaires à ce sujet. Dans le cadre de la procédure judiciaire, l'EVAM a expliqué qu'il reprochait à la recourante notamment de ne pas avoir été très explicite sur le mode de sélection des cadres et de ne rien avoir exposé sur les attentes en matière de savoir-être et de savoir-faire de ces personnes. En se limitant à la feuille ch. 4.3 "Descriptifs de poste" du dossier d'offre de B. \_\_\_\_\_, tel que l'EVAM a déclaré avoir fait, on doit constater que ce soumissionnaire ne s'est pas non plus prononcé sur ces éléments. Cette page se limite à définir le profil de poste pour un agent de sécurité. On trouve certes des explications sur le processus de recrutement et d'engagement des cadres ainsi que sur leur profil de compétence sur deux autres pages de l'offre de B. \_\_\_\_\_ (sous ch. 4.1.2 et 4.2). Cependant, vu ce qui précède, ces deux pages ne peuvent être prises en compte. Si l'EVAM estime qu'il était nécessaire que les soumissionnaires se prononcent aussi sur le recrutement des cadres, le document avec le ch. 4.3 de l'offre de B. \_\_\_\_\_ reste muet à ce sujet. Dans cette mesure, on ne saurait retenir que, de la part de B. \_\_\_\_\_, les exigences étaient "totalement adaptées à la mission". Par ailleurs, ledit document (ch. 4.3) de B. \_\_\_\_\_ ne se prononce pas non plus sur le processus de recrutement des agents; ce sujet a été abordé sur une autre feuille sous le titre "4.1.1 Processus de recrutement et d'engagement d'un agent". Si l'EVAM a déclaré lors de l'audience du 28 septembre 2016 qu'il avait donné d'avantage d'importance aux critères d'engagement, mais qu'il avait également tenu compte du processus d'engagement, on ne voit pas comment il a pu conclure que B. \_\_\_\_\_ remplissait les exigences au sujet du processus d'engagement en lui accordant la note maximale, puisque cet élément n'était pas abordé dans le document ch. 4.3. Par ailleurs, le tableau des éléments d'appréciation ne requiert pas uniquement un descriptif des exigences de recrutement, mais également un descriptif de son processus. Dans la mesure où l'EVAM

reproche encore à la recourante que l'âge minimal de 23 ans figurant dans l'offre de cette dernière était trop bas, il est relevé que ni B. \_\_\_\_\_ ni C. \_\_\_\_\_ n'ont indiqué d'âge minimal sur leur document traitant du recrutement. On peine donc également à comprendre comment l'EVAM peut tenir rigueur de ce point à la recourante et non pas à B. \_\_\_\_\_ qui ne s'est pas prononcée à ce sujet. L'EVAM reproche aussi à la recourante qu'il manquait comme élément une expérience dans un environnement multiculturel et/ou de la migration. La recourante y oppose le critère de sélection du stage réussi dans une structure d'asile qu'elle avait indiqué dans son document. Il est vrai qu'un tel stage doit, au moins dans une certaine mesure, être reconnu comme expérience dans un environnement multiculturel ou de la migration. L'EVAM ne saurait simplement nier toute expérience dans un environnement multiculturel ou de la migration. Pour comparaison, B. \_\_\_\_\_ mentionne pour le profil de poste et comme qualification une formation en accueil des migrants; on ignore si cette formation procure également une "expérience" dans un environnement multiculturel ou de la migration qui va au-delà du stage précité. d) Certes, l'EVAM relève encore, à juste titre, que la recourante n'indique pas la maîtrise usuelle des outils informatiques et bureautiques, alors que B. \_\_\_\_\_ retient comme compétence requise l'utilisation des outils informatiques. B. \_\_\_\_\_ requiert également comme compétence l'aptitude dans la gestion de conflits, alors que l'EVAM constate à ce sujet un manque chez la recourante. Cette dernière y oppose le critère de sélection de la prédisposition à la négociation et à l'empathie. Cet élément ne correspond toutefois pas totalement au savoir-faire dans la gestion des conflits. On relèvera encore que, contrairement à ce que semble soutenir la recourante, le fait qu'elle aurait donné entière satisfaction lors de l'accomplissement de sa charge durant les dernières années – allégation du reste contestée par l'EVAM – ne saurait conduire à l'attribution en sa faveur de la note maximale pour le sous-critère du recrutement; cet élément ne peut pas être pris en considération dans ce cadre. e) Néanmoins, vu ce qui précède (consid. 7c), l'appréciation de l'EVAM apparaît erronée et arbitraire, puisqu'il a considéré, à tort, que B. \_\_\_\_\_ remplissait toutes les exigences et qu'il a reproché, également à tort, le manque de certains éléments du côté de la recourante. La Cour de céans ne peut procéder elle-même à une correction de l'appréciation du sous-critère de recrutement, puisqu'elle ignore notamment la totalité des exigences requises, leur pondération et quels manquements sont justifiés au sujet de l'offre de C. \_\_\_\_\_. Elle ne connaît pas non plus le poids que l'EVAM entend donner aux critères des soumissionnaires en matière d'engagement, d'une part, et à leur processus d'engagement, d'autre part, ces deux éléments étant retenus sans autres précisions dans le tableau des éléments d'appréciation. Pour le reste, la Cour ne peut substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur (cf. ci-dessus consid. 2). On peut, par ailleurs, s'étonner que l'EVAM ait établi une liste de 58 éléments d'appréciation pour le sous-critère de la formation initiale et continue, mais pas de liste semblable pour les exigences par rapport au sous-critère du recrutement (sans préjuger de l'utilité d'une liste avec autant d'éléments). Il est néanmoins certain qu'une nouvelle appréciation pourrait influencer le résultat final, avec ou sans modification de l'appréciation au sujet de l'autre sous-critère de formation (cf. pour ce dernier sous-critère, ci-dessus consid. 6). Ainsi, si par hypothèse B. \_\_\_\_\_ se verrait attribuer la même note 4 que la recourante pour le sous-critère du recrutement et que les notations du sous-critère de formation resteraient identiques, elle rétrograderait au 3<sup>ème</sup> rang tant pour le Lot Ouest que pour le lot Est, avec respectivement une note finale de 4,22 et 4,20. Pour ce motif également, il se justifie d'annuler les décisions d'adjudication du 31 mai 2016 et de retourner la cause à l'EVAM afin qu'il procède à une

nouvelle appréciation du sous-critère du recrutement.

## E. 8

a) Les considérants qui précèdent (consid. 6 et 7) conduisent à l'admission du recours et à l'annulation des décisions attaquées. La recourante conclut principalement à l'adjudication d'un des deux lots en sa faveur. Vu ce qui a été exposé, le tribunal ne peut procéder ainsi. La recourante demande subsidiairement qu'un nouvel appel d'offres soit lancé ou que des nouvelles décisions soient rendues dans le sens des considérants. Un nouvel appel d'offres, c'est-à-dire une reprise de la procédure ab ovo, se justifierait si l'appel d'offres était entaché de vices graves. Or, les irrégularités constatées ont trait à l'évaluation des offres. Dans cette mesure, une annulation ab ovo de la procédure ne se justifie pas. Les manquements mis en exergue peuvent être corrigés par une reprise de la procédure au stade de l'épuration des offres. L'EVAM devra procéder à une nouvelle évaluation au sens des considérants, limitée aux trois soumissionnaires de la présente procédure judiciaire, ainsi qu'à une adjudication des deux lots (cf. CDAP MPU.2015.0005 du 12 mai 2015 consid. 5; TAF B-7571/2009 du 20 avril 2011 consid. 9.2; Poltier, op. cit., n. 432, p. 276). b) Vu l'issue du litige, les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr. compte tenu en particulier de la valeur du lot le plus important (art. 3 al. 1 du Tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative – TFJDA; RSV 173.36.5.1), devraient être mis pour moitié à la charge de l'EVAM et de C. \_\_\_\_\_, cette dernière ayant conclu au rejet du recours, tandis que B. \_\_\_\_\_ s'en est remise à justice (cf. ATF 137 V 57 consid. 2.2; TF 2C\_308/2008 du 5 mars 2009 consid. 9). Aucun frais ne sera toutefois exigé de la part de l'EVAM, celui-ci ayant agi dans le cadre de ses attributions (cf. art. 49, 51 et 52 LPA-VD). En revanche, l'indemnité à titre de dépens, à laquelle a droit la recourante (art. 55 LPA-VD) et qui peut être fixée à 3'000 fr. (art. 10 et 11 TFJDA), sera mise exclusivement à la charge de l'EVAM, compte tenu de la nature des irrégularités commises (art. 51 et 57 LPA-VD).

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