

# **VD\_OMNI MPU.2017.0007 vom 9. August 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-08-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2017.0007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2017.0007)

FR: VD\_OMNI MPU.2017.0007 du 9 août 2017

IT: VD\_OMNI MPU.2017.0007 del 9 agosto 2017

## **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/EVAM, Etablissement vaudois d'accueil des migrants, B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Marché public pour services de surveillance. Le pouvoir adjudicateur a retenu plusieurs dizaines d'éléments d'appréciation; il n'était pas obligé de porter, avec son dossier d'appel d'offres, à la connaissance des soumissionnaires le contenu et la portée de chacun de ces éléments qui font partie du sous-critère de formation. Il incombait aux soumissionnaires de décrire leur plan de formation. Respect du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, aussi au vu de l'auto-appréciation de la recourante-soumissionnaire.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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, 79 et 99 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD; RSV 173.36), le recours est recevable. La recourante qui a finalement été classée deuxième pour le lot Ouest et troisième pour le lot Est, de plus avec des écarts minimes, a la qualité pour recourir selon l'art. 75 LPA-VD (cf. ég. ATF 141 II 14 consid. 4.1; Tribunal fédéral [TF] 2D\_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1; 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1, ce dernier arrêt se référant à un soumissionnaire classé au 3 e rang).

### **E. 2**

Comme déjà rappelé de manière identique dans l'arrêt du 23 décembre 2016 rendu dans la cause MPU.2016.0018, 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 ; 141 II 353 consid. 3; 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 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; TF 2D\_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2; 2P.146/2001 du 6 mai 2002 consid. 4.2). 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 et 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 références). c) Si le pouvoir d'examen du tribunal par rapport à l'appréciation est limitée, le pouvoir adjudicateur n'en doit pas moins 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 références). 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. l du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 - RLMP-VD; RSV 726.01.1). Elles doivent néanmoins 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). La question de savoir 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, doit être appréciée au vu 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.). A 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. A 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) Dans un premier moyen, la recourante fait valoir que l'autorité intimée devait opter pour la solution la plus économique, ce qu'elle n'aurait pas fait. Si C.\_\_\_\_\_ arrive en premier pour chacun des deux lots, la recourante occupe le deuxième rang pour le lot Ouest, alors que B.\_\_\_\_\_ y occupait le troisième rang. S'agissant du lot Est, la recourante occupe la troisième place et B.\_\_\_\_\_ la deuxième. En attribuant à C.\_\_\_\_\_ le lot Ouest et à B.\_\_\_\_\_ le lot Est, les coûts, selon les offres, s'élèvent à un montant total de 885'119 fr. pour quatre semaines (509'795 fr. pour C.\_\_\_\_\_ et 375'324 fr. pour B.\_\_\_\_\_). Si l'autorité intimée avait attribué le lot Ouest à la recourante et le lot Est à C.\_\_\_\_\_, ces frais auraient été plus bas, soit un montant total de 879'915 fr. pour quatre semaines (519'167 fr. pour la recourante et 360'748 fr. pour C.\_\_\_\_\_). Cette différence de 5'204 fr. pour quatre semaines correspond à 270'608 fr. pour la durée complète du contrat de quatre ans. Selon la recourante, l'autorité intimée a opté par complaisance pour la solution au coût le plus élevé et a ainsi versé dans l'arbitraire. L'autorité intimée est d'avis que les calculs de la recourante sont soit faux, soit dépassés; sur ce point, elle fait notamment valoir que les circonstances ont changé depuis début mars 2016, période à laquelle l'appel d'offres a été lancé; le nombre de requérants d'asile logés dans le canton de Vaud avait fortement diminué; elle avait en outre ouvert de nouvelles structures qu'elle surveille par ses propres moyens; dans cette mesure, elle avait fermé ou allait fermer plusieurs structures indiquées dans l'appel d'offres (cf. p. 11 s., ch. 10, de sa réponse au recours). En prenant en compte toutes les circonstances, la différence évoquée par la recourante se réduisait à environ 145'000 francs. De plus, le prix ne valant que pour 40% dans la décision d'attribuer le marché, il était évident qu'elle voulait privilégier la qualité. Sur ce point, l'offre de B.\_\_\_\_\_ était nettement supérieure à celle de la recourante puisque la première avait obtenu pour les critères 2 et 3 un total de 13.06 points, respectivement une moyenne de 4,35, alors que la recourante avait obtenu 12,44 points, respectivement une moyenne de 4,15. L'autorité intimée invoque encore des coûts de formation non négligeables et un engagement supplémentaire de ses collaborateurs sur une longue période, si elle devait former les nouvelles équipes. Le double transfert préconisé par la recourante équivaldrait en outre à une grosse perte de connaissance des hommes et du terrain, éléments pourtant essentiels dans le domaine de la sécurité. Il ne pouvait pas non plus être ignoré les conséquences sociales et humaines plus lourdes pour les travailleurs de C.\_\_\_\_\_ qui verraient leur lieu d'intervention déplacé de l'Ouest du canton à l'Est. Quant à B.\_\_\_\_\_, celle-ci conteste une " interdépendance " entre les deux adjudications relatives aux lots Ouest et Est, respectivement entre chacune des soumissions de chaque soumissionnaire. Par

ailleurs, l'offre économiquement la plus avantageuse au sens des art. 13 let. f AIMP et 37 al. 1 RLMP-VD faisait aussi bien appel à des critères quantitatifs que qualitatifs. La somme des " Notes offres globales " était selon la solution retenue par l'autorité intimée de 8,95 (4,49 à C. \_\_\_\_\_ pour le lot Ouest et 4,45 à B. \_\_\_\_\_ pour le lot Est). Cette somme n'était pas atteinte, si on attribuait un des lots à la recourante et l'autre à C. \_\_\_\_\_ (soit une " Notes offres globales " de 8,89, soit de 8,90). En tenant compte des notes cumulées pour les deux lots de chaque soumissionnaire, B. \_\_\_\_\_ serait, avec un total de 8,84, mieux notée que la recourante, avec un total de 8,82. C. \_\_\_\_\_, enfin, fait valoir des arguments similaires à ceux de l'autorité intimée et de B. \_\_\_\_\_. Dans sa réplique, la recourante insiste sur un entretien que deux de ses collaborateurs, dont elle demande l'audition en tant que témoins, ont eu avec un représentant de l'autorité intimée après avoir reçu les décisions contestées. Selon cet entretien, dont elle a produit un compte-rendu rédigé par un des deux collaborateurs (pièce 8 du bordereau II de la recourante), l'autorité intimée avait contacté C. \_\_\_\_\_ qui était arrivée au premier rang pour les deux lots pour savoir si elle souhaitait conserver la surveillance du lot Ouest ou préférerait se voir attribuer le lot Est. L'attribution du lot Est à B. \_\_\_\_\_ avait par ailleurs eu lieu par peur d'un recours de cette dernière société. b) La recourante renvoie à juste titre au ch. 4.8 DAO pour l'évaluation des offres. Cette disposition est formulée, conformément au Guide romand des marchés publics (versions des 12 septembre 2008 et 1 er octobre 2015), comme il suit: "4.8 Evaluation des offres L'évaluation des offres se basera exclusivement sur l'offre, ainsi que sur les indications fournies par les soumissionnaires et sur les informations demandées par l'adjudicateur. L'évaluation ne se base que sur des critères annoncés aux soumissionnaires préalablement. Un critère ne sera pas utilisé deux fois durant une procédure, notamment lors d'une procédure sélective. Ainsi, le résultat du 1 er tour d'une procédure sélective ne sera pas pris en compte lors de l'évaluation du 2 ème tour. L'évaluation des offres est placée sous la responsabilité de l'adjudicateur qui peut s'adjoindre l'aide d'un collègue d'experts ou d'un comité d'évaluation. L'adjudication est attribuée à l'offre économiquement la plus avantageuse, à savoir après évaluation qualitative et/ou financière de l'offre, en adéquation avec les attentes de l'adjudicateur sous la forme de critères d'adjudication. Rappel pour les marchés du canton du Valais : il n'existe pas de critères d'aptitude en procédure sur invitation. En cas de procédure ouverte, l'adjudicateur a décidé de : prendre en compte uniquement les points acquis avec les critères d'adjudication (annexes R), indépendamment des points acquis sur les critères d'aptitude (annexes Q). De ce fait, les critères d'aptitude ne font pas partie de la liste des critères d'adjudication et seront jugés en premier lieu pour déterminer l'aptitude minimum requise. En cas d'égalité de points entre deux ou plusieurs soumissionnaires pressentis pour être adjudicataires, l'adjudicateur peut : départager les soumissionnaires avec des critères complémentaires tels que l'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation et du perfectionnement professionnels ainsi que la collaboration, par voie de sous-traitance, avec de jeunes entreprises pour une partie du marché (canton de Vaud)." L'autorité intimée a coché, par un " X ", les deux cases indiquées ci-dessus au ch. 4.8 DAO. La seule autre disposition du DAO consacrée à l'attribution du march.est le chiffre 3.18 déjà cité (cf. ci-dessus let. C/a) au texte suivant: " L'adjudicateur a divisé le marché en deux lots. Le soumissionnaire a l'obligation de déposer une offre pour chacun des deux lots. L'adjudicateur n'attribuera qu'un seul lot par soumissionnaire ". En prévoyant de n'attribuer qu'un seul lot par soumissionnaire, l'autorité intimée s'écarte sur ce point du Guide romand des marchés publics qui retient dans ses clauses qu'un soumissionnaire peut obtenir plusieurs lots. Cela a

eu pour conséquence le grief soulevé par la recourante. c) Les arguments avancés par l'EVAM par rapports aux coûts de formation et à une perte de connaissance des hommes et du terrain n'apparaissent pas pertinents. Il s'agit de circonstances inhérentes à l'obligation de procéder périodiquement à de nouveaux appels d'offres. L'adjudicateur ne peut en définitive pas préférer un soumissionnaire à un autre qui est mieux noté au motif que le premier est déjà actif sur le marché en question et qu'il faudrait encore former le second. Le fait que les circonstances ont changé depuis le lancement de l'appel d'offres et la première décision d'adjudication de mai 2016 ne semble pas non plus être un argument judiciaire, d'autant moins que cela ne change rien au fait que la solution choisie par l'EVAM reste plus cher. Vouloir prendre en considération le changement de circonstances pourrait par ailleurs être contraire au principe selon lequel les méthodes d'évaluation doivent être arrêtées avant le retour des offres, pour prévenir d'éventuelles manipulations. Faute de disposition explicite allant dans ce sens, on peut encore se demander si l'adjudicateur est légitimé à conférer le choix du lot à attribuer à celui qui est devenu le premier par rapport aux deux lots, en particulier lorsque, comme en l'espèce, le deuxième placé de chaque lot n'est pas le même, lorsque les notes attribuées aux deuxièmes placés divergent ou encore lorsque, selon le choix effectué par le premier placé, le prix total à payer par l'adjudicateur pour les deux lots peut être plus élevé. Comme il sera aussitôt exposé, ces questions peuvent toutefois être laissées indécises. L'EVAM et les tiers intéressés relèvent à juste titre que le prix n'est pas le seul critère d'adjudication. Le ch. 4.7 DAO, cité in extenso à la let. C/c ci-dessus, prévoit que le prix en tant qu'un des trois critères d'adjudication est pondéré à 40%, alors que le critère d'adjudication du recrutement du personnel (avec les deux sous-critères des exigences de recrutement et de la formation du personnel) est également pondéré à 40% et celui de l'expérience du soumissionnaire dans le domaine de l'asile à 20%. Selon le ch. 4.8 DAO précité, il faut se conformer aux critères d'adjudication pour évaluer les offres, donc aux prix, mais aussi aux deux autres critères mentionnés. Il n'est ainsi en particulier pas arbitraire de retenir non seulement le prix, mais aussi les notes ou points attribuées pour les autres critères d'adjudication. Comme le démontrent l'EVAM et les tiers intéressés, en tenant compte de tous les critères d'adjudication, même sans y ajouter d'autres considérants, la solution préconisée par la recourante s'avère moins avantageuse que celle retenue par l'EVAM. La somme des notes des offres retenues par l'EVAM pour les adjudications est plus élevée (avec 8,95, dont 4,49 à C. \_\_\_\_\_ et 4,45 à B. \_\_\_\_\_) que celle des notes des offres pour lesquelles la recourante demande l'adjudication (avec 8,90, dont 4,48 à C. \_\_\_\_\_ et 4,42 à la recourante). De plus, B. \_\_\_\_\_ présente en tant que deuxième placée pour le lot Est une meilleure note globale que la recourante en tant que deuxième placée pour le lot Ouest (4,45 pour B. \_\_\_\_\_ contre 4,42 pour la recourante), alors que C. \_\_\_\_\_ a la meilleure note absolue pour le lot Ouest (4,49, contre 4,48 pour le lot Est) (cf. notations finales dans pièces n° 703 et 704 produites par l'EVAM). Dans son résultat, le choix effectué par l'EVAM n'est donc pas arbitraire. La recourante ne peut pas exiger qu'il soit procédé uniquement à une comparaison des prix, sans prendre en considération les autres critères d'adjudication. Vu ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'entendre les témoins proposés par la recourante.

#### **E. 4**

Dans un second grief, la recourante critique l'évaluation du sous-critère de la " formation initiale et continue ". a) 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. En se basant sur son document comportant 58 points d'appréciation reproduit ci-dessus sous let. E/b, l'EVAM avait, dans un premier temps, attribué pour ce sous-critère par rapport aux deux lots la note 2,46 à la recourante (en lui reconnaissant 29 points), 3,05 à C. \_\_\_\_\_ (en lui reconnaissant 36 points) et 3,22 à B. \_\_\_\_\_ (en lui reconnaissant 38 points). Dans son arrêt (dans la cause MPU.2016.0018) du 23 décembre 2016, la Cour de céans avait exposé (au consid. 6) notamment ce qui suit au sujet du sous-critère de la formation, tout en relevant quelques exemples qui ne seront pas reproduits ici: "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. [exemples] 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." A la suite du nouveau contrôle qu'il a effectué après cet arrêt, l'EVAM a accordé à la recourante pour ce sous-critère la note 3,45. Il en va de même de C. \_\_\_\_\_, ces deux concurrents ayant obtenu 40 points sur un maximum de 58 points ( $5 / 58 \times 40 = 3,45$ ). B. \_\_\_\_\_ s'est vue attribuer la note 4,05, ayant obtenu 47 points ( $5 / 58 \times 47 = 4,05$ ). b) Selon la recourante, l'EVAM s'était uniquement fondé sur les auto-appréciations déposées par chacun des soumissionnaires durant la première procédure de recours (MPU.2016.0018), dont il avait retranché les points qui, selon lui, ne correspondaient pas aux objectifs. La recourante est d'avis que cette méthode ne comblait pas la lacune identifiée par le Tribunal de céans dans sa décision du 23 décembre 2016, à savoir le manque de références aux offres des

soumissionnaires et l'impossibilité de savoir sur quels éléments, dans lesdites offres, les points ont été attribués. Le raisonnement de l'EVAM était impossible à reconstituer. L'EVAM se contentait simplement de " tailler " dans les points qu'elle (la recourante) avait listés sans réellement chercher à savoir si les formations mises en place correspondaient ou non à leurs attentes. L'EVAM n'avait pas non plus recherché si d'autres points pouvaient être attribués à la recourante sur la base du dossier d'appel d'offres. Plus particulièrement, la recourante peine à comprendre pour quels motifs l'EVAM refuse de lui attribuer le moindre point s'agissant des parties intitulées " Danger: définition des dangers et risques ainsi que méthode TOP ", " Communication: peur, gestion de conflits ", " Rapport, message: Contenu des rapports et types de rapport ", " Droit, concordat et armes: confidentialité " ainsi que " Applications métiers: Word, Outlook, Excel et Divers ". Pour chacun de ces critères, la recourante avait mis au point des formations spécifiques à l'attention de ses employés. L'EVAM faisait manifestement preuve d'arbitraire dans l'attribution des points. Il apparaissait justifié de lui attribuer au moins 51 points sur les 58 que comporte le tableau de l'EVAM. Ainsi, sa note devait être portée à 4,40 pour le sous-critère de la formation ce qui lui permettait d'atteindre, au final, le premier rang pour les deux lots. Il en allait de même en cas d'un abaissement des notes de B. \_\_\_\_\_ de 4,05 à 3,45 et de celles de C. \_\_\_\_\_ de 3,45 à 3, leurs auto-appréciations admises étant trop généreuses. c) L'EVAM expose que, à la suite de l'arrêt de la Cour de céans du 23 décembre 2016, elle a, d'entrée, admis que la recourante avait obtenu à tort la note 5 pour le sous-critère du recrutement (cf. consid.

#### **E. 7**

de l'arrêt précité). Elle lui a concédé du bout des lèvres la note 4 pour ce sous-critère, certains examinateurs estimant qu'elle méritait plutôt la note 3. En définitive, les trois soumissionnaires à la présente procédure ont obtenu la note de 4 pour ce sous-critère, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ayant reçu cette note déjà à l'origine. C. \_\_\_\_\_ est d'avis qu'elle-même aurait dû recevoir la note 5 pour ce sous-critère, alors que la recourante aurait dû obtenir tout au plus la note 3, le processus d'engagement faisant défaut chez cette dernière (p. 14 et 15 des déterminations du 21 mars 2017); ce grief de C. \_\_\_\_\_ sera examiné dans la mesure où la notation du second sous-critère de la formation devrait s'avérer erronée. Pour le sous-critère de la formation, l'EVAM expose avoir repris le tableau qu'elle avait produit, sous le n° 501, dans le cadre de la procédure judiciaire MPU.2016.0018, avec ses 58 éléments ou points d'appréciation (cf. ci-dessus let. E/b). En procédant de la sorte, l'EVAM a voulu éviter qu'on lui reproche d'avoir adopté une nouvelle grille postérieurement au dépôt des offres. Les examinateurs n'ont pas remis en cause les points qu'ils avaient attribués au cours de la première phase d'évaluation, donc avant la première procédure judiciaire. Ils ne sont pas non plus revenus sur les éléments d'appréciation que chaque soumissionnaire participant à la première procédure judiciaire avait lui-même admis ne pas remplir lors de son auto-évaluation adressée à la Cour de céans. Il aurait été absurde de chercher à noter la recourante sur les six points qu'elle admettait ne pas remplir. L'EVAM a ainsi pris note que la recourante admettait elle-même que son offre ne répondait pas aux points sur " les trois pouvoirs ", le " contrat et mandat ", la " LStup ", et les programmes informatiques " Word ", " Outlook " et " Excel ". L'attention des examinateurs s'est dès lors concentrée sur les points que l'EVAM n'avait pas octroyés lors de la première appréciation, alors que les soumissionnaires avaient indiqué mériter ces points à l'occasion de leur auto-évaluation précitée. L'EVAM renvoie à cet effet à deux tableaux d'évaluation, un pour le lot Est et l'autre pour le lot Ouest (pièces n° 701 et 702 du bordereau de pièces produit le 20 mars 2017 par l'EVAM). Ces tableaux indiquent en vert

les points supplémentaires ainsi reconnus par l'EVAM et en rouge les points non reconnus par l'EVAM malgré les auto-évaluations des concurrents allant dans le sens inverse. Pour ces points non reconnus, les tableaux contiennent une brève explication pour chacun des trois concurrents; selon l'EVAM, cela correspond à des éléments d'appréciation qui n'apparaissent pas dans l'offre ou avec des indications " très imprécises ". Toujours selon l'EVAM, il n'avait trouvé, dans l'offre de la recourante, aucune indication ou uniquement des indications très imprécises sur douze éléments importants de la formation initiale et continue, qui sont: la définition de la qualité, la contribution du collaborateur à la qualité, les consignes d'exécution, la définition des dangers et des risques, la méthode " TOP ", les références à la science proxémique, la gestion de la peur, la communication non-violente, les types de rapports, le contenu des rapports, la confidentialité et, enfin, les programmes informatiques divers. Par rapport aux éléments ayant trait à des règles de l'art reconnues en la matière, en particulier la méthode " TOP (technique – opérationnel – personnel) " et " référence à la science proxémique ", les examinateurs avaient été stricts et refusé le point lorsqu'il manquait le terme exact. L'EVAM considère que le dossier de la recourante présentait des lacunes tout particulièrement sur les points suivants: - Qualité: la recourante ne fait mention ni de la qualité des prestations attendues de ses collaborateurs, ni de leur contribution à cette qualité. Il manque également un chapitre traitant des consignes d'exécution qui doivent être données dans le cadre spécifique de la surveillance de centres hébergeant des réfugiés. - Dangers: contrairement à ceux des autres soumissionnaires, le dossier présenté par la recourante ne définit pas clairement les dangers et les risques. La méthode " TOP " est appliquée par la majorité des entreprises de sécurité, qui l'enseignent à leurs collaborateurs afin qu'ils puissent se situer en tout temps. Résumée dans le tableau qui est produit comme annexe de l'EVAM sous n° 707, elle constitue à ce titre une des règles de l'art dans ce domaine particulier. La recourante y fait certes allusion, mais dans un autre contexte, celui de son encadrement. Or, l'EVAM attendait des précisions sur la formation que les soumissionnaires dispensent à leurs collaborateurs, ce qui va de soi s'agissant du sous-critère consacré spécifiquement à l'évaluation du plan de formation du personnel mis à disposition pour l'exécution du marché. Les examinateurs ont dès lors constaté que le dossier de la recourante était muet sur ce point fondamental. - Communication: les examinateurs ont vainement cherché, dans le dossier présenté par la recourante, des références à la communication non-violente ou à une formation touchant à la " proxémique ", ce terme désignant l'approche anthropologique de l'espace et, en particulier, l'analyse de la distance qui s'établit entre des personnes qui communiquent. En ce qui concerne la peur, il est indispensable que le collaborateur sache que ce sentiment ne lui est pas interdit, parce qu'il est normal qu'il le ressente dans des situations particulières, notamment lorsque se produit une rixe. Par contre, il doit apprendre à la gérer et à la surmonter. Ces éléments n'apparaissent pas du tout dans le dossier présenté par la recourante. - Rapports: sur ce point le dossier de la recourante est très imprécis, notamment lorsqu'il traite des types de rapports et de leur contenu, éléments pourtant essentiels dans les relations que le personnel de l'adjudicataire aura avec les responsables de sécurité de l'EVAM, qui doivent pouvoir rapidement détecter une situation potentiellement dangereuse sur la base de ces rapports. Une fois encore, la comparaison avec les autres dossiers fait clairement apparaître les lacunes de celui de la recourante. - Informatique: il n'est proposé aucune formation de type Word, Excel, Outlook ou similaire. La recourante l'a d'ailleurs admis dans ses propres évaluations, tout en prétendant avoir droit à un point pour d'autres applications qui se rapportent à l'activité de ses collaborateurs. On ne voit pas lesquelles. - Aspects légaux: la

recourante ne mentionne pas de formation dans le domaine de la confidentialité, question pourtant essentielle en l'espèce. Selon l'EVAM, les appréciations étaient parfaitement traçables au regard des explications précitées. Du moment que les concurrents avaient refusé la consultation de leurs offres, il était difficile d'être plus précis sans dévoiler le contenu des dossiers d'offre respectifs. De plus, il fallait parfois comparer les réponses données par chacun des trois soumissionnaires pour constater les lacunes d'un dossier ou d'un autre. Aussi faudrait-il vraisemblablement convoquer une séance d'instruction pour que le juge instructeur puisse dévoiler, sous sa responsabilité et sans trahir la confidentialité, les éléments de comparaison qu'il a pu constater. d) Dans sa réplique, la recourante relève en particulier que le raisonnement dans l'évaluation du sous-critère en question est empreint de subjectivité et n'est pas traçable. Dans sa duplique, l'EVAM insiste notamment sur la problématique de la confidentialité. Il ne pouvait être plus précis dans ses explications du moment qu'il lui était interdit de communiquer le contenu de chacune des offres et d'en produire des extraits. f) S'il est vrai que l'EVAM n'a pas procédé exactement comme l'avait exigé le Tribunal dans son arrêt du 23 décembre 2016 où il avait notamment été demandé que l'EVAM précise à quels éléments se référait son attribution des points, les explications supplémentaires fournies à l'occasion de la présente procédure judiciaire, en plus des explications et documents fournis par les parties, permettent au Tribunal de vérifier, dans le cadre laissé aux autorités judiciaires (cf. ci-dessus consid. 2), l'évaluation par l'EVAM dudit sous-critère. Dans cette mesure, l'attribution des points et l'évaluation qui s'en est suivie pour les soumissionnaires en question n'apparaît pas abusive. L'EVAM n'a pas excédé son pouvoir de décision. Il n'est en particulier pas arbitraire que l'EVAM considère qu'il ne peut attribuer de points lorsque la recourante n'a pas spécifié les éléments concernant la définition de la qualité, la contribution du collaborateur à la qualité, les consignes d'exécution, les définitions des dangers et risques, la méthode " TOP ", la peur, la confidentialité et, enfin, par rapport aux Applications métiers, le point " Divers ". Il en va de même lorsque l'EVAM estime que les deux éléments " types de rapport " et " contenu des rapports " sont peu précis et que les termes se référant à la " communication non-violente " et à la " science proxémique " n'ont pas été trouvés (cf. les pièces produites par l'EVAM n° 701 et 702 mises en rapport avec les dossiers d'offres des parties). Contrairement à ce qu'insinue la recourante, il n'apparaît pas non plus que l'EVAM a surévalué ou mal évalué les tiers intéressés. Comme pour la recourante, il n'a pas admis tous les éléments indiqués par B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_. Au contraire, il a refusé de reconnaître six points supplémentaires de l'auto-évaluation de B.\_\_\_\_\_ (déontologie, situations possibles, démarches et procédures du signalement, science proxémique, communication non-violente, divers des applications métiers) et dix points de celle de C.\_\_\_\_\_ (hygiène de vie au travail, culture d'entreprise, pièces d'identité officielles, procédure suite à effraction, gestion du stress, confidentialité, Word, Outlook, Excel, brevet interne). Certes, la recourante fait valoir que le raisonnement de l'EVAM en vue de l'appréciation du sous-critère de la formation est impossible à reconstituer. Dans la mesure où la recourante exige des explications détaillées par rapport à tous les 58 éléments d'appréciation avec la divulgation des indications faites dans les offres des soumissionnaires, le principe de la confidentialité des offres, sur lequel a également insisté la recourante, s'y oppose. Par ailleurs, la recourante n'a elle-même pas détaillé pourquoi et sur quelle base les points refusés par l'EVAM auraient dû lui être attribués. Ni son auto-appréciation, ni ses écritures ne contiennent d'indications précises. Dans son auto-appréciation, la recourante renvoie à des onglets de son dossier d'offres. A l'étude de ces pièces, il ne peut être retenu que

l'EVAM aurait outrepassé son pouvoir d'appréciation de manière illicite, que cela soit par rapport aux offres de la recourante ou celles des tiers intéressés. L'indication de motifs plus précis par le Tribunal de céans atteint également ses limites, vu l'obligation de confidentialité sur laquelle ont insisté tous les soumissionnaires dans le cadre des deux procédures judiciaires. La recourante critique le fait que l'EVAM n'est pas revenu sur les éléments pour lesquels il avait déjà octroyé des points lors de son examen avant la première procédure judiciaire (MPU 2016.0018) et qu'il n'a pas non plus examiné s'il fallait reconnaître des points pour les éléments pour lesquels les soumissionnaires ne s'étaient eux-mêmes pas attribués de points lors de leur auto-appréciation. Ces griefs sont mal fondés. D'une part, l'EVAM avait déjà procédé à un examen des offres avant la première procédure judiciaire. Le Tribunal n'a pas retenu que cet examen était erroné, mais uniquement que, faute de précisions, il ne pouvait pas procéder lui-même à un contrôle pour vérifier si l'EVAM avait apprécié les offres sans arbitraire. Comme indiqué, à la suite des compléments d'informations, ce contrôle est entre-temps devenu possible. D'autre part, vu que l'EVAM avait procédé à un examen complet avant la première procédure judiciaire, il n'était pas arbitraire qu'il renonce à un nouvel examen des éléments d'appréciation que les soumissionnaires admettaient eux-mêmes ne pas remplir à l'occasion de leur auto-appréciation après avoir pris connaissance de cette première appréciation par l'EVAM. La recourante fait encore valoir, en particulier dans sa réplique, qu'il apparaissait impossible pour un soumissionnaire de comprendre les véritables attentes de l'EVAM. Ce grief est également mal fondé. L'EVAM a exigé un " descriptif du plan de formation proposé afin de satisfaire aux exigences de l'adjudicateur en la matière " (cf. table des matières du document K2 du DAO sous " Autres annexes d'appréciation "). L'EVAM voulait savoir quelles formations donnaient les soumissionnaires à leurs collaborateurs pour s'assurer que ceux-ci étaient le plus aptes possible à remplir leur engagement dans le domaine du marché en question. L'EVAM n'était pas obligé d'informer les soumissionnaires préalablement en détail du plan de formation qu'il attendait de leur part. Comme il a déjà été exposé (au consid. 2 ci-dessus), il n'était pas non plus nécessaire que l'EVAM porte les éléments d'appréciation du sous-critère à la connaissance des soumissionnaires avant l'ouverture des offres. Enfin, à la suite des explications données par l'EVAM, les éléments d'appréciation du sous-critère de la formation sont aujourd'hui suffisamment compréhensibles pour retracer l'évaluation du sous-critère. Au vu de qui précède, il n'était toutefois pas nécessaire que les soumissionnaires connaissent déjà en détail le contenu et la portée de chacun des 58 éléments d'appréciation. Il incombait aux soumissionnaires de décrire leur plan de formation pour démontrer dans quelle mesure ils satisfont aux exigences du marché en question. Par ailleurs, il sera encore relevé que les 58 éléments d'appréciation retenus par l'EVAM ne prêtent pas le flanc à la critique, ce qu'aucune partie à la présente procédure n'a du reste sérieusement remis en question. g) Les griefs soulevés par la recourante au sujet du sous-critère de la formation s'avèrent donc également mal fondés. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de procéder à des mesures d'instruction supplémentaires (notamment une audience d'instruction, voire une audition de témoins), ni d'examiner le grief soulevé par C. \_\_\_\_\_ relatif à sa propre notation et à celle de la recourante pour le second sous-critère du recrutement (cf. ci-dessus consid. 4c in initio ). 5. Le recours, mal fondé dans son intégralité, doit dès lors être rejeté, les décisions d'adjudication du 8 février 2017 étant confirmées. Les frais judiciaires, arrêtés à 9'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui n'obtient pas gain de cause (cf. art. 49 LPA-VD et art. 3 al. 1 du Tarif cantonal du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative -

TFJDA; RSV 173.36.5.1). Celle-ci devra pour la même raison verser également aux autres parties, qui sont toutes représentées par des mandataires professionnels, une indemnité à titre de dépens de 3'000 fr. pour l'EVAM et pour chacune des tiers intéressées (cf. art. 55 LPA-VD et 10 s. TFJDA).

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