

VD_OMNI MPU.2019.0005 vom 31. Juli 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-07-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0005

FR: VD_OMNI MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019

IT: VD_OMNI MPU.2019.0005 del 31 luglio 2019

Regeste

A. _____ /Transports publics de la région lausannoise SA, B. _____ | Marché public portant sur la surveillance du réseau et des infrastructures des TL et du LEB. Procédure sélective à deux tours. - Pas de violation du droit d'être entendu (consid. 3): la recourante pouvait savoir sur la base du tableau de synthèse d'évaluation des offres sur quels critères la différence s'était faite avec l'adjudicataire; elle a reçu par ailleurs des précisions sur les points faibles de son offre à l'occasion de deux séances d'informations organisées à sa demande. - Pas de motif d'exclure l'offre de l'adjudicataire (consid. 4 à 6): l'exigence de l'autorisation de l'OFT - qui était critiquable et aurait sans doute été jugée incompatible avec le droit des marchés publics - a été abandonnée avant la phase de sélection; si la recourante voulait contester cette modification des conditions de participation au marché, elle aurait dû le faire dans le cadre d'un recours contre les documents d'appel à candidature, voire contre la décision de sélection de l'adjudicataire; tardif, le grief était de toute manière mal fondé. - Pas de notation arbitraire des critères d'adjudication (consid. 7 et 8). Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne notamment la qualité pour recourir à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. En matière de marchés publics, on considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (arrêts MPU.2018.0038 du 11 février 2018 consid. 1b et MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2; voir ég. 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], en particulier ATF 141 II 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4 et 140 I 285). En l'espèce, la recourante a été classée au 2^{ème} rang sur les cinq offres évaluées. Elle a obtenu un total de points de 389.12 contre 425 pour l'adjudicataire. A titre principal, elle soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue, au motif qu'elle n'était pas au bénéfice d'une autorisation de l'OFT au moment de l'adjudication et que son offre constituerait un cas de

sous-enchère prohibée. Si elle obtient gain de cause sur ce grief, elle obtiendrait le marché, ce à quoi elle conclut. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et formes prescrits par l'art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et art. 19, 20 et 79 LPA-VD). Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4; MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2; MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3 et les arrêts cités). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de statuer en opportunité et de violer ainsi l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Le tribunal n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les nombreuses références citées; arrêts TF 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.1 et TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4; MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 2 et les arrêts cités).

E. 2.1

Bonne connaissance de la mission et du réseau démontrée par la réponse sur ce chapitre. Grande emphase sur la flexibilité et la capacité d'adaptation.

E. 2.2

et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée en tant que telle ne contenait aucune motivation, si ce n'est l'indication que l'offre de l'adjudicataire était économiquement la plus avantageuse. Le tableau de synthèse de l'analyse multicritères des offres était par contre joint. La recourante pouvait savoir sur cette base sur quels critères la différence s'était faite avec l'adjudicataire. A l'occasion de deux séances d'informations organisées à sa demande, elle a reçu par ailleurs des précisions sur les points faibles de son offre. Les exigences posées par l'art. 42 al. 2 et 3 RLMP-VD ont dès lors été respectées. On ne saurait par ailleurs reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pas remis à la recourante le rapport d'évaluation complet. L'art. 18 RLMP-VD prescrit en effet que les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, doivent être traités de façon confidentielle et que l'adjudicateur ne peut en faire usage ou les transmettre à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné. Or le rapport d'évaluation contient des informations sur les offres de chacun des soumissionnaires. Sa transmission à la recourante aurait dès lors constitué une violation de l'art. 18 RLMP-VD précité. Quant aux notes des autres soumissionnaires (qui sont arrivés derrière la recourante), on ne voit pas quelle aurait été leur utilité pour motiver le recours. Quoiqu'il en soit, vu l'accord de l'adjudicataire, la recourante a pu prendre connaissance dans le cadre de la présente procédure de l'intégralité du dossier, en particulier du rapport d'évaluation et de l'offre de sa concurrente. Elle a par ailleurs eu l'occasion de compléter ses moyens. Ainsi, à supposer son droit d'être entendue violé, le vice a été de toute manière réparé en cours de

procédure.

E. 2.2.1

Lien pertinent fait avec la matrice d'intervention exposée au chapitre précédent. 2.2.2.1 Intervention des agents graduelle et mesurée. Bonne expérience sur ce type d'interventions (99% des cas résolus sans escalade). 2.2.2.3 L'isolement de la personne agressive et la protection des voyageurs sont mises en avant pour ce type d'intervention.

E. 2.2.3

Le descriptif des premières mesures sur le terrain manque (procédure) La recourante ne comprend pas le point faible mentionné. Elle estime avoir décrit longuement et précisément les premières mesures à prendre. Elle en conclut qu'elle n'a que des points forts et qu'elle aurait dès lors dû obtenir la note maximale de 5. La critique ne porte toutefois que sur les premières mesures en cas de "présence d'un colis suspect" et non pas sur l'ensemble des premières mesures. Or, comme l'autorité intimée le relève, l'offre de la recourante se limite sur ce point à mentionner au "le PCC concerné doit être avisé" et que "le périmètre [doit être] sécurisé" (annexe B, § 2.2.3, p. 7). Les mesures mises en place en vue de sécuriser le périmètre ne sont en particulier pas indiquées. Il s'agit donc bien d'un point faible. Quoi qu'il en soit, le seul fait de n'avoir que des points forts ne suffit pas pour obtenir la note maximale de 5. Selon le barème applicable, cette note est en effet réservée aux candidats qui répondent aux attentes "avec beaucoup d'avantages particuliers par rapports aux autres candidats". Si l'autorité intimée a considéré que tel n'était pas le cas, elle a néanmoins reconnu que l'offre de l'adjudicataire était de qualité et présentait sur le sous-critère "concept méthodologique d'intervention et de sûreté" certains avantages particuliers par rapport à ses concurrents, ce qui justifiait l'attribution de la note de 4, qui est la meilleure note obtenue parmi les soumissionnaires à égalité avec les C._____. Au regard de l'offre de la recourante, cette appréciation n'apparaît pas critiquable, ou à tout le moins pas arbitraire, compte tenu – on le rappelle – du très large pouvoir d'appréciation dont le pouvoir adjudicateur dispose en matière d'évaluation des offres. d) Les notes de 4 et 3 attribuées à la recourante et à l'adjudicataire ne peuvent dès lors qu'être confirmées.

E. 2.4

Ne peut pas prendre d'engagement sur une performance d'intervention (pas de véhicule prioritaire) mais partage une donnée statistique (majorité des interventions en moins de 25 minutes). Points faibles

E. 3

Sur le plan formel, la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu; elle reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas lui avoir communiqué le rapport d'évaluation et les notes des autres candidats et de ne pas lui avoir donné d'explication claire et précise au sujet des notes attribuées. a) Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.; RS 101) confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivé. Cette garantie tend à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue ainsi à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (ATF 133 III 439 consid. 3.3; 126 I 97 consid. 2b). L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés

par les parties. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 134 I 83 consid. 4.1; 133 I 270 consid. 3.1 ; 126 I 15 consid. 2a/aa et les références citées). Le droit des marchés publics comprend une réglementation particulière en la matière. Ainsi, l'art. 42 du règlement d'application de la LMP-VD du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1) dispose que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées (al. 2) et que sur demande d'un soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 3) (cf. ég. art. 13 let. h de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics [A-IMP; BLV 726.91]). L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu (Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Bâle 2013, ad art. 9 LMI n. 64). Les exigences en la matière ne se sont pas très élevées. La motivation d'une décision d'adjudication sera considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 4a; MPU.2017.0002 du 16 mars 2017 consid. 4c/aa; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 4 et les arrêts cités). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 187 consid. 2.2; ATF 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; ATF 133 I 201 consid.

E. 4

Sur le fond, la recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue, au motif qu'elle n'était pas au bénéfice d'une autorisation de l'OFT au moment de l'adjudication. a) La loi fédérale du 18 juin 2010 sur les organes de sécurité des entreprises de transports publics (LOST; RS 745.2) et son ordonnance d'exécution du 17 août 2011 (OOST; RS 745.21) régissent les tâches et les compétences des organes de sécurité des entreprises de transports publics. Selon l'art. 5 al. 3 LOST, les entreprises de transport peuvent demander à l'Office fédéral des transports l'autorisation de confier les tâches des services de sécurité à une organisation privée qui a son siège en Suisse est en majoritairement en mains suisses; l'autorisation est accordée lorsque l'organisation garantit le respect des prescriptions. L'art. 7 OOST précise la procédure d'autorisation et les prescriptions à respecter. b) Conformément à l'art. 32, 1^{er} tiret, let. a RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés. Les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ils servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. art. 13 let. d A-IMP; cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1; 141 II 353 consid. 7.1; 140 I 285 consid. 5.1). Selon la jurisprudence, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou du moins qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication

(TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.2; TF 2D_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.3; TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1 et 6.3; ég. arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 8a, MPU.2016.0002 du 18 avril 2016 consid. 2b et les arrêts cités). Compte tenu de sa nature, le non-respect d'un critère d'aptitude n'est en principe pas considéré comme un élément mineur, à moins que les insuffisances soient bénignes (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1). c) Dans le cadre de la procédure sélective, les documents d'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a). Toutefois, il importe en principe, de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (ATF 130 I 241 consid. 4.3; ég. TF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1). d) En l'espèce, le marché litigieux a fait l'objet d'une procédure sélective à deux tours. Les exigences que les candidats devaient remplir pour que leurs dossiers soient jugés recevables pour être sélectionnés pour le deuxième tour étaient fixées dans le dossier d'appel à candidatures. Les conditions administratives (pièce 1), sous ch. 4.3.2 "Conditions particulières de recevabilité", prévoyaient en particulier que " pour les prestations du lot 1 "Surveillance du réseau", les candidats [devaient] respecter toutes les conditions de la LOST et de la OOST, et notamment avoir leur siège en Suisse et être majoritairement en mains suisses, conformément à la loi fédérale sur les organes de sécurité des entreprises de transports publics (LOST, art. 5, alinéa 3) – preuve à joindre dans la pièce 3.2" . Le cahier des charges techniques (pièce 2), sous ch. 4.2 "Tableau des exigences générales", rappelait et précisait ces conditions, en prescrivant que les candidats devaient " avoir [leur] siège en Suisse ", " être majoritairement en mains suisses ", " remplir les critères d'obtention de la demande d'autorisation de délégation des tâches du service de sécurité et avoir obtenu cette autorisation " et " faire partie du Concordat des entreprises de sécurité ". Il soulignait par ailleurs que l'objectif général était " d'assurer une présence – surveillance sur le réseau tl avec du personnel agréé par l'OFT conformément à la [LOST et l'OOST] afin de gérer la sécurité sur le réseau et favoriser le sentiment de sécurité de la clientèle tl ". L'offre qualitative (pièce 3.2), sous ch. 5 "Certifications, autorisations et attestations" exigeait enfin la production de la " Certification de l'OFT pour effectuer les prestations du lot 1 prévues par la LOST et l'OOST ". Dans le cadre des "questions/réponses", un des candidats s'est interrogé sur l'exigence d'une "certification de l'OFT", relevant que, renseignements pris auprès de l'OFT, l'autorisation de l'art. 5 LOST n'était délivrée que, sur requête de l'entreprise de transport, sur la base d'une convention entre l'entreprise de transport et l'entreprise de sécurité, une fois le marché attribué. L'autorité intimée lui a répondu: "Tous les candidats déjà en possession d'une autorisation en vigueur pour une entreprise de transport public en Suisse devront joindre la copie à leur dossier de candidature. Les candidats qui ne possèdent pas d'autorisation en vigueur, doivent joindre les informations demandées au chapitre 5 de la pièce 3.2 (version modifiée). Il est toutefois précisé que l'adjudicateur ne saurait attribuer le marché (notamment le lot 1) à une entreprise n'étant pas en mesure d'obtenir l'autorisation à l'issue de l'examen d'attribution de l'OFT. En

conséquence, si l'adjudicateur devait attribuer le marché à une entreprise qui n'est pas encore en possession de cette autorisation, la décision d'adjudication sera sous réserve de son obtention. En ce sens, l'adjudicateur se réserve le droit de révoquer sa décision d'adjudication en cas de défaut d'obtention de ladite autorisation. La pièce 3.2 a été modifiée conformément aux précisions apportées dans la réponse à cette question. Les modifications figurent en bleu dans la pièce 3.2. La nouvelle version est téléchargeable sur www.simap.ch, sous la rubrique documents." L'autorité intimée a ainsi renoncé à exiger des candidats qu'ils soient en possession d'une autorisation de l'OFT déjà au moment de la sélection. Selon la nouvelle teneur de la pièce 3.2, il suffisait qu'ils démontrent remplir les critères pour l'obtenir. Or, l'adjudicataire, qui a son siège en Suisse, qui est majoritairement en mains suisses et qui remplit les conditions de l'art. 4 de l'ordonnance du 24 juin 2015 sur l'engagement d'entreprises de sécurité (OESS; RS 124), réalise de telles exigences. L'autorité intimée n'avait dès lors aucun motif de l'exclure de la procédure. Si la recourante voulait contester cette modification des conditions de participation au marché, elle aurait dû le faire dans le cadre d'un recours contre les documents d'appel à candidatures (art. 10 al. 1 let. a LMP-VD; ATF 130 I 241 précité consid. 4.2), voire contre la décision de sélection de l'adjudicataire (art. 10 al. 1 let. b. LMP-VD). C'est en vain qu'elle soutient qu'il n'était pas aisé de comprendre que l'exigence de l'autorisation de l'OFT avait été abandonnée et qu'elle ne serait dès lors pas forclosée à faire valoir ce grief au stade de la procédure d'adjudication. La réponse du pouvoir adjudicateur et la nouvelle teneur de la pièce 3.2 ne laissent en effet pas de place au doute sur ce point. En particulier, on ne saurait voir d'ambiguïté dans le seul fait que le ch. 4.2 du cahier des charges techniques n'ait pas été modifié et la phrase "et avoir obtenu cette autorisation" maintenue. Le grief est dès lors tardif. Il était quoi qu'il en soit mal fondé. Contrairement à ce que la recourante soutient, il n'y a en effet pas de principe d'intangibilité de l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur peut préciser ou modifier les conditions d'appel d'offres, respectivement d'appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective, pour autant que cela se fasse dans le respect des principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires et que cela ne remette pas fondamentalement en question la nature du marché (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 175 et 218 s. et les références citées). Les conditions administratives, sous ch. 5.13 "Modifications du cahier des charges par l'adjudicateur", rappelaient expressément cette possibilité. En l'occurrence, la modification litigieuse a été communiquée à l'ensemble des candidats potentiels par le biais de la plateforme www.simap.ch. Elle est par ailleurs intervenue avant le délai de dépôt des dossiers de candidatures, ce qui permet d'écartier tout soupçon de manipulation. Elle n'a par ailleurs pas eu pour effet de modifier la nature du marché. Elle n'est dès lors pas critiquable. On relèvera encore que le fait de restreindre l'accès au marché aux seules entreprises qui disposaient déjà d'une autorisation de l'OFT (qui – on le rappelle – ne peut être obtenue que sur requête de l'entreprise de transport une fois le marché adjugé), comme le dossier d'appel aux candidatures le prévoyait initialement, aurait sans doute été jugé incompatible avec l'un des objectifs principaux poursuivis par le droit des marchés publics, qui est d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. a A-IMP; art. 3 let. a LMP-VD; cf., pour un cas comparable, arrêt MPU.2015.0036 du 2 novembre 2015 consid. 3).

E. 5

La recourante fait valoir également que l'offre de l'adjudicataire constituerait une sous-enchère prohibée par la loi, ce qui aurait dû conduire à son exclusion. a) Selon l'art. 32,

2 ème tiret, let. b RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP-VD. Cette dernière disposition prévoit que "si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent porter notamment sur le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail." Le pouvoir adjudicateur n'a ainsi pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions ("demande"), conformément au droit d'être entendu, lorsqu'il envisage d'exclure une offre; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 130 I 241 consid. 7.3). En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé inadmissible, pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (cf., pour ces notions, ATF 140 I 285 consid. 5.1), ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 141 II 1 4 consid. 10.3). Ce n'est que si les explications données n'apparaissent pas convaincantes que l'offre en question peut être écartée du marché (ATF 130 I 241 consid. 7. 3; é.g. arrêts MPU.2017.0014 du 7 juin 2017 consid. 4a, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 5a et les références citées). Un prix avantageux peut être dû en particulier à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. notamment arrêts précités MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a) Selon la jurisprudence de la cour de céans, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des vérifications lorsque l'écart est supérieur à 30% de la moyenne des offres (arrêts précités MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a et les références citées). b) En l'espèce, l'adjudicataire a présenté une offre de 1'324'746 fr. 40. Elle est inférieure de 29.42% à la moyenne des offres déposées, qui s'est élevée à 1'877'008 francs. Cette moyenne est toutefois faussée par le prix très élevé (plus de deux fois supérieur à celui de tous les autres soumissionnaires) offert par un des soumissionnaires. Si on fait abstraction de ce prix "anormalement haut", l'écart ne s'élève qu'à 11.85%. Bien qu'elle ne fût pas tenue de le faire, l'autorité intimée a malgré tout procédé à certaines vérifications et a requis des explications sur l'offre financière déposée lors de deux demandes de clarification écrites et d'une audition. L'adjudicataire a confirmé à ces occasions qu'elle avait pris en compte l'ensemble des exigences du cahier des charges dans la détermination de son prix et qu'il n'y avait pas de surcoût caché. Elle l'a répété dans le cadre de ses écritures et à l'audience, soulignant pour répondre aux critiques de la recourante que le tarif horaire proposé lui permettait de respecter la Convention collective de travail applicable et de générer une marge suffisante et raisonnable pour couvrir les frais généraux et les risques entrepreneuriaux. Aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause ces explications, qui ont été jugées rassurantes par l'autorité intimée et qui l'ont convaincue de la crédibilité de l'offre déposée, et de considérer que l'adjudicataire serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations selon les règles de l'art au prix offert. Les seules affirmations contraires de la recourante, dont l'offre n'est en définitive pas si éloignée de celle de l'adjudicataire (l'écart s'élève à 10.19%), ne sont à cet égard pas suffisantes. Il convient de relever par ailleurs que, si l'adjudicataire n'a pas de réelle expérience dans le domaine spécifique de la sécurité des transports, elle peut se prévaloir en revanche d'une pratique de près de quarante ans dans le domaine de la protection des biens et des

personnes. Au regard de ces éléments, l'offre de l'adjudicataire ne constitue pas un cas de sous-enchère prohibée par la loi.

E. 6

La recourante invoque encore un autre motif d'exclusion: le défaut de signature. a) Conformément à l'art. 32, 2^{ème} tiret, let. d RLMP-VD, une offre peut être exclue, lorsqu'elle n'a pas été signée. Selon la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. supra consid. 4b), l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou du moins qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication. Il est par ailleurs excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (arrêts précités MPU.2018.0014 consid. 8a et MPU.2016.0002 consid. 2b). b) En l'espèce, il n'est pas contesté que D._____ a signé seul l'offre déposée au nom de l'adjudicataire. Or ce dernier ne bénéficie que de la signature collective à deux. L'offre déposée n'a dès lors pas valablement été signée. La cour de céans a toutefois déjà jugé qu'un tel vice devait être qualifié de véniel et qu'il ne saurait conduire à une exclusion de l'offre, sans que le soumissionnaire ait été invité à réparer au préalable le manquement (arrêt MPU.2013.0021 du 19 décembre 2013). Même si l'autorité intimée ne l'a pas requis, l'adjudicataire a produit en cours de procédure et à toutes fins utiles un document signé par son directeur et un de ses administrateurs, chacun titulaire de la signature collective à deux, approuvant l'offre déposée. Le vice doit ainsi être considéré comme réparé. Comme l'autorité intimée l'a relevé dans ses écritures, la recourante, dont l'offre de candidature n'était également pas valablement signée, est malvenue de faire valoir un tel argument.

E. 7

La recourante critique en outre la notation du sous-critère "exigences générales". a) Pour ce sous-critère pondéré à 25%, la recourante a obtenu la note de 3.5 et l'adjudicataire la note de 4. Le dossier d'appel d'offres (offre qualitative, ch. 1) mentionnait les éléments d'appréciation suivants: gouvernance et organisation (système de management intégré, concept de suivi des événements et gestion des données personnelles et confidentialité); gestion des ressources humaines (personnel fixe et personnel auxiliaire, moyen humains, gestion des dysfonctionnements, formation initiale et continue selon OOST et formation aux moyens d'extinction); équipements de travail (équipement selon OOST, équipement de protection individuelle et moyens de communication); niveaux de service (concept en cas de relève du niveau d'alerte global et plan de continuité des activités). Les soumissionnaires devaient établir un rapport décrivant ces différents points. b) La recourante soutient tout d'abord que l'adjudicataire n'aurait pas dû avoir une note suffisante, au motif qu'elle ne disposerait pas d'un service d'intervention 24h/24 dans la région lausannoise et qu'elle ne bénéficie pas d'une autorisation de l'OFT. Elle se réfère à cet égard aux exigences spécifiques décrites dans le cahier des charges techniques. Ces éléments n'entraient toutefois pas dans l'évaluation du sous-critère "exigences générales", dont les éléments d'appréciation, qui sont énumérés exhaustivement au ch. 1 de l'offre qualitative, ont été rappelés ci-dessus. Il s'agit de critères d'adjudication ou de sélection, qui ont été examinés définitivement dans le cadre du 1^{er} tour de la procédure sélective. L'autorité intimée n'avait pas à en tenir compte dans la notation du sous-critère "exigences générales". Quoi qu'il en soit, l'adjudicataire a confirmé qu'elle disposait d'un service d'intervention 24h/24 dans la région lausannoise tant dans son offre (pièce 19 du dossier de l'autorité intimée, annexe B,

ch. 2.4) que lors de son audition par le comité d'évaluation (pièce 28 du dossier de l'autorité intimée, réponse à la question 2). Les pièces produites par la recourante, en particulier les pièces 26 à 29, ne permettent pas d'établir le contraire. Elles font tout au plus état de quelques interventions que d'autres sociétés du Groupe Global Security, auquel l'adjudicataire appartient, ont sous-traitées à la recourante. Quant à l'autorisation de l'OFT, elle n'était comme on l'a relevé ci-dessus (cf. supra consid. 4) pas – ou plus – requise. Il suffisait que les soumissionnaires démontrent remplir les critères pour l'obtenir. c) La recourante critique également sa propre notation. Selon elle, il est insoutenable de retenir qu'elle remplit à peine les exigences posées, vu son expérience et les concepts proposés. Dans son rapport d'évaluation du 16 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a recensé pour l'offre de la recourante les points forts et les points faibles suivants s'agissant du sous-critère "exigences générales": Points forts 1.1.1 Chapitre Gouvernance et organisation - Gestion de la veille sur les menaces: Description des menaces stratégiques pour l'entreprise. -Processus particulièrement détaillé et fourni pour la gestion des non-conformités (détaillé sous forme de logigramme avec définition de cas concrets de non-conformités) 1.1.2 Système de suivi des événements en place incluant le concept de bruit de fond 1.2.2 La part de collaborateurs fixes et le nombre total de personnes formées à la mission tl est élevé. Points faibles 1.1.1 Chapitre Gouvernance et organisation: - Pas de point environnemental dans la charte et pas de document de charte signé par la Direction. - Gestion de la Documentation: le processus n'est pas décrit. - Contrôle interne mentionné dans le PDCA mais pas développé. 1.1.3 Ne cite pas la réglementation applicable en matière de protection des données (LPD, RGPD...). La gestion et la gouvernance des données ne sont pas mentionnées. 1.4.2 Seuls les cas de remplacement d'urgence des collaborateurs sont mentionnés. La recourante nie les points faibles mis en évidence par le pouvoir adjudicateur, ou à tout le moins les minimise. Elle fait valoir ainsi que, dans la mesure où l'aspect environnemental n'était pas mentionné dans le paragraphe décrivant les éléments demandés, elle était partie du principe qu'il ne s'agissait pas d'un point central et que le simple renvoi au dossier du premier tour suffisait pour y répondre. Elle perd toutefois de vue que la critique ne porte pas sur la question du renvoi, mais sur l'absence "de point environnemental dans la charte", ce qu'elle ne semble pas contester. La recourante soutient en outre qu'elle aurait traité la question de la gestion documentaire en lien avec celle la gestion des données. Aucun processus n'y est toutefois décrit, hormis l'archivage informatique. C'est par ailleurs en vain que recourante se prévaut d'un manque d'information pour expliquer sa réponse peu détaillée. D'autres soumissionnaires et en particulier l'adjudicataire ont en effet parfaitement compris les attentes et ont traité la question de la gestion documentaire de façon circonstanciée. La recourante se défend par ailleurs de ne pas avoir développé suffisamment la question du contrôle interne. A la lecture de l'offre de l'intéressée, la critique apparaît toutefois justifiée. La présentation se limite en effet à un schéma généraliste, qui ne décrit pas précisément le système mis en place et qui n'a pas été adapté au marché en cause. La recourante ne comprend enfin pas la critique concernant la gestion des données. Comme l'autorité intimée le relève, le fait de ne pas s'être référé expressément à la réglementation sur la protection des données peut laisser entendre que la recourante n'a pas pris en compte tous les paramètres de la problématique, en particulier la durée de conservation des données, l'accès aux données et la communication faite aux personnes concernées. Il s'agit donc bien d'un point faible. Même s'ils ne sont pas d'égale importance, les points faibles mentionnés dans le rapport d'évaluation sont ainsi bien réels. L'autorité intimée n'a néanmoins pas jugé l'offre de la recourante insuffisante. La note de 3.5 qui lui a été attribuée signifie en effet, selon le

barème appliqué, que la recourante a non seulement répondu à toutes les attentes, mais présenté également un certain avantage par rapport à ses concurrents. Du reste, parmi les autres soumissionnaires, seule l'adjudicataire, qui a présenté davantage de points forts et dont le dossier était "très clair et très facile à consulter", a obtenu une meilleure note avec un demi-point supplémentaire. Dans ces conditions, on ne saurait retenir que l'autorité intimée a abusé de son très large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du sous-critère "exigences générales". d) Les notes de 3.5 et 4 attribuées à la recourante et à l'adjudicataire ne peuvent dès lors qu'être confirmées.

E. 8

La recourante se plaint enfin de la notation du sous-critère "concept méthodologique d'intervention et de sûreté". a) Pour ce sous-critère pondéré à 25%, la recourante a obtenu la note de 4 et l'adjudicataire la note de 3. Le dossier d'appel d'offres (offre qualitative, ch. 2) mentionnait les éléments d'appréciation suivants: présence sur le terrain et rondes, évaluation de la gravité des situations en vue d'une escalade aux autorités compétentes, comportements délinquants (personne qui fume dans un lieu non-fumeur, personne qui traverse les voies ou qui passe sous les barrières d'un passage à niveau, personne agressive et injurieuse, personne sous influence de produits modifiant le comportement), présence d'un colis suspect, personne armée avec comportement dangereux, valeurs ajoutées des services ou prestations, temps d'intervention sur appel d'une centrale d'alarme. Les soumissionnaires devaient établir un rapport décrivant ces différents points. b) La recourante soutient tout d'abord que l'adjudicataire n'aurait pas dû avoir une note suffisante, au motif qu'elle ne disposerait pas d'un service d'intervention 24h/24 dans la région lausannoise et qu'elle ne connaît pas les processus propres à la législation applicable. Comme on l'a déjà relevé (cf. supra consid. 7b), les pièces produites par la recourante ne permettent pas d'établir que l'adjudicataire n'aurait pas de service d'intervention 24h/24 dans la région lausannoise. Par ailleurs, contrairement à ce que la recourante soutient, les statistiques présentées par l'adjudicataire ne sont pas les siennes. Les temps d'intervention indiqués sont en effet différents. L'adjudicataire n'avait dès lors pas à être pénalisée. S'agissant de l'autre reproche invoqué par la recourante, il est vrai que l'adjudicataire n'a pas mentionné la possibilité offerte par la LOST de contrôler l'identité de la personne coupable de comportements délinquants. Elle ne maîtrise sans doute pas parfaitement les processus propres à cette législation. On ne peut toutefois pas le lui reprocher, dans la mesure où la LOST a un lien direct avec l'autorisation de l'OFT, qui n'était pas exigée au stade de l'adjudication (cf. supra consid. 4). A tout le moins, cette mauvaise connaissance ne saurait être considérée comme rédhitoire. Pour le reste, la recourante ne prétend pas que l'adjudicataire ne remplirait pas les attentes minimales concernant les autres éléments d'appréciation entrant dans l'évaluation du sous-critère "concept méthodologique d'intervention et de sûreté". Dans ces conditions, on ne saurait retenir que l'autorité intimée a abusé de son très large pouvoir d'appréciation en attribuant à l'adjudicataire la note de 3, qui, précisément, sanctionne les candidats qui répondent aux exigences, sans toutefois présenter d'avantage particulier par rapport à leurs concurrents. c) La recourante critique également sa propre notation. Dans son rapport d'évaluation du 16 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a recensé pour l'offre de la recourante les points forts et le point faible suivants s'agissant du sous-critère "concept méthodologique d'intervention et de sûreté":
Points forts

E. 9

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD). Elle devra par ailleurs verser une indemnité à titre de dépens à l'adjudicataire, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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