

VD_OMNI MPU.2019.0029 vom 23. Oktober 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-10-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0029

FR: VD_OMNI MPU.2019.0029 du 23 octobre 2020

IT: VD_OMNI MPU.2019.0029 del 23 ottobre 2020

Regeste

A. _____ /Département des institutions et de la sécurité, B. _____, Département de l'environnement et de la sécurité - DES | Question du respect de l'art. 83 LPA-VD, lorsque l'autorité intimée révoque sa décision d'adjudication et rend une nouvelle décision d'adjudication en modifiant la notation, laissée indéterminée. Ni l'adjudicataire, qui a expressément indiqué ne pas s'opposer à la décision de révocation, ni la recourante, dont l'ensemble des griefs soulevés au terme des deux procédures successives d'évaluation des offres sont examinés, ne subissent d'inconvénient. Sur le fond, l'autorité intimée n'a pas violé le principe de transparence, la notation qu'elle a attribuée à la recourante au terme des deux procédures successives d'évaluation des offres n'étant pas arbitraire et devant dès lors être confirmée. L'autorité intimée pouvait en particulier douter de l'aptitude de la recourante à exécuter le marché, dans la mesure où elle n'a pas démontré disposer du personnel nécessaire à l'exécution du marché, et lui attribuer pour ce motif la note de 1. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) S'agissant de la qualité pour recourir, l'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) la subordonne 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, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la CDAP, considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81; 140 I 285; ég. arrêts MPU.2020.0017 du 9 juillet 2020 consid. 1a; MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 1a; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 1a, MPU.2018.0038 du 11 février 2018 consid. 1b et les arrêts cités). b) En l'occurrence, la recourante a invoqué la protection primaire que lui offre le droit des marchés publics, à savoir l'adjudication du marché litigieux en sa faveur. Toutefois son offre a été classée, au terme de l'évaluation initiale, puis de la nouvelle procédure d'évaluation des offres, au troisième, respectivement au cinquième et dernier rang. Or, la

jurisprudence 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 p. 27; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). En l'occurrence, il est délicat d'admettre que la recourante a un intérêt digne de protection à la réforme de la décision attaquée, dans la mesure où elle a été classée respectivement troisième et cinquième au terme des procédures successives d'évaluation. Sa qualité pour recourir peut toutefois demeurer exceptionnellement indécise, dans la mesure où le recours doit quoi qu'il en soit être rejeté. c) Pour le surplus, les recours dirigés contre les décisions d'adjudication des 9 décembre 2019 et 15 mai 2020 ont été déposés dans les délais et formes prescrits par les art. 10 de la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; BLV 726.01) et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

Selon l'art. 24 al. 1 LPA-VD, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Cette disposition permet à l'autorité de joindre deux causes dont les fondements factuels ou juridiques sont identiques - ainsi par exemple lorsque deux recours sont formés contre une même décision; l'autorité dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (Exposé des motifs et projet de loi [EMPL] sur la procédure administrative, Mai 2008, tiré à part n° 81, pp. 22 s. ad art. 24). Il y a lieu ici de joindre les causes instruites sous les références MPU.2019.0029 et MPU.2020.0018, au demeurant instruites conjointement, afin qu'elles ne fassent l'objet que du présent arrêt, vu leur évidente connexité.

E. 2.5

p. 5; MPU.2020.0006 du 1^{er} octobre 2020 consid. 2a/aa). Une telle exception répond à l'intérêt lié à l'économie de la procédure: si, sur le vu du recours, l'autorité administrative découvre des faits nouveaux ou s'aperçoit qu'elle s'est trompée dans l'application du droit, il se justifie qu'elle se ravise et change son fusil d'épaule, plutôt que de persister dans une position qu'elle-même considère comme erronée ou, du moins, contraire à la loi (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb p. 232 /233, et les arrêts cités et EMPL sur la procédure administrative, Bulletin du Grand Conseil 2008 p. 43 s.; MPU.2020.0006 du 1^{er} octobre 2020 consid. 2a/aa.). Une reconsidération de la décision attaquée en défaveur du recourant est en revanche interdite (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb ; arrêt TF 5A_923/2018 du 6 mai 2019, consid. 3.2; MPU.2017.00020 du 3 octobre 2017 consid. 4b). b) L'application de l'art. 83 LPA-VD ne va pas sans poser de difficulté lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, à l'encontre d'une décision d'adjudication. Une modification, par l'autorité intimée, de la décision attaquée à l'avantage de la recourante revient en effet à péjorer la situation de l'adjudicataire. On peut ainsi s'interroger sur la possibilité, pour l'autorité intimée, de révoquer sa décision en conformité avec les exigences de l'art. 83 LPA-VD et des règles des marchés publics (cf. art. 41 RLMP-VD). Dans la mesure où l'adjudicataire a en l'occurrence expressément indiqué ne pas s'opposer à la décision de révocation, ses intérêts ne paraissent pas menacés. S'agissant de la recourante, on peut en revanche douter que la décision de révocation soit en sa faveur et respecte ainsi l'art. 83 LPA-VD. Cela étant, la recourante ne subit dans le cas présent aucun inconvénient d'une éventuelle violation de l'art. 83 LPA-VD. Le Tribunal a en effet prononcé la jonction des causes et aboutit à la conclusion, après examen de l'intégralité des griefs soulevés par la recourante, tant en ce

qui concerne la décision du 9 décembre 2019, que la décision du 15 mai 2020, que l'évaluation des offres doit être confirmée. Son droit d'être entendu est ainsi préservé. La question du respect, par l'autorité intimée, de l'art. 83 LPA-VD peut en conséquence demeurer indécise. 5. Sur le plan formel, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, au motif que l'autorité intimée lui aurait refusé l'accès à la motivation de la décision du 9 décembre 2019 sans motifs justificatifs. La recourante se plaint également d'une violation du droit à une décision motivée, dès lors que l'autorité intimée lui a transmis les notes qu'elle a attribuées dans la décision du 15 mai 2020 sans motiver les raisons pour lesquelles elle avait décidé de les baisser, ni s'expliquer sur les erreurs qu'elle aurait commises dans le cadre de la première décision. La recourante estime ainsi qu'elle n'a pas pu décider de l'opportunité du présent recours, et que dans la mesure où la violation de son droit d'être entendue ne peut être réparée par la CDAP, la décision doit être annulée. 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 RLMP-VD 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 AIMP). 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 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. 2.2 et les références citées). b) La

recourante soutient en premier lieu que l'autorité intimée lui aurait refusé l'accès au dossier qui l'a conduite à rendre la décision du 9 décembre 2019. L'autorité intimée a toutefois expliqué le 30 juin 2020 que le dossier déposé le 12 juin 2020 était complet, et que la "documentation lacunaire" mentionnée dans sa réponse du 12 juin 2020 faisait référence à des appréciations des personnes ayant mené la première évaluation des offres des soumissionnaires, qui n'avaient pas été retranscrites de manière à pouvoir être utilisées. Aucun élément ne permet de douter de cette affirmation, qui a du reste conduit l'autorité à reconsidérer sa décision initiale dans le délai de réponse. La recourante ne peut dès lors être suivie lorsqu'elle soutient qu'un dossier incomplet a été communiqué à la CDAP par l'autorité intimée. Pour le surplus, il est exact que la nouvelle décision du 15 mai 2020 ne contient aucune motivation, si ce n'est l'indication que les offres déposées dans le cadre de l'appel d'offres du 25 juin 2019 ont fait l'objet d'une seconde évaluation par un comité ad hoc, et que le marché a été attribué à B. _____ pour un montant de 7'3590'543 francs. Il y est cependant mentionné que le SPEN est à disposition pour toute information complémentaire. La grille d'évaluation des offres a été jointe à la décision. Au vu de cette grille, la recourante pouvait savoir sur la base de quels critères le marché avait été adjugé à l'adjudicataire. Si elle souhaitait plus d'informations, elle pouvait prendre contact avec le SPEN (cf. art. 42 al. 3 RLMP-VD). Les exigences posées par l'art. 42 al. 2 et 3 RLMP-VD ont dès lors été respectées. Au demeurant, à supposer que la décision du 15 mai 2020 ait été insuffisamment motivée, le vice aurait été de toute manière réparé dans la présente procédure, dans laquelle la recourante a eu la possibilité de se déterminer dans le cadre d'un double échange d'écritures. A cela s'ajoute que l'autorité intimée a été invitée à renseigner la Cour sur les motifs qui l'ont conduite à rapporter la décision d'adjudication du 9 décembre 2019, ainsi qu'à exposer, au moins succinctement, les "erreurs" qui ont été constatées dans l'évaluation initiale des cinq offres. Donnant suite à cette requête, l'autorité intimée a explicité dans sa correspondance du 12 juin 2020 que la procédure d'évaluation initiale des offres était entachée d'erreurs, en particulier en tant que la documentation était lacunaire et ne permettait pas d'étayer les notes attribuées aux soumissionnaires. L'autorité intimée a en outre joint le tableau des résultats détaillés de la seconde évaluation du 30 janvier 2020. Enfin, la recourante ne paraît plus soutenir que la décision du 15 mai 2020 est insuffisamment motivée, dès lors qu'elle a constaté dans sa dernière détermination du 31 juillet 2020 que l'autorité intimée avait fourni "pour la première fois une réelle motivation de sa nouvelle décision". Les griefs tirés du défaut de motivation, comme celui de violation du droit d'être entendu au motif que l'autorité aurait refusé de transmettre le dossier comprenant les éléments fondant la première décision, doivent dès lors être rejetés. 6. La recourante a sollicité l'audition de témoins, ainsi que la production de l'intégralité du dossier constitué par l'intimée. a) Le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance, de se déterminer à leur propos et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 143 III 65 consid. 3.2 p. 67; 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299 et les arrêts cités). b) A l'appui de son recours du 28 mai 2020, la recourante a requis l'audition de E. _____ en qualité de témoin, en exposant que lors de la rencontre avec ce dernier du 18

décembre 2019, il se serait dit désolé du résultat, en particulier compte tenu de l'excellente qualité de l'offre de la recourante, qui, si l'annexe Q11 avait été signée, aurait obtenu une très bonne note. En réplique, elle a confirmé ses réquisitions en sollicitant encore l'audition de deux autres personnes ayant participé à la première évaluation des offres. Or, ainsi qu'on l'a vu, l'objet du litige est désormais défini par la décision rendue le 15 mai 2020. Il n'est dans ces conditions pas déterminant d'entendre les personnes qui ont procédé à la première évaluation des offres, la Cour s'estimant par ailleurs suffisamment renseignée pour statuer en connaissance de cause, sans entendre les personnes dont la recourante requiert l'audition. La recourante a également requis la production de l'intégralité du dossier de l'autorité intimée, mettant en doute que celui-ci comprenne toutes les pièces. L'autorité intimée a été formellement invitée le 26 juin 2020 à indiquer par retour de courrier et d'efax si le dossier qu'elle avait produit le 12 juin 2020 comprenait toutes les pièces qui avaient conduit à la décision du 9 décembre 2019, et priée le cas échéant de joindre les pièces manquantes. Le 30 juin 2020, la Cheffe du SPEN a confirmé que le dossier déposé le 12 juin 2020 était complet. Aucun élément ne permet de douter de cette affirmation. Les réquisitions formulées par la recourante seront donc rejetées.

7. Le pouvoir d'examen du tribunal 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 et de la comparaison des offres. Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 2 et MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 2). Le tribunal laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b, MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b; MPU.2016.0016 du 12 décembre 2016 consid. 3). 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. 16 al. 2 de l'A-IMP et l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Partant, 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, 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). Si le pouvoir d'examen du tribunal en lien avec l'appréciation des offres est limité, il revient cependant au pouvoir adjudicateur de faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit pouvoir être retracée (arrêts MPU.2016.0018 précité consid. 2c; MPU.2016.0015 du 3 novembre 2016 consid. 3 et MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a). En revanche, le tribunal 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.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 2 et MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 2).

8. La recourante s'est plainte de la composition "anonyme" du comité qui a procédé à la nouvelle évaluation des offres. L'art. 13 RLMP-VD liste les indications que doit au minimum contenir la publication de l'appel d'offres. Or, le nom des membres du comité d'évaluation n'en fait pas partie. On ne peut dès lors pas déduire de cette absence un vice affectant le processus d'évaluation. Ce moyen a d'autant moins de portée que l'autorité intimée a finalement communiqué le 20 juillet 2020 les noms et fonctions des personnes ayant composé le comité. La recourante n'a par ailleurs pas communiqué d'éventuels motifs

de récusation à l'égard des membres du comité d'évaluation. Ainsi, même si l'autorité intimée s'est en définitive écartée des règles qu'elle s'était posée dans le cadre de l'appel d'offres, en mandatant des personnes externes à son service pour procéder à l'évaluation des offres, la recourante n'en a subi aucun préjudice.

E. 3

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; BLV 726.91), ainsi que par la LMP-VD et le règlement y relatif du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1).

E. 4

Il convient dans un premier temps de délimiter l'objet du litige, dans la mesure où l'autorité intimée a rendu une première décision d'adjudication le

E. 9

décembre 2019, qui attribuait la note de zéro à la recourante, on se dispensera d'examiner si, ce faisant, l'autorité a fait preuve de formalisme excessif dans le cadre de la première évaluation des offres. L'autorité intimée a au demeurant reconnu dans sa réponse du 12 juin 2020 (cf. ch. 25, p. 3) que la note de zéro qui avait initialement été attribuée à la recourante pour un défaut de signature d'un document devait être considérée comme du formalisme excessif. C'est en particulier pour ce motif, ainsi qu'en raison d'un défaut de documentation du processus d'évaluation permettant la traçabilité de la notation, que l'autorité intimée a procédé à un réexamen de la totalité des offres. La recourante soutient que l'autorité intimée aurait arbitrairement évalué le critère n°2, pour lequel elle a obtenu la note 1. Ce critère, qui porte sur le nombre, la planification et la disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché, a été évalué par l'autorité intimée sur la base des réponses apportées par les soumissionnaires en rapport avec les annexes Q1, Q3 en relation avec R11, Q4 en relation avec Q17 et R6, Q10, Q19, Q11, ainsi que Q21, en relation avec R6. aa) La recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir retenu que sa certification PAKO était échue, alors que le dossier d'appel d'offres ne mentionne pas cette certification à l'annexe Q1. Elle leur reproche en outre d'avoir fait état d'une certification ISO "allemande" pour l'ensemble du groupe. On voit mal ce que la recourante entend tirer de ces observations. S'il ne ressort effectivement pas de l'annexe Q1 que la certification PAKO doit être jointe, la rédaction de ladite annexe, avec une question rédigée largement, et visant à savoir si la société soumissionnaire a obtenu une certification qualité officielle qui prouve qu'une organisation interne a été mise en place afin de garantir que le marché pourra être exécuté conformément aux exigences du client (type ISO 9000 ou équivalent), permettait aux soumissionnaires de joindre plusieurs documents topiques; c'est en particulier ce qu'a fait B._____, qui a notamment joint des certifications actuelles et anciennes, sans que l'on ne discerne de la part de l'autorité intimée de violation du principe de la transparence, respectivement une appréciation arbitraire. Dès lors que la certification produite par la recourante était échue, l'autorité intimée était fondée à le relever. Il faut en revanche admettre, avec la recourante, que cette dernière est bien au bénéfice d'une certification ISO 9001 : 2015, qui s'étend à la société suisse du groupe auquel appartient la recourante. L'autorité intimée pouvait en revanche retenir, sans abuser de son pouvoir d'appréciation, que l'existence de cette certification ne permettait pas à la recourante de prétendre à un avantage dans le cadre de la notation du critère n°2, l'ensemble des soumissionnaires en étant au bénéfice ou sur le point de l'obtenir. bb) La recourante fait ensuite grief à l'intimée,

s'agissant des annexes Q3 et R11, d'avoir estimé qu'elle ne disposait pas de la certification MSST (mesures proposées en matière de santé et sécurité au travail pour l'exécution du marché). Or, à l'annexe R11, la recourante s'est limitée à cocher "oui" à la question de savoir si ces mesures sont décrites dans un PHS (plan d'hygiène et sécurité); elle a ensuite apporté des réponses très succinctes aux questions posées, sans user de la possibilité de joindre ses réponses sur une page A4 recto, contrairement à l'adjudicataire. La recourante a pour le surplus fait un renvoi général dans l'annexe R11 au plan SMS qui se trouve à l'annexe Q3, sans mettre en évidence les mesures qu'elle entend prendre en matière d'hygiène et de sécurité sur le lieu d'exécution du marché. Quant à l'annexe Q3, la recourante a certes joint un document intitulé "Concept santé et sécurité au travail". L'adjudicataire a quant à elle remis un Plan hygiène et sécurité, une RSE (responsabilité sociétale de l'entreprise), une SST (processus de gestion santé et sécurité au travail), ainsi qu'un MSST (manuel de santé et sécurité au travail). Au demeurant, le comité d'évaluation a relevé que le concept général des MSST de la recourante était "ok", mais trop large, avec des points énoncés hors propos, par exemple ceux liés au transport de fonds. S'agissant d'un marché de surveillance d'établissements pénitentiaires, il ne peut être fait grief aux évaluateurs d'avoir estimé, sous l'angle des mesures de santé et sécurité, que le risque lié aux armes aurait dû être mentionné dans l'offre de la recourante, sans que l'on puisse y voir une appréciation arbitraire. Il n'est pas non plus arbitraire d'avoir relevé que la recourante ne bénéficie pas de certification d'entreprise dans le domaine des MSST, contrairement à d'autres soumissionnaires. De même, le fait que le directeur régional ait suivi une formation MSST à titre individuel ne remplace pas une certification décernée à la société dans son ensemble. cc) La recourante s'en prend ensuite à l'appréciation des annexes Q4, Q17, et R6, estimant "irréaliste et contraire à l'égalité de traitement" qu'un soumissionnaire dispose de la totalité des effectifs nécessaires pour effectuer un important marché avant que celui-ci ne lui soit attribué. L'absence du personnel nécessaire à disposition pour l'exécution du marché peut à titre liminaire faire douter de l'aptitude de la recourante à exécuter le marché en cause. Les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. ATF 141 II 353 consid. 7.1 p. 369; 140 I 285 consid. 5.1 p. 293 s.). Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée (ATF 141 II 353 consid. 7.1 p. 369; arrêt 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.3). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité ("ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen", ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182; cf. arrêts TF 2C_665/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.3.3 et 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3). Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (arrêt TF 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.3; cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 181 s.). Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.2 p. 182 s.). Si l'adjudicateur estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté (ce qui peut se produire s'agissant d'attestations bancaires

destinées à prouver la capacité financière des soumissionnaires, cf. ATF 141 II 353 consid. 7.2 p. 369), alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres (cf. arrêt TF 2C_111/2018 du 2 juillet 2019 consid. 3.3.4), il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché. En effet, il n'est pas exclu que d'autres entreprises concurrentes, désireuses de participer au marché mais n'étant pas en mesure de remplir tous les critères d'aptitude au moment de soumissionner, y aient renoncé compte tenu de la teneur de l'appel d'offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 7.3 in fine p. 370; cf. ATF 145 II 249, consid. 3.3). Le fait de disposer du personnel nécessaire pour être opérationnel au début du marché constitue à l'évidence l'une des conditions primordiales pour se voir attribuer le marché en cause. S'agissant de la surveillance d'établissements pénitentiaires, il n'est en effet pas concevable que le personnel nécessaire ne puisse pas être immédiatement disponible, tout particulièrement pour le lot 1, qui requiert la disponibilité permanente d'agents armés et d'agents conducteurs de chien armés, lesquels assumeront d'importantes tâches de surveillance. L'appel d'offres ne réservait pas la possibilité, pour le soumissionnaire, d'engager le personnel indispensable à l'exécution du marché. La recourante a elle-même estimé, compte tenu des tournus, devoir engager au moins trois agents armés et trois agents conducteurs de chien armés, aucun des membres de son personnel présentement engagé ne pouvant être immédiatement déployé pour l'exécution du marché, ce qu'elle ne conteste pas. Cela étant, aucun des soumissionnaires ne disposait du personnel nécessaire, hormis l'adjudicataire, dans la mesure où elle est actuellement en charge du mandat de surveillance qui fait l'objet du présent marché. A la différence d'autres soumissionnaires, la recourante n'a toutefois pas fourni un processus de recrutement réaliste. Cette conclusion du comité d'évaluation résulte d'une analyse détaillée et comparative des diverses offres. De manière pertinente, l'autorité intimée a en effet déduit de la réponse apportée par la recourante à la question 1 de l'annexe R14 qu'une reprise du personnel en place était envisagée, pour le cas où aucun profil à l'interne ne correspondrait à celui recherché. Les évaluateurs ont à juste titre estimé, en motivant leur position, qu'il n'était pas réaliste de compter sur la reprise de la totalité des agents en place, et qu'il n'y avait dès lors pas de garantie que la recourante ait les ressources nécessaires au début du mandat, ni les moyens pour garantir l'exécution du marché. On relèvera que vu le nombre d'ETP (équivalent temps plein) envisagé par la recourante, et le montant de son offre (singulièrement les calculations des heures proposées dans les deux offres), le comité d'évaluation pouvait, sans verser dans l'arbitraire, affirmer que les conditions de travail auprès de la recourante étaient "a priori plus mauvaises" qu'auprès de l'adjudicataire. L'annexe Q20 confirme au demeurant cette affirmation, les prix/heure TTC de la recourante étant tous inférieurs à ceux de l'adjudicataire. On ne voit dans ces circonstances pas que les évaluateurs aient fait preuve d'arbitraire dans leur appréciation, ni une volonté d'écarter « coûte que coûte » l'offre de la recourante. On ne discerne pour le surplus pas une violation du principe de l'égalité de traitement, tous les soumissionnaires étant tenus de fournir une offre fondée sur les mêmes critères. En outre, s'il est exact qu'une montée en puissance n'était pas demandée dans le cahier des charges, le cahier des charges technique (annexe Q11) prévoyait néanmoins expressément l'obligation de fournir des services supplémentaires, avec au moins deux agents susceptibles d'être mis à disposition dans un délai d'une heure (ch. 2.7) et des services lors de situations extraordinaires, avec la mise à disposition de deux agents dans l'heure puis quatre agents supplémentaires dans les deux

heures (ch. 2.8). A juste titre, l'autorité intimée relève que la recourante n'a pas intégré ces aspects dans son offre, la recourante ne contestant pas qu'elle ne dispose actuellement pas du personnel nécessaire à l'exécution du marché. Sur cette base, l'autorité intimée pouvait légitimement s'interroger sur la compréhension, par la recourante, des enjeux du marché. Dans ces circonstances, l'autorité intimée pouvait retenir, sans abuser de son pouvoir d'appréciation, que l'offre de la recourante présentait d'importantes lacunes. Devant l'incapacité de la recourante de pouvoir garantir l'exécution du marché, l'autorité intimée pouvait, si elle renonçait à exclure son offre, à tout le moins lui attribuer une note insuffisante en relation avec l'évaluation du critère n°2, ayant trait aux moyens et ressources pour l'exécution du marché. dd) La recourante soutient ensuite, en lien avec l'annexe Q10, que le comité d'évaluation ne semble pas avoir compris la différence entre son organigramme et la structure opérationnelle du mandat. Là encore toutefois, l'évaluation n'est pas arbitraire: à suivre la recourante, le comité d'évaluation aurait dû examiner l'annexe Q10 en lien avec l'annexe R6 pour comprendre l'organigramme présenté. Or, un organigramme se veut clair, et la recourante n'a pas atteint cet objectif de clarté. L'organigramme présenté par l'adjudicataire définit quant à lui précisément les rôles et responsabilités des cadres, ainsi que les tâches qu'ils assument dans le cadre de chacun des lots. La clarté de son organigramme justifiait l'octroi d'une meilleure notation, sans que l'on ne discerne d'arbitraire dans la notation des offres. ee) En lien avec l'annexe Q19, la recourante soutient que les remarques du comité ne reflètent pas les informations de dite annexe, ni les indications fournies concernant les formations suivies par ses employés. Or, le comité d'évaluation a observé que la recourante ne proposait pas de formation avant le début du mandat pour le tir, la self-défense et la gestion du personnel, en relevant en particulier "personnel armé non formé avant le début du mandat!". L'examen de l'annexe Q19 complétée par la recourante est conforme à ces constats, puisque la recourante a répondu "non" à la question de savoir s'il y avait une formation de self-défense pour le chef de groupe, le chef d'équipe, le collaborateur cynophile, le collaborateur armé, le collaborateur de surveillance et le collaborateur de loge avant le début du mandat. De même, elle a répondu par la négative s'agissant de la formation tir pour le chef de groupe, le chef d'équipe, le collaborateur cynophile, et le collaborateur armé. Elle a enfin également répondu non à la question de la formation en gestion du personnel avant le début du mandat du cadre opérationnel, du chef de groupe et du chef d'équipe. On ne saurait accorder, dans ce cadre, une quelconque portée à l'affirmation de la recourante, selon laquelle les agents recrutés à l'interne sont déjà formés en self défense (réplique, p. 12, ch. 38.3), alors qu'elle ne démontre pas disposer de personnes formées à affecter au mandat. Partant, c'est là encore sans arbitraire que l'autorité intimée a apprécié l'offre de la recourante, étant constant que l'absence de formation au tir suscite les plus grandes inquiétudes sur la capacité des agents de la recourante à savoir utiliser des armes en cas de situation d'urgence ou de situation critique propre à une activité en milieu pénitentiaire. ff) La recourante critique encore l'appréciation faite par l'autorité intimée de l'annexe Q11. A teneur de ce document, les soumissionnaires devaient notamment être en mesure de fournir du matériel, sans les facturer en sus, soit notamment les véhicules de service, le réseau radio (centrale externe), ainsi que la main-courante électronique. Ces équipements ne pouvaient pas faire à proprement parler l'objet d'une évaluation, dès lors qu'ils devaient être impérativement fournis par les soumissionnaires en lien avec l'exécution du marché. Il s'agissait ainsi d'un aspect susceptible d'établir l'aptitude à réaliser le marché. Les soumissionnaires n'avaient d'ailleurs pas à compléter l'annexe Q11, mais devaient seulement la signer.

L'indisponibilité des moyens à fournir pouvait le cas échéant conduire l'autorité intimée à exclure l'offre en question. En l'absence d'indication à fournir par les soumissionnaires, l'autorité intimée ne pouvait toutefois pas tenir compte de cet aspect dans le cadre de l'évaluation du critère n° 2. Ce seul constat ne permet pas pour autant de remettre en cause le bien-fondé de l'évaluation à laquelle l'autorité intimée s'est livrée. Tout au plus faut-il en effet admettre qu'il s'agissait d'un aspect neutre, qui n'est susceptible ni d'avantager l'adjudicataire, ni de préjudicier la recourante en lien avec la notation obtenue au critère n°2.

gg) En dernier lieu, la recourante soutient derechef que la motivation du comité ne reflète pas son offre s'agissant des annexes Q21 et R6. Du point de vue de l'autorité intimée, les travaux de mise en place prévus sont faibles vu les spécificités du contexte pénitentiaire et des sites. La validation des procédures et des consignes en 16 heures lui semble impossible. L'autorité intimée a également relevé une problématique de cohérence entre les annexes Q21 et le planning. L'annexe Q21 devait permettre aux soumissionnaires d'évaluer le nombre d'heures nécessaires aux travaux et à la formation préalables avant le début du mandat, ainsi qu'à la formation préalable après le début du mandat. Dans l'annexe R6, les soumissionnaires devaient en outre fournir un planning d'intention selon les échéances fixées. La recourante ne démontre pas que l'autorité intimée aurait versé dans l'arbitraire en considérant que les travaux de mise en place prévus étaient faibles vu les spécificités du contexte pénitentiaire et des sites. Elle ne s'exprime pas non plus sur les contradictions mises en évidence par l'autorité intimée. Dans de telles circonstances, il n'y a pas de motif pour s'écarter de l'appréciation des évaluateurs.

hh) Il découle de l'ensemble de ces considérations que c'est sans abuser de son pouvoir d'appréciation que l'autorité intimée a attribué la note de 1 à la recourante en lien avec le critère n°2. Les éléments exposés par le comité d'évaluation sont clairs, et ne permettent pas de retenir que l'autorité intimée aurait versé dans l'arbitraire en attribuant la note de 1 à ce critère, sans que l'on puisse y voir une volonté du pouvoir adjudicateur d'écarter "coûte que coûte" l'offre de la recourante. L'offre de la recourante était en effet clairement insuffisante sur de nombreux aspects, dont celui - essentiel - des ressources en personnel. Quant aux conclusions des évaluateurs sur les autres points litigieux, elles n'apparaissent pas dénuées de pertinence et ne permettent en tout état de cause pas de discerner un quelconque avantage dont disposerait la recourante sur les autres soumissionnaires. La note de 1 qui lui a été attribuée pour le critère n°2 peut dès lors être confirmée. Même si l'on s'en tient à la première évaluation, la recourante ne pourrait ainsi prétendre à l'octroi du marché, ce qui aurait supposé qu'elle obtienne au moins la note de 1,2. On examinera néanmoins, par surabondance, les autres moyens soulevés par la recourante s'agissant de la notation des critères nos 3, 4 et 5.

c) La recourante critique la notation obtenue pour le critère n°3. L'adjudicataire s'est vue attribuer la note de 4,5, la recourante obtenant pour sa part la note de 1,5. Ce critère a été évalué sur la base des indications fournies par les soumissionnaires aux annexes Q4 et R9. Selon l'annexe Q4, les soumissionnaires devaient lister leur capacité en personnel et indiquer les caractéristiques des personnes-clés de l'entreprise. L'annexe R9 décrit la qualification des personnes clés (trois au maximum), sur la base notamment de leur formation, de leur expérience et de leurs références. Les CV de ces personnes devaient en outre être joints. Dans l'annexe Q4, la recourante a indiqué disposer de 3'093 postes de travail et a listé neuf personnes clés. A l'annexe R9, elle a décrit les qualifications de cinq personnes clés et a joint leur CV. L'autorité intimée a tenu compte des trois premiers profils présentés par les soumissionnaires pour évaluer leurs qualités respectives dans le cadre de l'évaluation du critère n°3, en tenant compte de l'expérience en milieu carcéral, de l'expérience dans la

sécurité opérationnelle, de l'expérience en management/conduite, de l'existence d'une éventuelle certification MSST, ainsi qu'en procédant à une appréciation globale. On ne saurait en premier lieu reprocher à l'autorité intimée d'avoir tenu compte, dans le cadre de son évaluation, des trois premiers profils de personnes clés présentés par la recourante. Il s'agit en effet d'un moyen objectif de sélectionner les trois profils pertinents. Il n'appartenait ainsi pas à l'autorité intimée de retenir les profils des personnes les plus qualifiées. La recourante conteste en outre l'appréciation faite par l'autorité intimée des qualités professionnelles de F._____ et G._____. L'autorité intimée a expliqué dans son écriture du 20 juillet 2020 les raisons l'ayant conduite à indiquer dans l'évaluation de ce critère qu'elle avait des doutes sur le bon déroulement du mandat du premier nommé pour le compte de la Prison de *****, respectivement sur la référence indiquée le concernant. Elle a ensuite relevé s'agissant du second qu'il n'avait pas eu d'autre expérience professionnelle que pour le compte de la recourante, sous réserve d'un engagement dans l'armée, sans précision. Le comité d'évaluation a ensuite déploré que les intéressés soient disponibles chacun à 50%, et qu'une personne ne soit pas responsable à 80% ou 100% pour le mandat. L'autorité intimée pouvait considérer que le profil de directeur présenté par l'adjudicataire, qui dispose d'une formation universitaire et possède une large expérience (26 ans), dont au moins une référence concerne le milieu carcéral, était meilleur que celui présenté par la recourante, lequel ne peut se prévaloir que d'une formation de base militaire – sans autre précision – et qui n'a présenté aucune référence en lien avec le domaine carcéral. S'agissant de la seconde personne clé, l'autorité intimée pouvait à nouveau avantager le profil présenté par l'adjudicataire, qui peut se prévaloir d'une formation spécialiste carcérale et dispose de deux références en lien avec des mandats exercés dans le domaine pénitentiaire. A l'inverse, le profil présenté par la recourante en second lieu ne peut se prévaloir que d'une seule référence de surveillance carcérale et ne dispose pas d'une formation spécifique dans le domaine carcéral. L'autorité intimée pouvait également légitimement douter de l'indication selon laquelle F._____ avait été actif 19 ans au sein de H._____, société qui existe depuis 2013 seulement. Enfin, le dernier profil présenté par l'adjudicataire dispose également d'une formation de spécialiste carcéral et dispose de deux références dans le domaine pénitentiaire, contrairement à la troisième personne clé mentionnée par la recourante, qui ne dispose d'aucune formation ou expérience dans ce milieu. Compte tenu de l'enjeu du marché, on ne saurait reprocher à l'autorité intimée d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en notant mieux l'adjudicataire que la recourante, dont les références pour des mandats similaires à celui qui est litigieux sont quasi-inexistantes. Même si l'attribution d'une note de 1,5 peut paraître sévère à l'égard de la recourante, elle demeure justifiée par la spécificité du marché en cause, l'autorité intimée disposant d'un très large pouvoir d'appréciation pour définir les aspects qui lui semblent indispensables à sa bonne exécution. La notation obtenue par la recourante en lien avec le critère n°3 peut donc être confirmée. d) Pour ce qui est du critère n°4, ayant trait aux références du soumissionnaire similaires à l'appel d'offres évaluées sur la base des indications fournies à l'annexe Q8, pour lequel la recourante a reçu la note de 2, elle soutient que lors de la rencontre du 18 décembre 2019, les employés de l'autorité intimée avaient indiqué qu'ils lui avaient donné la note de 4, "car l'entreprise n'avait pas de référence en milieu carcéral (ce que peu d'entreprises ont), mais que les autres critères étaient remplis". Elle en déduit que les commentaires et la note attribuée sont dès lors totalement arbitraires. A cet égard, il ressort de l'évaluation relative au critère n°4 que les références sont insuffisantes au regard des exigences du mandat. En particulier, la recourante n'avait

pas eu de marché d'importance équivalente (en termes de durée et/ou montant). Là encore, on peine à discerner le caractère arbitraire de l'appréciation de l'autorité intimée, qui a relevé que les soumissionnaires bénéficiant d'une expérience en milieu pénitentiaire ont été mieux notés sur ce critère que ceux n'en disposant pas. Vu la nouvelle procédure d'évaluation et ce qui a été rappelé ci-avant (cf. consid. 2), l'affirmation de la recourante quant aux éléments qui lui auraient été communiqués le 18 décembre 2019 n'a pas de portée. La notation obtenue par la recourante en lien avec le critère n°4 peut donc être confirmée. e) En dernier lieu, la recourante se plaint de la note de 2,5 qui lui a été attribuée au critère n°5, relatif au degré de compréhension du cahier des charges et des prestations à exécuter. Derechef, elle se prévaut des informations qui lui auraient été communiquées lors de la séance du 18 décembre 2019, à l'occasion de laquelle l'annexe R14 aurait été qualifiée d'"exemplaire", avec un contenu répondant "clairement à nos attentes". Ce qui a été dit à la let. d ci-dessus vaut également à cet égard. Pour le surplus, l'autorité intimée a relevé que l'utilisation de chiens et d'armes est une exigence du cahier des charges, et qu'il appartient au soumissionnaire de poser les questions nécessaires en cours d'adjudication et de proposer des solutions pour satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur, sans les remettre en question. Or, la recourante a bien indiqué à l'annexe R14 que le point nécessitant selon elle d'être clarifié dans le cahier des charges est celui de l'utilité de l'utilisation de chiens et d'armes sur le site. Toutefois, les plans de surveillance et missions du DAO (K2) indiquent bien les besoins en agent armé, respectivement avec chien. L'autorité intimée pouvait ainsi, sans arbitraire, considérer que la recourante n'avait pas pleinement compris le cahier des charges et les prestations à exécuter, révélées par les réponses apportées aux questions 2 et 3. La notation obtenue par la recourante en lien avec le critère n°5 peut donc être confirmée.

E. 10

Il résulte de ce qui précède qu'à la suite de la nouvelle évaluation des offres qui a été opérée à compter du mois de janvier 2020, la recourante a vu plusieurs des notes qui lui avaient été initialement attribuées réduites, sans que l'on puisse cependant y voir une appréciation arbitraire de l'autorité intimée, respectivement qui excéderait son large pouvoir d'appréciation. Ainsi, si la note relative au prix (critère n°1) n'a pas changé, celle attribuée au critère n°2 a été augmentée (passant de 0 à 1), et celles des critères n° 3, 4 et 5 réduites. Or, même dans l'éventualité où toutes les notes qui avaient été attribuées à la recourante dans le cadre de la première évaluation avaient été maintenues, et un point accordé pour le critère n°2, elle n'aurait pas pour autant pu obtenir le marché (en pareil cas, elle aurait en effet eu 3,56 points, alors que l'adjudicataire a obtenu 3,61 points).

E. 11

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet des recours et à la confirmation des décisions attaquées des 9 décembre 2019 et 15 mai 2020. 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 LPA-VD).