

# VD\_OMNI MPU.2020.0013 vom 17. September 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2020.0013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0013)

FR: VD\_OMNI MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020

IT: VD\_OMNI MPU.2020.0013 del 17 settembre 2020

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ /EVAM, Etablissement vaudois d'accueil des migrants, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur des prestations de surveillance. Pas d'élément permettant de remettre en cause l'aptitude des adjudicataires (consid. 3). Pas de notation arbitraire des critères d'adjudication (consid. 4 et 5). Pas de violation non plus du principe de transparence (consid. 4 et 5): si les échelles de notation étaient rédigées en termes généraux, elles étaient néanmoins suffisantes pour comprendre les objectifs fixés et les éléments sur lesquels les différences de notation se feraient. 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, 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.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). En l'espèce, la recourante a été classée au troisième rang pour le lot Est et au quatrième rang pour le lot Ouest. Les écarts qui la séparent des adjudicataires ne sont pas importants. Une réévaluation à la hausse des notes qu'elle a obtenues aux critères 3 et 4 lui permettrait d'obtenir l'un des lots, 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.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4; MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2 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.

### E. 3

La recourante fait en premier lieu grief à l'autorité intimée d'avoir omis de procéder à la notation des offres selon les critères d'aptitude. Elle se plaint à cet égard d'une violation des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de l'impartialité de la procédure. a) L'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer dans différentes catégories. En premier lieu figurent les exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Font partie de cette catégorie, les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien") qui servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. art. 13 let. d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 [A-IMP; BLV 726.91]). La loi pose aussi des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est le cas notamment du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ou du respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (cf. art. 11 let. e et f AIMP), indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, n. 582 p. 250 s.). En second lieu interviennent les exigences relatives à l'évaluation des offres. Il s'agit des critères d'adjudication ou d'attribution ("Wettbewerbs-" ou "Zuschlagskriterien"; cf. Beat Messerli, *Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2e éd., 2007, p. 107). Ces critères se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 129 I 313 consid. 8.1; voir aussi Olivier Rodondi, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, RDAF 2001 I 387, p. 394 s.). La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1 et 139 II 489 consid. 2.2.1 et 2.2.4). Il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas de figure, le respect d'un seuil minimum vaudrait en effet critère d'aptitude, tandis que le dépassement (graduel) de cette exigence minimale serait évalué comme un critère d'adjudication (cf. ATF 139 II 489 consid. 2.2.4). b) En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que, contrairement à ce que la recourante soutient (ou a tout le moins soutenait dans ses écritures initiales), l'autorité intimée a bien évalué et noté les critères d'aptitude. Elle s'est donc bien conformée aux prescriptions du DAO. L'autorité intimée n'a certes pas communiqué aux soumissionnaires les tableaux de notation relatifs aux critères d'aptitude avant la présente procédure. Cette absence de communication n'a toutefois causé aucun préjudice à la recourante. Il y a lieu de rappeler que l'aptitude de cette dernière à exécuter le marché n'a jamais été remise en cause et que les

points obtenus dans le cadre de l'appréciation des critères d'aptitude n'entraient pas en compte dans la notation finale (ch. 4.8 DAO), ce que l'intéressée ne conteste pas. Le DAO ne prévoyait du reste pas de décision séparée sur les critères d'aptitude, sauf pour le cas où une offre ne les remplissait pas (ch. 4.17 DAO), ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. On ne saurait dès lors reprocher à l'autorité intimée une quelconque violation de son obligation de motiver. Quant à l'aptitude des adjudicataires, aucun élément ne permet de la contester. En particulier, l'examen par la cour de leurs offres conduit à confirmer la solidité des références présentées et leur caractère topique au vu du marché en cause. En comparaison, A. \_\_\_\_\_, hormis le mandat en cours pour le compte de l'EVAM, n'a fait état que de références de moindre complexité et sans lien direct avec le marché. Ainsi, s'il fallait douter de l'aptitude d'un des soumissionnaires, ce serait plutôt de celle de la recourante. Mal fondé, ce grief doit être écarté.

#### **E. 4**

La recourante critique en outre l'appréciation du critère 3 "Méthodes de travail pour atteindre les objectifs fixés en matière d'exécution du marché" (annexe R7). Elle se plaint d'un manque de traçabilité de la notation. Elle estime qu'elle aurait dû se voir attribuer la note maximale de 5. a) Le principe de transparence, consacré notamment à l'art. 1 al. 3 let. c A-IMP, impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, op. cit. , p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; arrêts MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b et les arrêts cités). Le principe de transparence n'exige en revanche pas la communication préalable des échelles de notation ou méthodes d'évaluation des critères d'adjudication (arrêts MPU.2018.0018 du 26 novembre 2018 consid. 3a; MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 5a/aa; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 3c et les références citées). Elles doivent néanmoins être obligatoirement arrêtées avant le retour des offres (art. 37 al. 4 du règlement vaudois d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics [RLMP-VD; BLV 726.01.1]), pour prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (arrêt MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). b) En l'espèce, la recourante a obtenu pour le critère 3 la note de 3, B. \_\_\_\_\_ la note de 4 et C. \_\_\_\_\_ la note de 5. La notation est identique pour les deux lots. Il n'est pas contesté que l'annexe R7 n'indiquait pas les objectifs à atteindre. Dans le cadre des questions-réponses, à la requête d'un des soumissionnaires, qui s'étonnait de cette absence, les précisions suivantes ont toutefois été fournies sur la plateforme SIMAP: "Les objectifs sur lesquels nous souhaitons des explications des méthodes de travail envisagées sont les suivants (pour les détails, merci de vous référer au cahier des charges): - Contrôle d'accès - Contrôle intérieur - Gestion des situations particulières" La recourante était ainsi parfaitement à même de comprendre les exigences requises et d'y répondre. S'agissant des modalités de la réponse, l'annexe R7 relevait: "- Maximum 1 page A4 recto par réponse. - D'éventuelles copies d'un système de management de projet, de schémas de processus de travail ou d'exemples de processus de travail, tirés de plans d'assurance qualité d'autres projets, peuvent être jointes aux réponses. - Chaque annexe doit porter la mention R7, le nom ou la raison sociale du soumissionnaire et l'intitulé de la question." L'annexe R relative aux éléments d'appréciation des critères d'adjudication, dont les soumissionnaires ont eu connaissance avant le délai de dépôt des

offres, donnait également quelques renseignements complémentaires sur ce qui était attendu. Elle permettait en particulier de comprendre que la qualité du système de management présenté, respectivement son adéquation aux exigences et contraintes du marché, aurait un rôle prépondérant dans l'évaluation et que les notes de 4 et de 5 ne seraient attribuées que pour le cas où une copie d'un exemple (sommaire, pour se voir attribuer la note de 4, et complet, pour avoir la note de 5) était présentée. Dans sa réponse, l'autorité intimée a exposé les éléments pris en considération par les membres de la commission pour fonder leur évaluation. Ainsi, s'agissant de l'objectif n° 1, ils ont constaté que les moyens spécifiques à l'accomplissement de la mission n'étaient pas détaillés et ne permettaient pas à l'EVAM de vérifier et comprendre par quels moyens concrets la recourante entendait atteindre l'objectif en question, sinon par une bonne formation, un recrutement adéquat et le respect des consignes. C.\_\_\_\_\_ avait quant à elle intégré des aspects supplémentaires, et sa réponse était beaucoup plus détaillée et surtout plus centrée sur l'objectif spécifique. S'agissant de l'objectif n° 2, la recourante s'était limitée à énumérer les principes de base d'un bon management de ses collaborateurs, sans répondre cependant aux problématiques spécifiques qu'ils pourraient rencontrer dans l'accomplissement de ce deuxième objectif. B.\_\_\_\_\_ avait quant à elle donné des réponses notamment sur la façon dont la qualité des prestations fournies était contrôlée; quant à C.\_\_\_\_\_, elle avait notamment clairement indiqué les différentes mesures nécessaires à l'intérieur de chaque bâtiment. S'agissant enfin de l'objectif n° 3, l'autorité intimée a relevé que la recourante n'avait donné aucun exemple d'événement de grande envergure et avait à nouveau répondu à ce type de situation par la formation, sans se prononcer sur le niveau de collaboration avec l'EVAM dans le traitement de ces situations, ni présenté les outils. B.\_\_\_\_\_ avait quant à elle exposé que les processus à suivre étaient décrits de manière détaillée dans des consignes spécifiques validées par l'EVAM; la formation prévoyait en outre des mises en situation sur la base desdites procédures. Quant à C.\_\_\_\_\_, elle avait identifié quatre niveaux de risques, et y avait attribué des traitements spécifiques; elle avait également prévu un référentiel établi en collaboration avec l'EVAM et accessible sur le terrain. Les actions à mener étaient répertoriées et consultables en tout temps par le mandant. Quant aux annexes, l'autorité intimée a exposé que la recourante décrivait la plupart des modules de son concept de formation, et indiquait le nombre d'heures consacrées à l'apprentissage. Toutefois, le document "diagramme de phase" ne démontrait pas l'existence d'une démarche qualité efficace, car les éléments de contrôle et d'amélioration n'étaient pas présentés. Quant à la liste des procédures, elle n'était pas complète. B.\_\_\_\_\_, quant à elle, citait plusieurs procédures de son système qualité, sans être exhaustive. Toutefois, les procédures choisies étaient correctement détaillées et concernaient également des actions de contrôle et de qualité. Enfin, C.\_\_\_\_\_ avait fourni quatre annexes, et présenté des documents complets, pertinents, et en parfaite adéquation avec les exigences et contraintes du marché. Sur la base de ces différents éléments, les évaluateurs ont estimé que l'offre de C.\_\_\_\_\_ était la meilleure, que celle de B.\_\_\_\_\_ était légèrement moins bonne et que celle de la recourante était la plus faible. L'examen par la cour des offres des adjudicataires et de la recourante, plus précisément des réponses données à l'annexe R7, confirme les constats de l'autorité intimée et les différences qu'elle a mises en exergue. L'évaluation du critère 3 apparaît dès lors justifiée ou à tout le moins pas arbitraire. Le barème choisi autorisait en effet l'autorité intimée à marquer des différences entre les offres qui répondaient aux attentes, en attribuant de meilleures notes à celles qui présentaient des avantages particuliers par rapport aux autres. C'est en vain par ailleurs que la recourante se prévaut du fait qu'elle

met en œuvre toutes les procédures faisant l'objet de l'annexe R7 depuis une dizaine d'années dans le cadre de la surveillance des foyers collectifs. En vertu du principe de l'intangibilité des offres, une offre ne doit s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références citées). Le chiffre 4.8 du DAO le rappelait expressément. S'agissant enfin de la prétendue absence de traçabilité de la notation, il est vrai que l'annexe R est rédigée en termes généraux. La nature du critère en question ne se prêtait toutefois pas à une échelle de notation plus détaillée, les réponses des soumissionnaires étant difficiles à anticiper. Par ailleurs, comme on l'a vu, la différence entre les soumissionnaires s'est faite sur la qualité des systèmes de management présentés, élément qui ressortait clairement de l'annexe R. On peut dès lors exclure tout risque de manipulation et le principe de transparence ne saurait être considéré comme violé.

## **E. 5**

La recourante conteste enfin l'appréciation du critère 4 "Répartition des tâches et des responsabilités pour l'exécution du marché" (annexe R8) qu'elle estime arbitraire. Elle soutient qu'elle aurait dû obtenir la note maximale de 5. Elle se plaint par ailleurs à nouveau d'un manque de traçabilité de la notation. Pour ce critère, la recourante a obtenu la note de 4; B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, pour leur part, se sont vu attribuer la note de 5. La notation est identique pour les deux lots. Selon l'annexe R8, les soumissionnaires devaient fournir l'organigramme opérationnel prévu pour l'exécution du marché. Cet organigramme devait être en adéquation avec les exigences et objectifs du marché, mais également avec l'organisation de l'adjudicateur. Il devait également faire apparaître clairement les noms des principaux intervenants (personnes-clés), la répartition des tâches et des responsabilités, ainsi que les liens hiérarchiques. Comme l'autorité intimée l'a souligné dans sa réponse, l'examen des annexes produites permet de constater que les organigrammes des adjudicataires sont plus clairs et plus détaillés que celui de la recourante. En particulier, C. \_\_\_\_\_ a exposé avec particulièrement de soin les tâches et responsabilités de chacun, ainsi que les liens hiérarchiques. Quant à B. \_\_\_\_\_, elle a décrit avec davantage de détails les tâches confiées à chaque intervenant. Pour ce critère également, la différence de notation entre la recourante et les adjudicataires se justifie par conséquent par des éléments objectifs. A tout le moins, l'appréciation ne saurait être qualifiée d'arbitraire. C'est par ailleurs à nouveau en vain que la recourante se prévaut du fait qu'elle est en place et qu'elle donne pleine et entière satisfaction au pouvoir adjudicateur. Comme on l'a déjà indiqué, une offre ne doit s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (cf. supra consid. 4b). S'agissant de la prétendue absence de traçabilité de la notation, l'annexe R est sur ce point aussi rédigée en termes généraux. Elle permet néanmoins de comprendre que la différence entre la note de 4 et de 5 est fonction de la clarté des informations ressortant de l'organigramme fourni. On relèvera enfin que de toute manière la recourante, même avec une note de 5 sur le critère 4, n'obtiendrait pas le marché.

## **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation des décisions attaquées. Les frais de justice, arrêtés à 10'000 fr. compte tenu de la valeur du marché (art. 3 al. 1 du Tarif cantonal du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative - TFJDA; BLV 173.36.5.1), sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (cf. art. 49 LPA-VD). La recourante devra par ailleurs verser à l'autorité intimée, ainsi qu'à B. \_\_\_\_\_, qui ont agi par l'intermédiaire de mandataires professionnels, des indemnités de dépens de 3'000 fr., respectivement de 2'000 fr., compte

tenu notamment du travail effectué (art. 55 LPA-VD; art. 10 et 11 TFJDA). C.\_\_\_\_\_,  
qui n'a pas fait appel à un avocat, n'a pas droit à des dépens.

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