TRIBUNAL CANTONAL

COUR DE DROIT ADMINISTRATIF ET PUBLIC

Arrêt du 7 janvier 2025

Composition *Mme Mihaela Amoos Piguet, présidente; M. Guillaume Vianin et M. Alex Dépraz, juges; M. Christophe Baeriswyl, greffier.*

Recourante **A._____,** à ********, représentée par Me Luc ANDRÉ et Me Benedetta S. GALETTI, avocats à Lausanne,

Autorités intimées 1. **Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV),** à Lausanne,

2. **Fédération des hôpitaux vaudois informatique (FHVi),** à Prilly,

tous deux représentés par Me Michel JACCARD et Me Alexandre JOTTERAND, avocats à Lausanne.

Objet Marchés publics

Recours A._____ c/ l'appel d'offres du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et de la Fédération des hôpitaux vaudois informatique (FHVi) du 10 septembre 2024 (nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et de onze Hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud).

Vu les faits suivants:

A. Fondée en 2002, A._____, dont le siège est à ******** (GE), a pour but social "*le développement de produits informatiques, le commerce de produits informatiques et de matériel informatique, la conception et l'installation de réseaux, ainsi que la mise à disposition de personnel en relation avec les buts de la société*". Elle a conçu différents logiciels destinés au secteur médical, dont ******** en matière de gestion de dossiers patients informatisés.

B. a) Par avis publié le 10 septembre 2024 sur la plateforme pour les marchés publics suisses (www.simap.ch), le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et onze Hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud, représentés par la Fédération des hôpitaux vaudois informatique (FHVi), ont lancé, dans le cadre d'une procédure ouverte soumise aux accords internationaux, un appel d'offres portant sur l'acquisition d'un nouveau

dossier patient informatisé commun en remplacement des systèmes actuels "********", "********", "********" et autres outils corps de métier.

b) Le projet intitulé CIS27 est décrit comme il suit dans le dossier d'appel d'offres (cf. clauses administratives, ch. 2.3):

> *"******** est le logiciel de dossier patient principal du CHUV et des hôpitaux régionaux du Canton de Vaud hébergés par la FHVi. ******** couvre aujourd'hui en deux installations distinctes (l'une hébergée par le CHUV, l'autre par la FHVi) les services cliniques principaux de la santé cantonale. ******** est ainsi un des logiciels majeurs le plus critique de nos institutions.*
>
> *La société B._____ a décidé de ne plus maintenir ******** au-delà de 2027, dernière évolution planifiée pour 2024, et la plateforme technique (IE11) permettant son déploiement disparaîtra complètement en 2028-2029 rendant ainsi ce dossier patient inutilisable. Un remplacement rapide est donc indispensable pour que les institutions concernées par cet appel d'offres (voir liste ci-après) puissent continuer à fonctionner, le statu quo étant impossible.*
>
> *Le marché offre aujourd'hui des produits intégrés qui couvrent bien plus de fonctionnalités que ********, incluant la gestion du bloc opératoire, la planification des patients et des ressources, la gestion des transports, les soins intensifs, les urgences, entre autres, et permettant la création d'un dossier patient régional, recouvrant en une seule instance l'ensemble de nos institutions.*
>
> *Ces produits, plus complets, plus intégrés, s'inscrivent parfaitement dans les projets de numérisation de nos institutions; ils offrent une base solide incluant les fonctionnalités nécessaires à la médecine numérique de demain (génomique par exemple).*
>
> *Le présent appel d'offres porte sur un nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux du Canton de Vaud (voir liste ci-après), homogène, incluant toutes les spécialités des hôpitaux (y.c. l'oncologie adulte et pédiatrique, les urgences, les soins intensifs, la génétique, etc.), la gestion des blocs opératoires, la planification des patients et des ressources, la gestion des transports."*

De plus amples explications quant aux enjeux du projet et aux points de réflexions à prendre en compte figurent dans le document intitulé "clauses techniques" du dossier d'appel d'offres. On en extrait les passages suivants:

> *"*[...]
>
> *3. La **relation "professionnels de la santé" – "patients"** est appelée à évoluer au cours des prochaines années. La mise à disposition du DEP dès le 1er juin 2021 dans le Canton de Vaud force une nouvelle pratique autour des données du patient, avec la reprise mais aussi la mise à disposition des données médicales telles que la lettre de sortie ou le protocole opératoire. Dans l'évolution de l'empowerment du patient, il est à prévoir de permettre au patient non seulement un accès en lecture de son dossier (initiative OpenNotes aux Etats-Unis), mais aussi de pouvoir le compléter sa liste de traitement ou les allergies connues, ou rappeler les prochains rendez-vous. La prise de rendez-vous, la complétion d'enquêtes de type Patient Reported Outcomes Measurements (PROMS) ou l'accès à une messagerie sécurisée avec l'équipe soignante ou médicale fait partie d'une pratique courante outre-Atlantique. De manière concurrentielle, de plus en plus de centres hospitaliers proposent à leurs patients d'accéder à ses données médicales directement depuis son smartphone, avec une aide à l'interprétation des données paracliniques (ex. Apple Health avec l'expérience de la C._____ ou du groupe D._____), voire d'alimenter le dossier avec ses propres observations cliniques (self-quantified health information) tel que testé avec EXOLIS© lors de la première phase du COVID. Cette tendance force une interopérabilité des systèmes.*
>
> [...]
>
> *6. Le CHUV et les hôpitaux régionaux sont à la fois partenaires sur de nombreuses disciplines et géographiquement proches. De nombreux patients reçoivent des soins de plusieurs de ces hôpitaux, à la fois pour des soins ambulatoires ou stationnaires*

électifs, ou à la suite d'un transfert lors d'une hospitalisation. Dans ces cas, un accès au dossier complet du patient est important pour la continuité des soins; or aujourd'hui, ces transferts sont très incomplets et se limitent souvent à la lettre de sortie et à des impressions diverses accompagnant le patient lors du transfert.

De plus, les professionnels ont dans leur cursus l'occasion de travailler dans différentes structures, que ce soit lors des tournus pour les assistants, ou en partage de temps entre plusieurs hôpitaux pour les médecins-cadres.

*Un **dossier patient commun** est la réponse adéquate à ces problèmes et constitue la base d'une plateforme de santé cantonale."*

c) La participation à l'appel d'offres est soumise à un certain nombre de conditions. Les soumissionnaires doivent notamment remplir impérativement, sous peine d'exclusion, dix-neuf exigences, dites "essentielles", réparties en deux catégories: les CE01 à CE06 qui concernent les exigences "envers le produit offert" et les CE07 à CE19 qui concernent les exigences "envers le fournisseur" (cf. clauses techniques, ch. 4). Les exigences CE01, CE15 et CE18 portent sur les points suivants:

"CE01. Le système proposé doit exister au moment de la soumission et être en production dans des hôpitaux de taille et de complexité similaires à nos plus grands hôpitaux, en Suisse (de préférence) ou en Europe (sens géographique), dans un périmètre fonctionnel qui couvre les grands processus tels que définis dans le document "01 – CIS27 – Appel d'offres, 2.3 Description du marché". Un développement de fonctionnalités qui serait réalisé dans le cadre de ce projet, une extension fonctionnelle trop récente pour être déjà utilisée en opération ou à venir (roadmap du produit) ou l'intégration de différents produits couvrant chacun une partie des exigences fonctionnelles sont exclus.

[...]

CE15. Le fournisseur a au moins deux références hospitalières en Suisse (de préférence) ou en Europe d'une taille similaire à celle du CHUV et des grands hôpitaux de la FHV (au moins 400 lits de soins aigus, toutes spécialités).

[...]

CE18. Le fournisseur a accompagné avec succès au moins deux établissements dans leur démarche de certification HIMSS EMRAM stage 7 (selon [...]*); les références fournies en attestent."*

d) Les critères d'adjudication sont les suivants (cf. clauses administratives, ch. 4.7):

CRITERE		PONDERATION
1.	Qualité et adéquation de l'offre	
	a. Exigences fonctionnelles	30%
	b. Exigences non fonctionnelles	10%
2.	Qualité du fournisseur, l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles	25%
3.	Coût global de l'offre	20%
4.	Références (qualité, quantité et complétude)	15%

Les éléments d'appréciation de chacun de ces critères sont précisés comme il suit dans le dossier d'appel d'offres (cf. clauses administratives, ch. 4.9):

"1. Qualité et adéquation de l'offre

· *La notation des exigences fonctionnelles (voir annexe « 04 - CIS27- Functional requirements.pdf ») se fait par grands processus de l'hôpital (voir annexe « 05 - CIS27 -Processes associated.pdf », relation entre les processus et les capacités offertes par la solution proposée au regard des exigences fonctionnelles) ainsi qu'au travers des cas d'usages (voir « 07 - CIS27 - Use-Cases overview.pdf » et « 07 - CIS27 - Use-Cases details.xlsx ») et vidéos associées.*

L'objectif étant que la couverture de chaque processus et cas d'usage soit au moins suffisante (note « satisfaisant ») afin que nos hôpitaux puissent travailler avec ce nouveau système dans de bonnes conditions, les lacunes des offres seront identifiées et documentées ; une note globale par processus et cas d'usage sera donnée en fonction de l'adéquation et/ou de la conformité des réponses avec les besoins exprimés, de la disponibilité ainsi que de l'utilisabilité des fonctionnalités associées à ce processus ou cas d'usage. En deçà d'une couverture fonctionnelle suffisante sur chacun des grands processus, l'offre est exclue.

L'évaluation se fera de la manière suivante :

· *100% des éléments impératifs identifiés par un « Must » reçoivent une note suffisante lors de l'évaluation,*

· *une solution satisfaisante est proposée par le soumissionnaire pour 100% des éléments identifiés par un « Critical », et*

· *75% des éléments importants pour nos établissements, identifiés par un « Important » reçoivent une note suffisante lors de l'évaluation,*

et ce pour tous les grands processus (voir « 05 - CIS27 - Processes associated.pdf »), utilisabilité et continuité de l'information reconnue comme étant suffisante lors des évaluations des cas d'usage).

· *La notation des exigences non-fonctionnelles (voir annexe « 03 - CIS27- Nonfunctional and technical requirements.pdf ») se fait par groupe d'exigences (chapitres, ...) avec la même méthode. L'évaluation est faite en fonction de l'adéquation de la solution avec l'environnement des institutions et/ou de la conformité de la réponse avec les besoins exprimés.*

2. Qualité du fournisseur, l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles

La notation de la qualité du fournisseur se fera sur la base des annexes A4, A6, A7 et Q1 ainsi que sur la base des exigences essentielles (voir annexe « 02 - CIS27 - Situation actuelle et objectifs du projet.pdf, chapitre 4 »), et d'une organisation de projet documentée, compréhensible, adaptée à la complexité de nos établissements, démontrée dans un environnement similaire.

Certaines exigences sont impératives (voir les conditions essentielles de l'offre). Si l'une d'entre elle manque, l'offre est exclue, car jugée incomplète.

La notation de la qualité du fournisseur se fera également sur l'acceptation du cadre juridique. Les éventuelles réserves ou divergences émises par le soumissionnaire en commentaires seront prises en considération dans l'évaluation.

3. Coût global de l'offre (TCO sur 10 ans), plausibilité

· *La notation du critère prix se fera selon la méthode suivante (T2)*

[...]

La mise en place du système recherché requiert de la part de nos institutions un effort important, tant en ressources humaines (paramétrage hautement complexe) que financières ; l'amortissement de cet effort se fera sur une durée de 8 ans (REKOLE), ce qui justifie un critère de prix utilisant un TCO sur 10 ans (env. 2 ans de projet et 8 ans d'amortissement).

4. Qualité, quantité et complétude des références

L'exécution des marchés de référence doit s'étendre à la couverture fonctionnelle complète des exigences de cet appel d'offres.

La notation de la qualité et de la quantité des références se fera sur la base de l'annexe A5, sur la complétude de la couverture fonctionnelle des références ainsi que sur les contacts pris par les institutions avec les hôpitaux mentionnés (visites, interviews du management des hôpitaux, interviews d'utilisateurs clés).

Certaines conditions de participation à l'offre sont basées sur la qualité et la complétude des références fournies. En cas d'absence des références minimales requises, l'offre est exclue."

e) Le délai pour le dépôt des offres a été arrêté au 31 octobre 2024 à 11 heures (cf. conditions administratives, ch. 3.4.1).

C. Le dossier d'appel d'offres a suscité un certain nombre de questions de la part des soumissionnaires potentiels. Une des questions a porté sur l'exigence CE18. Elle était libellée comme il suit (question n^{o} 4):

"L'absence de référence HIMSS EMRAM Stage 7 est-elle un critère d'exclusion de l'offre?"

Les pouvoirs adjudicateurs ont donné le 20 septembre 2024 la réponse suivante:

"L'intention de la condition essentielle CE18 (02 – CIS27 – Situation actuelle et objectifs du projet, chapitre 4.2) est de vérifier la capacité du fournisseur à accompagner les hôpitaux sur le chemin de la certification EMRAM Stage 7 (capacité d'accompagnement du fournisseur et capacité de la solution à atteindre ce niveau de maturité), et non pas la certification des références (qui ne dépend évidemment pas que du fournisseur)."

D. a) Par acte du 30 septembre 2024, A._____ a saisi la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP) d'un recours contre l'appel d'offres du 10 septembre 2024. Se plaignant d'une violation de la procédure ouverte, de la garantie d'une concurrence efficace, de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, du principe de l'économicité et des règles sur la préimplication, elle a pris les conclusions suivantes:

"A titre préliminaire

I. L'effet suspensif est accordé au présent recours, interjeté le 30 septembre 2024 contre la décision d'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024, ce jusqu'à droit connu sur le fond du litige.

A titre principal

II. Le recours est admis.

III. L'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024 est annulé.

IV. Le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique (FHVi) doivent effectuer des nouvelles procédures d'appels d'offres, remplaçant l'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024 , en ce sens que chaque établissement sanitaire lancera son propre appel d'offres et que ceux des établissements sanitaires représentés par la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique ne pourront pas prévoir comme critère CE18 qui impose que "Le fournisseur a accompagné avec succès au moins deux établissements dans leur démarche de certification HIMSS EMRAM stage 7" et que les soumissionnaires pourront proposer des outils informatiques différenciés mais garantissant l'interopérabilité.

Subsidiairement à la conclusion IV.

V. Le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique (FHVi) doivent effectuer des nouvelles procédures d'appels d'offres, remplaçant l'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024 , en ce sens que le CHUV et la

FHVi lanceront des appels d'offres séparés et que celui des établissements sanitaires représentés par la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique ne pourront pas prévoir comme critère CE18 qui impose que "Le fournisseur a accompagné avec succès au moins deux établissements dans leur démarche de certification HIMSS EMRAM stage 7" et que les soumissionnaires pourront proposer des outils informatiques différenciés mais garantissant l'interopérabilité.

Encore plus subsidiairement à la conclusion IV et V.

VI. Le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique (FHVi) modifient l'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024, en ce sens que le critère CE18 qui impose que "Le fournisseur a accompagné avec succès au moins deux établissements dans leur démarche de certification HIMSS EMRAM stage 7" sera supprimé s'agissant de la FHVi et que les soumissionnaires pourront proposer des outils informatiques différenciés mais garantissant l'interopérabilité.

Encore plus subsidiairement à la conclusion III, IV, V et VI.

VII. Il est fait interdiction à E._____ de participer à l'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024.

Encore plus subsidiairement à la conclusion III, IV, V, VI et VII.

VIII. Il est fait interdiction au Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et à la Fédération des Hôpitaux vaudois informatique (FHVi) de prendre en considération, respectivement de choisir E._____ dans le cadre de la procédure d'évaluation des offres déposées en réponse de l'appel d'offres no. 2602-01 "CIS27 – Nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud" publié le 10 septembre 2024."

b) Par décision incidente du 7 novembre 2024, la juge instructrice a maintenu l'effet suspensif accordé à titre provisoire lors de l'enregistrement du recours et fait en conséquence interdiction aux autorités intimées de poursuivre la procédure d'adjudication, de rendre une décision d'adjudication dans ladite procédure et de conclure tout contrat portant sur le marché litigieux.

c) Dans sa réponse du 18 novembre 2024, les autorités intimées ont conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, faute pour A._____ d'avoir la qualité pour recourir, subsidiairement à son rejet.

La recourante a confirmé ses conclusions dans des écritures complémentaires des 2 et 5 décembre 2024.

Les autorités intimées se sont brièvement déterminées sur ces écritures le 6 décembre 2024.

La recourante s'est encore exprimée le 18 décembre 2024. Les autorités intimées en ont fait de même le 20 décembre 2024.

Considérant en droit:

1. A tire préalable, il y a lieu de rappeler que le nouvel Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91) est entré en vigueur le 1er janvier

2023 pour le canton de Vaud. Il en va de même de la loi sur les marchés publics du 14 juin 2022 (LMP-VD; BLV 726.01), ainsi que son règlement d'application du 29 juin 2022 (RLMP-VD; BLV 726.01.1). Ces deux derniers textes ont respectivement abrogé la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (aLMP-VD), ainsi que l'ancien règlement d'application du 7 juillet 2004 (aRLMP-VD).

En l'occurrence, le recours est dirigé contre un appel d'offres lancé après le 1er janvier 2023. Le nouveau droit est dès lors applicable à la présente cause (cf. art. 64 al. 1 *a contrario* A-IMP et 16 LMP-VD).

2. 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 cas de recours contre un appel d'offres, il n'est pas exigé de la partie qui recourt qu'elle démontre qu'elle ait des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cause, comme dans le cadre d'un recours contre l'adjudication, pour reconnaître sa qualité pour recourir. Il suffit qu'elle soit un soumissionnaire potentiel et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. TF 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et la référence; ég. TAF B-2570/2017 du 20 juillet 2017 consid. 2.2). Si des critères d'aptitude ou de qualification sont contestés, il est par ailleurs suffisant qu'elle démontre qu'elle pourrait soumissionner, si ces critères ou restrictions sont supprimés (cf. arrêt MPU.2020.0044 du 11 mars 2021 consid. 1).

En l'espèce, la recourante conteste la légalité de l'appel d'offres litigieux. Comme grief principal, elle reproche aux autorités intimées d'avoir lancé un appel d'offres commun pour tous les établissements concernés. Elle soutient que ce choix serait contraire aux principes d'économicité et de non-discrimination. Elle conclut dès lors principalement à ce que chaque établissement lance son propre appel d'offres (cf. conclusion no IV). Contrairement à ce que les autorités intimées soutiennent, de telles conclusions ne sont pas irrecevables. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation pour configurer le marché, il est néanmoins limité par les principes généraux du droit des marchés publics (cf. *infra* consid. 6). Or, la recourante se plaint précisément du non-respect de ces principes. Cette question devra faire l'objet d'un examen au fond. Le fait que la recourante ait expressément déclaré dans son mémoire de recours (cf. p. 7) qu'elle était uniquement intéressée à soumettre une offre pour les établissements sanitaires de la FHVi importe ainsi à cet égard peu (elle a quoi qu'il en soit nuancé sa position dans ses dernières écritures, expliquant que, même si elle n'était pas suivie sur ses conclusions principales, elle soumissionnerait néanmoins).

Pour prouver que la recourante ne serait pas un "soumissionnaire potentiel" du marché en cause, les autorités intimées font valoir également qu'elle ne remplirait pas l'exigence CE15, dont elle ne conteste pas la validité. Elles remettent en particulier en cause la force probante des pièces que la recourante a produites pour démontrer qu'elle aurait déployé son logiciel à la ******** et au ********. Cette question fortement débattue par les parties peut néanmoins rester indécise. Si elle est suivie sur son argumentation et ses conclusions principales, l'appel d'offres litigieux devrait en effet être annulé et les autorités intimées invitées à lancer des appels d'offres distincts. Les critères d'aptitude de l'appel d'offres du 10 septembre 2024 ne seront pas forcément repris dans ce cadre. L'exigence CE15 ne se justifierait en particulier pas s'agissant des établissements de moins de 400 lits, soit la grande majorité des établissements. A ce stade, il suffit donc que la recourante démontre qu'elle est active dans le domaine et qu'elle pourrait soumissionner à certains de ces marchés, ce qui est le cas.

Il convient dès lors d'admettre la qualité pour recourir de la recourante, à tout le moins dans la mesure où elle critique la configuration du marché litigieux.

b) Le marché public litigieux a été lancé par plusieurs adjudicateurs, soit un service de l'Etat (le CHUV) ainsi que plusieurs établissements sanitaires reconnus d'intérêt public regroupés au sein de la FHVi dont il n'est pas contesté qu'ils sont des adjudicateurs au sens de l'art. 4 A-IMP. On relèvera en outre que tant l'Hôpital Riviera-Chablais (HRC) que l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIV) sont soumis à la législation vaudoise sur les marchés publics y compris pour leurs sites situés hors du territoire cantonal selon les conventions intercantonales régissant ces établissements (art. 22 al. 1 de la Convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais [C-HIRC; BLV 810.94]; art. 22 al. 1 de la Convention intercantonale du 21 août 2013 sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg [C-HIB; BLV 810.95]).

c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans le délai légal de vingt jours (cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 1 A-IMP et art. 4 al. 1 LMP-VD) et respecte les exigences formelles prévues par les art. 55 A-IMP et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

3. La cour de céans s'estime suffisamment renseignée pour pouvoir statuer en connaissance de cause, sans qu'il n'y ait lieu d'entendre les nombreux témoins dont l'audition a été requise par les parties ni d'ordonner la production de pièces complémentaires. On rappelle que l'autorité peut en effet renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves déjà 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 145 I 167 consid. 4.1; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées).

4. La recourante se plaint tout d'abord d'une violation des art. 16 al. 1 et 17 al. 1 A-IMP, qui impose la procédure ouverte pour les marchés de service dépassant la valeur seuil de 350'000 fr., reprochant aux autorités intimées d'avoir "camouflé" une procédure de gré à gré en

procédure ouverte. Elle affirme qu'un autre soumissionnaire potentiel, à savoir E._____, aurait été choisi en février 2023 déjà et que l'appel d'offre litigieux ne serait qu'une "farce", rédigé de façon à ce que seul ce fournisseur en remplisse les exigences.

a) Il convient à titre préalable de relever que le recours est en l'occurrence dirigé contre un appel d'offres si bien qu'on ignore à ce stade quels seraient les soumissionnaires intéressés par le marché litigieux. Compte tenu de sa valeur, le marché est en outre ouvert à la concurrence internationale de sorte qu'on ne peut exclure que d'autres soumissionnaires que les deux évoqués par la recourante dans ses écritures puissent entrer en considération. Les critiques de la recourante sur ce point s'avèrent donc en partie prématurées. Quoi qu'il en soit, ces critiques s'avèrent de toute manière infondées pour les motifs qui suivent.

b) Pour prouver ses allégations, la recourante se fonde notamment sur les propos tenus par la Conseillère d'Etat Rebecca Ruiz dans le cadre du Rapport de la Commission thématique de la santé publique de février 2023, et plus précisément sur le passage suivant (cf. pièce 22, p. 7):

> *"Il est hautement probable que quatre des cinq hôpitaux universitaires suisses disposent du même outil* [réd. à savoir E._____]*."*

Comme les autorités intimées le relèvent dans leur réponse, il faut replacer ces propos dans leur contexte. La Conseillère d'Etat répondait en effet à une question d'un député sur l'opportunité de l'acquisition d'un logiciel commun à tous les hôpitaux universitaires suisses, question qui était formulée comme il suit: "*L'achat groupé d'un même SI par tous les hôpitaux universitaires suisses ne permettrait-il pas de réaliser des économies d'échelles*?". Il convient par ailleurs de préciser qu'à cette époque, le logiciel d'E._____ était déjà utilisé par l'Hôpital de Lucerne, qu'il était en cours d'implémentation au sein du Groupe hospitalier Insel, qui comprend l'Hôpital cantonal universitaire de Berne, et qu'il était envisagé par les Hôpitaux universitaires de Zurich et de Bâle. C'est dans ce contexte que la Conseillère d'Etat a donné la réponse suivante à la question qui lui était posée:

> *"Berne a fait l'acquisition d'E._____ et va déployer ce logiciel. Le marché est conclu. Zürich a développé depuis plus de 20 ans avec les hôpitaux régionaux une solution propre qui arrive toutefois en bout de course. Malgré les difficultés à changer de cap, Zürich songe donc sérieusement à acquérir ce SI intégré. Bâle a stoppé le déploiement d'un nouveau logiciel ne répondant finalement pas aux besoins et engage la réflexion sur l'acquisition d'E._____. Il est hautement probable que quatre des cinq hôpitaux universitaires suisses disposent du même outil. Cependant, compte tenu des contraintes temporelles différentes pour chaque établissement, la synchronisation n'est pas évidente pour un appel d'offres commun."*

Quoi qu'en dise la recourante, on ne saurait conclure de cette réponse qu'E._____ aurait déjà été choisi ou pré-choisi comme gagnant de l'appel d'offres litigieux. La Conseillère d'Etat n'a émis qu'une hypothèse, ne pouvant connaître les résultats de procédures de marchés publics qui n'avaient pour certaines même pas encore débuté. Elle l'a certes jugée "hautement probable". Cela n'a toutefois rien d'étonnant, dans la mesure où E._____ est reconnu comme l'un des leaders mondiaux en matière de dossier patient

informatisé (DPI) intégré pour les grands hôpitaux, ce que la recourante ne semble du reste pas contester.

c) La recourante s'appuie également sur les critères d'aptitude imposés par les autorités intimées. Elle s'en prend tout particulièrement au critère CE18, qui, selon ses termes, aurait pour "seul et unique but d'écarter tous les soumissionnaires, à l'exclusion d'E._____".

aa) L'exigence CE18 est libellée comme il suit dans le dossier d'appel d'offres (cf. clauses techniques, ch. 4):

> *"Le fournisseur a accompagné avec succès au moins deux établissements dans leur démarche de certification HIMSS EMRAM stage 7 (selon* [...]*); les références fournies en attestent."*

Les autorités intimées ont précisé la portée de cette exigence, qui a suscité une question sur SIMAP de la part d'un soumissionnaire potentiel, dans le cadre des "questions/réponses", relevant:

> *"L'intention de la condition essentielle CE18 (02 – CIS27 – Situation actuelle et objectifs du projet; chapitre 4.2) est de vérifier la capacité du fournisseur à accompagner les hôpitaux sur le chemin de la certification EMRAM Stage 7 (capacité d'accompagnement et capacité de la solution à atteindre ce niveau de maturité), et non pas la certification des références (qui ne dépend évidemment pas que du fournisseur)."*

Dans leurs écritures, les autorités intimées font valoir qu'il n'est ainsi pas nécessaire pour respecter l'exigence CE18 que les soumissionnaires fournissent leurs logiciels à au moins deux établissements sanitaires ayant obtenu la certification HIMSS EMRAM stage 7, mais qu'il suffit qu'ils prouvent leur capacité à accompagner de tels établissements dans cette démarche de certification et qu'ils démontrent que le logiciel offert soit à même d'atteindre à terme le niveau de maturité stage 7, ce qui ouvre le cercle des soumissionnaires potentiels à plusieurs fournisseurs. La recourante conteste une telle interprétation, qui serait à son sens contraire au texte clair de l'exigence CE18 et par conséquent sans portée. Elle sous-entend par ailleurs que la réponse donnée dans SIMAP aurait été "construite" pour les besoins de la procédure.

De prime abord, le libellé de l'exigence CE18 semble effectivement ne souffrir d'aucune ambiguïté. Il indique en effet expressément que l'accompagnement doit avoir conduit à un "succès". On en déduit dès lors logiquement que la démarche de certification entreprise doit avoir abouti. Comme les autorités intimées le relèvent, l'obtention de la certification HIMSS EMRAM stage 7 ne dépend toutefois pas que du fournisseur, mais également de la volonté de ses clients de s'engager dans une telle démarche qui est chronophage et coûteuse. Exiger cette certification reviendrait ainsi à évaluer l'aptitude d'un soumissionnaire sur un critère étranger à ses seules qualités. Or l'exigence CE18 fait partie des exigences "envers le fournisseur". Compte tenu de l'objectif poursuivi par ces exigences, qui doivent être considérées comme des critères d'aptitude au sens de l'art. 27 A-IMP, l'interprétation des autorités intimées selon laquelle l'exigence litigieuse vise à s'assurer de la capacité du fournisseur à accompagner les hôpitaux sur le chemin de la certification HIMSS EMRAM stage

7 est compatible avec le texte du libellé de l'exigence CE18. Il convient donc d'admettre que la réponse qu'elles ont apportée dans le cadre des questions/réponses reste par conséquent une simple clarification des conditions d'appel d'offres et ne constitue pas une modification de celles-ci, qui serait en principe prohibée (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2ème éd., Berne 2023, p. 262 et l'arrêt de la Cour de justice mentionné à titre d'exemple; autre est la question d'une modification formelle de l'appel d'offres, qui peut être admise à certaines conditions et qui implique en principe un appel d'offres complémentaire; cf. sur cette question, arrêt MPU.2020.0016 du 13 novembre 2020 consid. 4b et les références). On relèvera encore que cette clarification est intervenue le 20 septembre 2024 (cf. pièces 314 et 315), soit avant le dépôt du recours, ce qui permet de prouver la bonne foi des autorités intimées dans la portée qu'elles souhaitent donner à l'exigence CE18 et d'écarter les accusations de manipulation formulées par la recourante.

La recourante, qui critique précisément le caractère prétendument trop restrictif de l'exigence CE18, est malvenue de se plaindre de la clarification apportée par les autorités intimées.

bb) Cela étant, même si l'on interprétait l'exigence CE18 dans un sens restrictif, la recourante reconnaît elle-même qu'E._____ ne serait pas le seul fournisseur à la respecter et qu'B._____ (elle parle dans ses écritures de F._____ ou F._____ qu'B._____ a acquis en 2022) serait "théoriquement" également éligible, ce qui contredit son postulat de départ. Elle affirme certes que ce dernier, qui ne serait plus activement présent en Europe, ne soumissionnera pas, ce qui laisserait E._____ seul soumissionnaire potentiel et reviendrait au même. Elle se fonde à cet égard sur l'annonce que F._____ avait faite le 10 février 2020 (cf. pièce 21). Cette annonce est toutefois antérieure à son rachat par B._____, dont la stratégie n'est pas de se retirer du marché européen, comme l'ont confirmé G._____, Directeur général chez B._____, et H._____, "Senior Vice Président – B._____ International Managing Director", dans leurs courriers électroniques des 17 octobre (cf. pièce 317) et 18 novembre 2024 (cf. pièce 318), dont la force probante – quoi qu'en dise la recourante – ne saurait être remise en cause. La société dispose en effet de bureaux dans plusieurs pays européens. Elle a participé par ailleurs en 2024 à deux événements en Europe. Elle a en outre conclu en 2023 un contrat de dix ans avec l'Hôpital "********", en Angleterre, pour moderniser leur SI avec son nouveau produit "********" (cf. pièces 320 et 321).

La recourante fait valoir encore que, même si B._____ soumissionnait, les critères CE01 et CE15 permettraient aux autorités intimées de l'écarter au profit d'E._____. Ces exigences sont libellées comme il suit dans le dossier d'appel d'offres (cf. clauses techniques, ch. 4):

> *"CE01. Le système proposé doit exister au moment de la soumission et être en production dans des hôpitaux de taille et de complexité similaires à nos plus grands hôpitaux, en Suisse (de préférence) ou en Europe (sens géographique), dans un périmètre fonctionnel qui couvre les grands processus tels que définis dans le document "01 – CIS27 – Appel d'offres, 2.3 Description du marché". Un développement de fonctionnalités qui serait réalisé*

dans le cadre de ce projet, une extension fonctionnelle trop récente pour être déjà utilisée en opération ou à venir (roadmap du produit) ou l'intégration de différents produits couvrant chacun une partie des exigences fonctionnelles sont exclus.

[...]

CE15. Le fournisseur a au moins deux références hospitalières en Suisse (de préférence) ou en Europe d'une taille similaire à celle du CHUV et des grands hôpitaux de la FHV (au moins 400 lits de soins aigus, toutes spécialités)."

Ce qui est problématique selon la recourante, c'est la préférence accordée aux références "suisses" qui serait rédhibitoire pour B._____, qui n'est pas présent en Suisse. Pour respecter les exigences CE01 et CE15, des références "européennes" sont néanmoins suffisantes. Certes, ces exigences comme les autres exigences essentielles énumérées au chiffre 4 des clauses techniques entrent dans la notation du critère d'adjudication "qualité du fournisseur, de l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles". Il ne s'agit toutefois que d'un des éléments d'appréciation de ce critère, qui doit être évalué également sur la base des annexes A4, A6, A7 et Q1 et sur l'organisation du projet (cf. ch. 9 des clauses administratives). Un soumissionnaire, qui comme B._____ n'aurait pas des références "suisses," pourrait ainsi compenser ce manque en étant meilleur sur ces autres éléments d'appréciation ou sur d'autres critères d'adjudication, comme par exemple sur celui du prix, la recourante ayant répété à plusieurs reprises dans ses écritures qu'E._____ serait beaucoup plus cher que ses concurrents.

d) La recourante se base en outre sur la mention dans le dossier d'appel d'offres dans les points de réflexion à prendre en compte des expériences de C._____ et du groupe D._____ (cf. clauses techniques, p. 7, ch. 3 des "réflexions"), qui utilisent tous deux E._____.

Quoi qu'en dise l'intéressée, on ne saurait conclure de cette mention, qui manifestement avait pour seul but d'illustrer l'évolution de la relation "professionnels de la santé" – "patients" et les possibilités de plus en plus souvent offertes à ces derniers d'accéder à leurs données médicales directement depuis leur smartphone, qu'E._____ aurait déjà été pré-choisi.

e) La recourante se prévaut enfin du fait que plusieurs annexes du dossier d'appel d'offres ne sont rédigées qu'en anglais.

Comme les autorités intimées le relèvent, l'anglais est toutefois usuel pour les documents techniques dans les appels d'offres portant sur des marchés internationaux, notamment dans le domaine informatique. L'art. 20 al. 2 RLMP-VD prévoit du reste précisément pour ce cas de figure une exception au principe de l'usage du français pour les documents d'appel d'offres (cf. ég. commentaire article par article du RLMP-VD, *ad* art. 20, p. 11). On ne saurait donc y voir une preuve que la procédure ouverte suivie ne serait qu'une procédure alibi pour permettre à E._____ d'obtenir le marché.

f) Mal fondé, le grief de violation de la procédure ouverte doit être écarté.

5. La recourante dénonce également une violation de la transparence, de l'impartialité, de la garantie d'une concurrence efficace et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, reprochant aux autorités intimées d'avoir choisi des critères d'aptitude, respectivement d'adjudication, taillés sur mesure pour E._____.

a) L'art. 11 A-IMP, qui fixe les principes à respecter lors de la passation des marchés publics, a la teneur suivante:

> *"Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants:*
>
> *a. il agit de manière transparente, objective et impartiale;*
>
> *b. il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption;*
>
> *c. il veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure;*
>
> [...]"

L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires, critères pouvant concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience (cf. art. 27 al. 1, 1ère phrase, et al. 2 A-IMP). Il dispose à cet égard d'une très grande liberté d'appréciation, en particulier lorsque les critères sont liés à des connaissances techniques (cf. arrêts MPU.2020.0044 précité consid. 2a; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b, MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b et les références; ég. Etienne Poltier, *op. cit*. p. 268). Il est limité néanmoins par les principes généraux du droit des marchés publics (cf. *ibidem*). Il doit notamment choisir uniquement des critères qui apparaissent comme "objectivement nécessaires" (cf. art. 27 al. 1, 2ème phrase, A-IMP) au regard de la nature du marché et éviter ainsi de restreindre inutilement la concurrence (cf. Etienne Poltier, *op. cit*., p. 269; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 255 s. et les références). Les critères définis ne doivent par ailleurs pas être discriminatoires. Une violation du principe d'égalité de traitement des concurrents pourrait notamment être retenue, sous réserve des circonstances très particulières, si l'appel d'offres prévoit que la préférence sera donnée à une entreprise locale ou si la connaissance de la situation locale est exigée (cf. Etienne Poltier, *op. cit*., p. 270; Galli et al., *op. cit*., p. 254 s. et les références).

Les critères d'adjudication, pour leur part, font l'objet de l'art. 29 A-IMP. Il s'agit des critères permettant de déterminer l'offre "la plus avantageuse" au sens de l'art. 41 A-IMP. L'art. 29 al. 1 A-IMP dresse une liste non exhaustive des critères d'adjudication possibles. Le pouvoir adjudicateur dispose ici encore d'une très grande liberté d'appréciation pour les arrêter, sous réserve du respect des principes généraux du droit des marchés publics, en particulier le principe de non-discrimination (cf. Etienne Poltier, *op. cit*., p. 281 s.).

b) En l'espèce, la recourante s'en prend ici encore au critère CE18, dont elle répète qu'il aurait pour "seul et unique but d'écarter tous les soumissionnaires, à l'exclusion d'E._____".

Comme les autorités intimées l'ont clarifié dans le cadre des "questions/réponses" et comme on l'a déjà relevé ci-dessus en lien avec le grief de violation de la procédure ouverte (cf. *supra* consid. 4b/aa), pour respecter l'exigence CE18, il n'est toutefois pas nécessaire que les soumissionnaires fournissent leurs logiciels à au moins deux établissements sanitaires ayant obtenu la certification HIMSS EMRAM stage 7, mais il suffit qu'ils prouvent leur capacité à accompagner de tels établissements dans cette démarche de certification et qu'ils démontrent que le logiciel offert soit à même d'atteindre à terme le niveau de maturité stage 7. Le cercle des soumissionnaires potentiels n'est dès lors pas aussi restreint que la recourante ne le laisse entendre et ne se limite pas à E._____.

C'est à tort par ailleurs que la recourante soutient que les quelques fournisseurs qui remplissent l'exigence CE18 ainsi interprétée seraient de toute manière écartés au profit d'E._____ en raison des critères CE01 et CE15, qui donnent la préférence aux références "suisses". Comme on l'a également déjà indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 4b/bb), pour respecter ces exigences, des références "européennes" sont en effet suffisantes. En outre, si les exigences CE01 et CE15 entrent dans la notation du critère d'adjudication "qualité du fournisseur, de l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles", elles ne constituent toutefois qu'un des éléments d'appréciation de ce critère. Un soumissionnaire, qui n'aurait pas des références "suisses", pourrait ainsi compenser ce manque en étant meilleur sur les autres éléments d'appréciation de ce critère ou sur d'autres critères d'adjudication.

A cela s'ajoute que, contrairement à ce que la recourante prétend, l'exigence CE18 répond à un réel besoin des pouvoirs adjudicateurs ou à tout le moins de certains d'entre eux. Dans leurs écritures, les autorités intimées ont expliqué que le CHUV et certains des onze établissements représentés par la FHVi, dont l'Hôpital Riviera Chablais (HRC), avaient en effet pour objectif à long terme d'entreprendre les démarches en vue de l'obtention de la certification HIMSS EMRAM stage 7, qui est "l'un des plus hauts niveaux d'excellence en termes d'adoption des technologies de l'information en santé" – ce que la recourante ne conteste pas, même si elle nie sa pertinence pour la plupart des établissements de la FHVi – et qui leur permettra de mettre en évidence les domaines où des améliorations sont nécessaires, que ce soit dans l'informatique clinique, la gestion des données ou les flux de travail. Dans cette perspective, l'exigence d'avoir un fournisseur, ayant accompagné d'autres établissements dans leur parcours de certification ou ayant la capacité de le faire, apparaît évidente. Elle leur garantira une expertise, qui leur permettra de tirer parti des meilleures pratiques éprouvées. Certes, plusieurs des établissements représentés par la FHVi sont des petites structures (cf. pièces 6a à 6d) et ne s'engageront vraisemblablement pas dans un tel processus. Cela n'en rend pas pour autant l'exigence CE18 illégale, étant rappelé le très grand pouvoir d'appréciation dont les

pouvoirs adjudicateurs disposent pour définir les critères d'aptitudes auxquels les soumissionnaires doivent répondre (cf. *supra* consid. 5a).

La préférence accordée aux références "suisses" dans le cadre de l'examen des exigences CE01 et CE15 sous l'angle de l'évaluation du critère d'adjudication "qualité du fournisseur, de l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles" n'est pas non plus critiquable. Comme les autorités intimées l'ont indiqué dans leurs écritures, de telles références permettent en effet d'attester que le logiciel répond aux exigences locales et aux spécificités de la législation suisse. Le fait que la réglementation européenne serait plus restrictive, notamment en matière de protection des données, importe à cet égard peu. On rappelle en outre que cette préférence n'est qu'un des nombreux éléments d'appréciation du critère d'adjudication "qualité du fournisseur, de l'organisation du projet et l'acceptation exigences contractuelles" et que son poids doit dès lors être sensiblement relativisé.

c) Mal fondé, le grief de violation de la transparence, de l'impartialité, de la garantie d'une concurrence efficace et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires doit être écarté.

6. La recourante fait valoir en outre une violation du principe d'économicité, reprochant aux autorités intimées d'avoir lancé un appel d'offres pour un seul et unique DPI, alors que les exigences et les besoins des établissements concernés ne sont pas les mêmes. Elle affirme que ce choix engendrera des coûts supplémentaires.

a) Le pouvoir adjudicateur jouit d'une grande latitude pour arrêter ses besoins et pour configurer le marché (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.3; Galli et al., *op. cit.*, p. 181 et la jurisprudence citées; Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 252 ss). Il peut ainsi définir librement les prestations qu'il souhaite acquérir, pour autant qu'il respecte toutefois, comme pour la fixation des critères d'aptitude et d'adjudication (cf. *supra* consid. 5a), les principes généraux du droit des marchés publics, en particulier le principe de non-discrimination (cf. *ibidem*). Il ne pourrait en particulier pas définir l'objet du marché de telle sorte que seul un produit ou un fournisseur entre en ligne de compte (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.3). Sous cette réserve, les soumissionnaires potentiels ne peuvent en principe pas contester le choix du pouvoir adjudicateur d'acquérir telle ou telle prestation et faire valoir qu'il y a lieu de préférer une autre fourniture ou un autre service potentiellement plus adéquats (cf. JAAC 66.38 consid. 5a; ég. Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 254).

Le principe d'économicité est exprimé à l'art. 2 let. a A-IMP, qui prévoit que l'accord a notamment pour buts "une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables". Le message précise que l'économicité n'est pas synonyme de prix le plus bas et que la qualité des prestations ainsi que d'autres paramètres, dont le choix est laissé au pouvoir adjudicateur, doivent aussi être pris en considération (cf. message type du 24 septembre 2020 relatif à la révision de l'AIMP, p. 25).

Aux termes de l'art. 41 A-IMP, qui concrétise le principe d'économicité, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté "l'offre la plus avantageuse". On entend par là l'offre présentant le meilleur "rapport prix-prestation", c'est-à-dire l'offre qui répond le mieux aux critères d'adjudication fixés (cf. message, p. 81; Domenico Di Cicco, Le prix en droit des marchés publics, thèse, Genève/Zurich 2022, p. 125 ss).

b) En l'espèce, les autorités intimées se sont expliquées en détail dans leurs écritures sur les raisons qui les ont conduites à lancer un appel d'offres portant sur l'acquisition d'un DPI unique pour tous les établissements concernés. Elles s'appuient à cet égard sur les travaux de la Commission cantonale de suivi DPI, composée de représentants du Canton de Vaud (notamment de la Direction générale de la santé, de la Direction générale du numérique et des systèmes d'information et du Service d'analyse et de gestion financières), du CHUV, de la Fédération des hôpitaux vaudois (FHV) et de la FHVi. Il ressort du support de la séance du 29 mai 2024 de cette commission que quatre scénarii ont été analysés dans ce cadre (cf. pièce 104, slide 16): 1° plusieurs démarches de déploiement par composants pour le CHUV et FHVi; 2° une démarche commune de déploiement tout intégré pour le CHUV et la FHVi (tous les sites); 3° deux démarches de déploiement: tout intégré pour le CHUV et par composants pour la FHVi; 4° deux démarches de déploiement: tout intégré pour le CHUV et les gros hôpitaux de soins aigus FHVi et par composants pour les "établissements" spécifiques" de la FHVi. Le deuxième scénario, qui est celui mis en oeuvre par l'appel d'offres litigieux, a été jugé comme celui présentant le plus d'avantages (solution unique pour tous les domaines, solution à une vision politique ambitieuse, solution permettant de s'adapter aux défis et évolutions du système de santé, déploiement plus court, solution visant et standardisant les *best practices*, mutualisation possible des équipes de déploiement) et répondant le mieux aux orientations stratégiques définies par la Commission cantonale de suivi DPI (économique, bénéficiaires/offre, processus/moyens, ressources/outils). Il a été considéré par ailleurs comme l'option la plus économique à long terme sur la base d'une estimation des coûts globaux pour les établissements concernés à une échéance de 15 ans.

La recourante conteste les conclusions de la Commission cantonale de suivi DPI, en particulier celles sur le coût total des différentes options analysées. Elle fait en effet état d'une erreur "grossière" dans le calcul de celle-ci, qui décrédibiliserait selon elle tout le travail effectué. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner en détail l'estimation des coûts de la Commission cantonale de suivi DPI. Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités intimées pour configurer le marché (cf. *supra* consid. 6a), il n'y a en effet à ce stade pas d'élément qui permettrait de considérer que l'option de lancer un seul appel d'offres pour l'ensemble des hôpitaux publics serait économiquement désavantageuse par rapport à d'autres options possibles. On peut certes regretter l'absence d'explications sur le détail du calcul du coût total à horizon quinze ans des différents scénarii envisagés. Quoi qu'en dise la recourante, ce calcul ne paraît toutefois pas entaché d'une erreur. Quoi qu'il en soit, les différents éléments de l'étude effectuée montrent que l'option choisie, malgré un coût initial supérieur, a largement

le meilleur rapport gains/dépenses annuel, ce qui suffit déjà pour considérer, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités intimées (cf. *supra* consid. 6a), que la configuration du marché échappe à la critique au stade de l'appel d'offres sous cet angle. Le fait que l'analyse s'est faite sur des offres budgétaires remontant pour certaines à 2021 ne permet pas non plus de remettre en cause sa pertinence, le pouvoir adjudicateur pouvant se contenter d'estimations avant d'arrêter ses besoins et de configurer le marché en fonction de différentes alternatives possibles. Pour le reste, la recourante ne fait qu'opposer son propre calcul, qui se fonde en partie sur des éléments non documentés et en partie sur les chiffres de la Commission cantonale de suivi DPI, dont elle a précisément critiqué la crédibilité, pour démontrer que l'option qu'elle préconise, à savoir un logiciel par établissement sanitaire, serait la plus économique. Cela étant, on rappelle que le principe d'économicité ne commande pas nécessairement d'opter pour la solution la moins chère, mais pour celle qui présente le meilleur "rapport prix-prestation" (cf. supra *consid*. 6a).

La recourante critique également le bien-fondé d'un DPI unique sous l'angle de sa pertinence. Elle insiste beaucoup sur le fait que le CHUV et les établissements de la FHVi n'ont pas les mêmes exigences et besoins, si bien qu'un logiciel commun ne serait pas la solution. Elle en a pour preuve ici encore les propos tenus par la Conseillère d'Etat dans le cadre du Rapport de la Commission thématique de la santé publique de février 2023, et plus précisément le passage suivant (cf. pièce 22, p. 7):

> *"..., il apparaît assez clairement que la solution envisagée pour le CHUV n'est pas adaptée à des hôpitaux de plus petite taille. Les besoins d'un hôpital universitaire (recherche académique en plus de la mission clinique et de formation) ne sont pas les mêmes que ceux d'un hôpital régional. Dans ce contexte, l'exigence d'interopérabilité de tous les systèmes choisis doit être posée."*

Comme les autorités intimées le relèvent dans leur réponse, ces propos ont été prononcés plus de dix-huit mois avant la publication de l'appel d'offres litigieux, alors qu'aucune analyse des besoins et des coûts des différents établissements n'avait encore été entreprise par le Canton de Vaud et qu'aucune réflexion commune de tous les acteurs n'avait encore été amorcée. Ce n'est en effet qu'en 2024, que la Commission cantonale de suivi DPI a été constituée. La portée des propos tenus par la Conseillère d'Etat doit dès lors être relativisée. Ils ne sauraient en particulier remettre en cause tout le travail d'études et d'analyses effectué par la suite sur les différentes options envisageables.

La recourante nie encore les avantages d'un DPI unique mis en évidence par la Commission cantonale de suivi DPI et dans le dossier d'appel d'offres (cf. clauses techniques, p. 7, ch. 6 des "réflexions", reproduit dans l'état de fait), ou à tout le moins les minimise. Ce faisant, elle ne fait que critiquer l'opportunité de la stratégie adoptée par les autorités intimées, ce qui n'est pas possible, étant rappelé la grande liberté d'appréciation dont le pouvoir adjudicateur dispose pour configurer le marché (cf. *supra* consid. 6a), sauf à démontrer que ce choix viole les principes généraux du droit des marchés publics, en particulier le principe de non-discrimination. Or, comme on l'a déjà indiqué, on ne peut retenir sur la base des éléments

du dossier que l'appel d'offres aurait été rédigé de telle sorte que seul E._____ entre en considération (cf. *supra* consid 4 et 5).

c) Mal fondé, le grief de violation du principe d'économicité doit être écarté.

7. La recourante invoque enfin une violation des règles sur la préimplication, reprochant aux autorités intimées d'avoir visité avant la publication de l'appel d'offres litigieux des établissements utilisant le logiciel d'E._____ et d'avoir ainsi noué des liens avec ce fournisseur, ce qui entraînerait sa préimplication.

a) L'art. 14 A-IMP, qui traite du problème de la préimplication, a la teneur suivante:

> *"[1] Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.*
>
> *[2] Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier:*
>
> *a. la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables;*
>
> *b. la communication des noms des participants à la préparation du marché;*
>
> *c. la prolongation des délais minimaux.*
>
> *[3] Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres."*

Selon la jurisprudence, il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a par exemple rédigé les bases du projet, élaboré les documents d'appel d'offres ou encore fourni au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (cf. TF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1; ég. arrêts MPU.2024.0009 du 5 septembre 2024 consid. 5a, MPU.2022.0009 du 29 novembre 2022 consid. 6a/aa et MPU.2020.0041 du 4 juin 2021 consid. 6b/aa). Seule une préimplication qualifiée peut toutefois entraîner une interdiction de participer à la procédure d'adjudication. Cette conséquence juridique ne survient pas si un soumissionnaire ne dispose sur ses concurrents que d'une longueur d'avance minime en termes de connaissances, si seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent fournir la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres ou si la participation du soumissionnaire préimpliqué à la préparation de la procédure d'adjudication et son avantage sur ses concurrents en termes de connaissances sont rendus publics, à des fins de transparence, et si ledit avantage est compensé (cf. message, p. 49; ég. Cédric Häner, *in* Hans Ruldof Trüeb (éd.), Handkommentar zum Schweizerisichen Beschaffungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2020, N 6 et 7 *ad* art. 14 LMP; ég. TF 2P.164/2004 précité consid. 3.2). S'il existe un avantage non négligeable qui peut être compensé, l'adjudicateur peut renoncer à exclure le soumissionnaire préimpliqué. Il appartient à l'adjudicateur de décider au cas par cas s'il dispose de suffisamment de temps et des moyens nécessaires pour compenser l'avantage concurrentiel lié à la préimplication. S'il ne compense pas cet avantage, il est obligé d'exclure le

soumissionnaire préimpliqué de la procédure (cf. message type, p. 49; Cédric Häner, *op. cit.*, N 8 *ad* art. 14 LMP et les références).

La préimplication est censée procurer un avantage concurrentiel (l'art. 14 A-IMP le présume du reste). La preuve du contraire, à savoir du fait qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que cet avantage a été suffisamment compensé, incombent soit au pouvoir adjudicateur, soit au soumissionnaire préimpliqué (cf. arrêt MPU.2022.0009 précité consid. 6a/bb; ég. TAF B-4602/2019 précité consid. 3.1.3 et TAF B-7062/2017 du 22 août 2019 consid. 4.5). Il appartient en revanche au soumissionnaire évincé qui conclut à l'exclusion du soumissionnaire prétendument préimpliqué de prouver la préimplication de même que sa nature et sa nécessité (cf. TAF B-4602/2019 précité consid. 3.1.3 et TF 2P.164/2004 précité consid. 5.7.3).

b) En l'espèce, les autorités intimées ne contestent pas qu'elles ont visité avant la publication de l'appel d'offres litigieux l'Hôpital cantonal de Lucerne et l'Hôpital universitaire de Berne, tous deux dotés du logiciel d'E._____. Il ne s'agit toutefois pas des seules visites qu'elles ont faites. Elles se sont rendues également dans quatre autres établissements utilisant des systèmes différents. Elles ont assisté par ailleurs à des présentations virtuelles de plusieurs fournisseurs comme la liste qu'elles ont établie le montre (cf. pièce 128). La recourante elle-même a été sollicitée dans ce cadre. Ces contacts préalables ne sauraient entraîner la préimplication des fournisseurs contactés et en particulier d'E._____. Ils sont courants en pratique. Ils permettent au pouvoir adjudicateur d'analyser le marché et de se faire une idée des solutions qui existent pour arrêter au mieux ses besoins avant de lancer un appel d'offres. L'art. 14 al. 3 A-IMP évoque du reste expressément le cas des études de marchés, en précisant que même les auteurs de ces études ne doivent pas être considérés comme "préimpliqués" (cf. ég. message, p. 50). Le fait qu'E._____ (directement ou par l'intermédiaire d'établissements utilisant son logiciel) ait été le fournisseur qui a été le plus sollicité dans cette étape d'analyse du marché (avec deux visites et trois présentations virtuelles) n'y change rien.

Pour le reste, aucun élément du dossier ne permet de retenir qu'E._____ ait participé d'une manière ou d'une autre à la préparation de la procédure d'adjudication.

Quant aux arguments selon lesquels E._____ aurait déjà été pré-choisi et que l'appel d'offres aurait été taillé sur mesure pour lui, on rappelle qu'ils ont déjà été écartés (cf. *supra* consid 4 et 5).

La recourante échoue dès lors à prouver la préimplication dont elle se prévaut.

c) Mal fondé, le grief de violation des règles sur la préimplication doit être écarté.

8. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de l'appel d'offres attaqué. Il appartiendra aux autorités intimées de fixer, par

l'intermédiaire de la plateforme simap, un nouveau délai pour le dépôt des offres.

La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (cf. art. 49 al.1 LPA-VD), arrêtés à 30'000 fr., compte tenu de la valeur du marché en cause (cf. art. 3 al. 1 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 [TFJDA; BLV 173.36.5.1]).

Elle devra par ailleurs verser une indemnité de dépens aux autorités intimées, qui obtiennent gain de cause par l'intermédiaire de mandataires professionnels (cf. art. 55 al. 1 et 2 LPA-VD). Compte tenu de la nature de la cause, de ses enjeux et de l'important travail effectué, celle-ci sera fixée au montant maximal prévu par l'art. 11 al. 2 TFJDA, soit 10'000 francs.

Par ces motifs
la Cour de droit administratif et public
du Tribunal cantonal
arrête:

I. Le recours est rejeté.

II. L'appel d'offres du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et de la Fédération des hôpitaux vaudois informatique (FHVi) du 10 septembre 2024 (nouveau dossier patient informatisé commun du CHUV et des Hôpitaux régionaux reconnus d'intérêt public du Canton de Vaud) est confirmé.

III. Les frais de justice, par 30'000 (trente mille) francs, sont mis à la charge de A._____.

IV. A._____ versera au Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) et à la Fédération des hôpitaux vaudois informatique (FHVi), créanciers solidaires, un montant de 10'000 (dix mille) francs à titre d'indemnité de dépens.

Lausanne, le 7 janvier 2025

La présidente: Le greffier:

Le présent arrêt est communiqué aux participants à la procédure, ainsi qu'à la Commission fédérale de la concurrence (COMCO).

Il peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral (Tribunal fédéral suisse, 1000 Lausanne 14). Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire à celles des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.

