



Document	<b>DC 2011 p. 102</b>
Auteur(s)	<b>Blaise Carron, Manon Simeoni</b>
Titre	<b>Prix - Arrêt du Tribunal administratif genevois du 21 septembre 2010 (ATA 648/2010)</b>
Pages	<b>102-103</b>
Publication	<b>Droit de la construction</b>
Editeur	<b>Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.)</b>
Anciens editeurs	<b>Martin Beyeler (Red.), Jacques Dubey (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Pascal Rey, Hubert Stöckli (Red.), Petra Vondrasek (Red.), Bernhard Waldmann (Red.), Jean-Baptiste Zufferey (Red.)</b>
ISSN	<b>1017-0588</b>
Maison d'édition	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

## Prix

### Arrêt du Tribunal administratif genevois du 21 septembre 2010 (ATA 648/2010) (GE)

Avec commentaire de **Blaise Carron**, professeur à l'Université de Neuchâtel et **Manon Simeoni**, avocate, assistante-doctorante, Université de Neuchâtel

#### DC 2011 p. 102

#### Les faits

(S2) Il s'agit d'un appel d'offres des TPG en vue de remplacer leurs distributeurs automatiques. Les critères d'adjudication pondérés étaient "adéquation au cahier des charges" (55 points), "offre commerciale" (30 points) et "organisation du travail, compétence du personnel et expérience" (15 points).

Les TPG ont accepté une offre de CHF 16 millions, remplissant pleinement les conditions posées et étant économiquement la plus avantageuse. La recourante a offert un prix plus bas (CHF 13,5 millions) mais a été classée dernière, notamment car son offre était non conforme au cahier des charges et faisait faussement mention de l'existence d'un contrat. Entre autres griefs, le recours fait état d'une violation de l'utilisation parcimonieuse de deniers publics, parce que le prix aurait été sous-évalué en n'étant pondéré qu'à 12% en tant que sous-critère de l'"offre commerciale".

#### L'arrêt et les considérants

Le TA rejette le recours dans la mesure où il est recevable. Le TA admet d'abord que la recourante n'était pas en mesure de recourir déjà contre l'appel d'offres. Le TA réfute ensuite le grief de la sous-évaluation du critère prix, arguant que sa pondération atteint 20,5%. Dans ce contexte, le TA tient non seulement compte du sous-critère "prix de base" (pondération de 12%) mais aussi d'autres sous-critères "influençant directement (le coût)", au nombre desquels figurent selon toute vraisemblance - le jugement n'est pas parfaitement clair à ce sujet - le planning de livraison, l'engagement concernant la maintenance, la structure de l'offre et du support technique et la langue française. Quant à la méthode de notation du prix retenue par les TPG, le TA l'approuve en mentionnant que c'est celle que préconise le Guide romand pour les marchés de fournitures.

#### Le commentaire

Cet arrêt offre une bonne occasion de faire le point de la situation sur le rôle du prix:



(1) On entend par prix la prestation pécuniaire due par le pouvoir adjudicateur en contrepartie de l'acquisition d'une prestation. Il joue un rôle essentiel qui trouve concrétisation dans le principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 AIMP). Même si l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les critères d'adjudication, le prix doit impérativement être l'un d'entre eux (à ce sujet, D. Esseiva, Les problèmes liés au prix, DC 2004 - cahier spécial, p. 27 s.).

(2) Le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur concerne aussi la pondération du prix. Seul l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation est sanctionné. Les principes suivants sont applicables: (i) La pondération du prix dépend des particularités du marché: plus il est complexe, plus la pondération du prix peut être faible (TF du 5.3.2007, [2P.230/2006](#); ég. DC 4/07, p. 203, N° S54). (ii) La pondération dépend du type de marché: elle peut être plus faible pour un marché de services que pour un marché de fournitures (p. ex. Guide romand des marchés publics, annexes G1, G2 et G3). (iii) La pondération du prix est soumise à une limite supérieure (D. Esseiva, Les problèmes liés au prix, DC 2004 - cahier spécial, p. 28, qui évoque 80%) et inférieure. Cette dernière est fixée à environ 20% pour un marché de services complexe ([ATF 129 I 313, consid. 9.2](#); ég. [ATF 130 I 231, consid. 6.3 \(22.5%\)](#)). Dans des circonstances particulières, les pondérations suivantes ont toutefois déjà été admises: 15% (TA ZH du 7.4.2004, [VB.2003.00319](#)), 13% (TF du 2.3.2000, [2P.274/1999](#); ég. DC 4/06, p. 188, N° S114), voire 10% (CRM 002/2005b, consid. 4d/aa, pour un marché complexe et présentant des aspects de sécurité).

(3) Si la pondération du prix est faible (TF du 27.4.2006, [2P.225/2005, consid. 3](#)), la méthode de notation de ce critère ne peut encore affaiblir significativement son poids réel ([ATF 129 I 313, consid. 9.2](#)).

(4) Si la pondération ou la méthode de notation du prix est problématique, le soumissionnaire doit recourir contre l'appel d'offres ([ATF 125 I 203, consid. 3.a](#)) ou signaler immédiatement le problème à l'adjudicateur, sous peine de forclusion ([ATF 130 I 231, consid. 4.3](#)). L'obligation de recourir n'existe toutefois que si l'appel d'offres est suffisamment clair pour que l'on puisse reconnaître le caractère illicite de ces éléments (DC 2/05, p. 71, N° S8). Dans le cas contraire, le recours contre l'adjudication reste ouvert.

Au vu de ces rappels, on peut apprécier la décision en question comme suit:

Vu la formulation sibylline de l'appel d'offres, le TA a admis à juste titre la recevabilité du recours formulé contre la décision d'adjudication.

Par contre, la prise en compte, outre le prix de base, d'autres sous-critères tels que le planning de livraison ou la langue française afin de parvenir au seuil de pondération minimum de 20% semble difficilement admissible. Le prix est la contre-prestation pécuniaire de l'adjudicateur. Il peut certes consister en l'addition du prix détaillé de nombreux postes

#### DC 2011 p. 102, 103

nécessaires à l'exécution de la prestation mise en soumission (TF du 6.5.2002, [2P.146/2001, consid. 4.1](#)). En l'espèce toutefois, on ne voit pas comment les sous-critères en question entraînent une contre-prestation pécuniaire de l'adjudicateur. Pour être compris dans la définition du prix, il ne suffit pas qu'un sous-critère influence simplement le caractère économique de l'offre: c'est en effet le propre de l'ensemble des critères d'adjudication, censés permettre l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse. Devant ce choix singulier, on ne peut que regretter la motivation succincte du jugement, qui ne permet pas de saisir pleinement le raisonnement suivi et de déterminer sa pertinence. On aurait souhaité que les juges décrivent précisément en quoi les sous-critères retenus influencent le prix payé par l'adjudicateur.

Outre la motivation lapidaire concernant l'inclusion des sous-critères dans le prix, il reste difficile d'approuver ce jugement, vu le type de marché concerné (fournitures) et vu l'absence d'éléments étayant la complexité du marché, deux éléments parlant en faveur d'une pondération du prix plus élevée que 20%. Comme le suggère le TA, il eût été préférable que les TPG écartent l'offre de la recourante pour inadéquation au cahier des charges, plutôt que l'autorité de recours doive recourir à une extension discutable de la notion du critère du prix.