

# L'INTELLIGENCE SANCTIONNÉE

À chacune de ses réformes<sup>1</sup>, la commande publique s'enferme dans un système de plus en plus fondé sur la méfiance :

- d'une part méfiance à l'égard du pouvoir adjudicateur, présumé incapable de savoir choisir le meilleur prestataire et, en outre, soupçonné de n'être pas vertueux, d'où un encadrement pointilleux et complexe des procédures, rendant difficile le "sans faute", et ouvrant donc la porte à des recours ;
- d'autre part méfiance à l'égard de l'opérateur économique privé, soupçonné, lui aussi, de n'être pas vertueux, et de chercher à contourner ses obligations, ce qui justifierait des contrats aux clauses déséquilibrées au bénéfice du seul pouvoir adjudicateur.

Il n'est pas question de tout passer en revue, mais de pointer quelques situations où les règles juridiques contrarient la pertinence des décisions et la qualité même des prestations ou des travaux, et font finalement obstacle à l'efficacité de la commande publique.

Ce qui n'arrange rien, c'est que les Cours administratives d'appel et le Conseil d'État sont bien obligés de juger selon les textes, et si parfois, ceux-ci sont mauvais, les juges vont devoir sanctionner des décisions intelligentes des pouvoirs adjudicateurs mais non exactement conformes à la règle.

Dans le présent article, nous allons rappeler comment le dogme du "tout concurrence", qui anime certains rédacteurs à Bruxelles (quelques-uns aussi à Paris), ont contraint à éliminer des règles qui favorisaient généralement le bon usage des deniers publics, et avaient donc semblé intelligentes.

## 1 - L'ANONYMAT DES CONCOURS

La France est sans doute le pays qui avait le mieux organisé les concours d'architecture au terme desquels était choisi le maître d'œuvre, auteur du meilleur avant-projet, et jugé le plus apte à en développer les qualités, d'abord en en poursuivant la conception, puis lors du suivi de sa réalisation par les entreprises.

La MIQCP est la principale contributrice du modus operandi affiné pendant deux décennies, jusqu'à ce que les commissaires européens imposent l'"anonymat" des projets lors de leur examen par le jury (directive 92/50).

Il n'est pas anormal que les architectes puissent avoir des avis divergents sur ce sujet, les uns préférant pouvoir expliquer leur projet aux jurés (audition des candidats) et les autres trouvant plutôt avantage à l'anonymat.

Ce qui nous paraît le plus important, c'est l'intérêt de la collectivité et nous cherchons encore ceux qui prétendent qu'un jury mal éclairé fait un meilleur choix qu'un jury qui a obtenu des informations utiles à la bonne compréhension des projets en compétition.

Car l'audition, en direct dans les jurys, permettait aux jurés d'avoir instantanément des réponses à leurs interrogations ou

hésitations et ainsi, ayant mieux compris les projets, ils étaient plus à même de faire le bon choix.

C'était efficace, donc intelligent, mais désormais interdit (sauf en dessous des seuils européens).

Rendons hommage aux négociateurs français à Bruxelles, qui ont fini par obtenir des commissaires européens l'ajout de deux alinéas à l'article 74 de la directive 2004/18/CE : s'il y a lieu, les candidats pourront répondre aux questions que se sont posées les jurés, mais seulement **APRÈS** classement des projets par le jury ! Ce n'est pas très intelligent, mais cela vaut mieux que rien.

## 2 - LES MARCHÉS DE DÉFINITION

La MIQCP, encore elle, très imaginative de procédures intelligentes et efficaces, avait proposé des marchés d'études plaçant dans une concurrence stimulante plusieurs équipes pluridisciplinaires pour réfléchir, enquêter localement et proposer des pistes, contribuant finalement à affiner un programme pour aménager un espace dont le devenir n'était pas scellé au départ.

**Il s'agissait des "marchés de définition", dont la mise en œuvre a satisfait de nombreuses collectivités.**

Comme cela vient d'être écrit, plusieurs équipes étaient en compétition.

Il a paru intelligent que le pouvoir adjudicateur qui choisissait l'une des propositions, puisse en confier la réalisation à l'équipe qui en était l'auteur. Il suffisait de prendre certaines précautions au départ, lors de la sélection des équipes.

Pour la poursuite de la mission, il était nécessaire de "négocier" les termes du marché. **Mais c'était une procédure hautement efficace.**

L'efficacité des procédures n'étant pas le principal objectif des commissaires européens face à leur "obsession de la concurrence" et à leur "méfiance" à l'endroit de tous les acteurs, ils ont exigé de remettre en concurrence les équipes !

Évidemment stupide puisqu'on risquait de devoir désigner l'auteur d'un projet que la collectivité avait rejeté !

**Exit donc les marchés de définition**, qui ne sont nullement remplacés par le dialogue compétitif.

LA FRANCE EST SANS DOUTE LE PAYS QUI AVAIT LE MIEUX ORGANISÉ LES CONCOURS D'ARCHITECTURE AU TERME DESQUELS ÉTAIT CHOISI LE MAÎTRE D'ŒUVRE, AUTEUR DU MEILLEUR AVANT-PROJET, ET JUGÉ LE PLUS APTE À EN DÉVELOPPER LES QUALITÉS, D'ABORD EN EN POURSUIVANT LA CONCEPTION, PUIS LORS DU SUIVI DE SA RÉALISATION PAR LES ENTREPRISES

3 - LE DROIT AU RESPECT DE L'ŒUVRE

Dans le code des marchés publics 2001, l'article 74-IV autorisait un maître d'ouvrage à confier à l'auteur d'une œuvre architecturale, la maîtrise d'œuvre de son extension<sup>1</sup>.

Les codes 2004 et 2006 ont supprimé cet article 74-IV, étant donné qu'on était censé trouver son équivalent, certes plus général, dans l'article 35-II du CMP, dans les termes suivants :

"Peuvent être négociés, sans publicité préalable et sans mise en concurrence : [...]

8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité..."

Cet article devait permettre de respecter le droit des auteurs sur leur œuvre, institué tout à fait légalement par le code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L 111-1, L 112-1 et L 121-1.

Hélas, l'obsession du tout concurrence l'a emporté sur la propriété intellectuelle et les tribunaux sanctionnent le plus souvent les maîtres d'ouvrage publics qui veulent confier la transformation d'un bâtiment existant, directement à l'architecte qui l'a conçu.

4 - À PROPOS DES QUALIFICATIONS DES CANDIDATS

Les pouvoirs adjudicateurs sont bien fondés à exiger des candidats à un marché public, qu'ils apportent la preuve de leur capacité à l'exécuter, et, dans certains cas, cette preuve peut être apportée par un "certificat" fourni par un organisme indépendant. On donnera en exemple les qualifications des entreprises délivrées par QUALIBAT ou QUALIFELEC, mais le champ des organismes et des certificats est très vaste.

Le pouvoir adjudicateur doit alors indiquer (car il est "obligatoire" de faciliter l'accès de tout professionnel de l'Union européenne), qu'il "acceptera tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres" (art. 45.II du CMP).

Comme chacun des 28 pays de l'UE a conçu, souvent de longue date, ses propres mécanismes de certifications ou de qualifications, "l'équivalence" est évidemment une chimère. Jusqu'à présent, cette difficulté n'a pas empêché les pouvoirs adjudicateurs de demander telle ou telle qualification, puisque celles-ci apportent une **présomption sérieuse de qualité** pour l'exécution des prestations objets des marchés.

Préciser les qualifications appropriées pour l'exécution d'un marché nous paraît donc une mesure intelligente.

Hélas, nos ministres des territoires... et de l'écologie... viennent de jeter le trouble par une circulaire commune du 18 juillet 2013 adressée pour exécution aux préfets et aux directions régionales et départementales de ces deux ministères.

Alors qu'on vient d'annoncer en haut lieu un "choc de simplification", cette circulaire de plusieurs pages est accompagnée de trois annexes très détaillées, dont on va résumer l'esprit, forcément de manière très sommaire (alors que les annexes sont compliquées et lourdes à appliquer correctement).

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur (le PA) a demandé la détention d'un certificat déterminé, il "doit" permettre à tout candidat de revendiquer "l'équivalence" par la production d'un certificat fondé sur un référentiel différent : que faire si celui-ci est moins exigeant sur certains critères ?



- 1) Depuis deux décennies, une partie des réformes de la commande publique résulte de la transposition en droit français des directives européennes.
- 2) Article 74-IV du CMP 2001 : "Pour l'extension d'un ouvrage existant, lorsque l'unité architecturale, technique ou paysagère le justifie, le marché de maîtrise d'œuvre peut être attribué sans mise en concurrence à la personne qui a été titulaire du marché initial de maîtrise d'œuvre de cet ouvrage."

En effet, en écartant ce candidat, le PA peut être jugé fautif s'il n'a pas vérifié que tous les signes de qualité du certificat exigé initialement dans l'avis d'appel public à concurrence étaient appropriés au marché en question !

**La folle "mécanique" s'enclenche illico :** si le PA demande la production d'un certificat de qualification, il doit au préalable "en étudier complètement toutes les exigences, critères et modalités d'évaluation qui composent le référentiel de ce certificat et les analyser au regard des besoins du marché" (sic), de telle façon qu'il puisse préciser le contenu détaillé des éléments indispensables devant figurer dans les référentiels d'autres certificats pour être admis en équivalence !

On imagine alors l'énormité du temps à consacrer à ces nouvelles tâches avant de lancer n'importe quelle mise en concurrence<sup>3</sup> !

**Si les préfets et les directeurs destinataires de cette circulaire décident de l'appliquer, on peut s'attendre à ce que les pouvoirs adjudicateurs cessent d'exiger des certificats de qualification !**

**Piètre résultat, défi à l'intelligence, contreproductif de qualité.**

La présente analyse n'est nullement une critique générale de la réglementation des marchés publics qui comporte beaucoup de dispositions tout à fait judicieuses.

Faute de pouvoir les citer toutes, on donnera en exemples quelques alinéas du code des marchés publics, ayant trait aux candidatures :

*"Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché."* (art.45-I du CMP)

*"Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui."* (art.45-III)

*"L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats."* (art. 52-I)

*"L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché."* (art.52-I)

## 5 - BEAUCOUP DE RÈGLES POSENT PROBLÈME

Nous venons d'évoquer quelques "mésaventures" réglementaires : le principe de méfiance envers tous les acteurs et le dogme du "tout concurrence" sans aucune attention pour la spécificité éventuelle des prestations, ont, pour un certain nombre de domaines, compromis le bon usage des deniers publics.

**Nous aurions encore beaucoup de choses à dire sur bien d'autres règles de la commande publique. On aurait pu traiter :**

- La suspicion systématique sur les avenants ; et pourtant, quand l'établissement du programme livré à une maîtrise d'œuvre précède de cinq ans, (voire bien plus) la livraison d'un équipement, ce n'est pas une faute mais un devoir de tout maître d'ouvrage consciencieux d'actualiser ledit programme jusqu'à la dernière minute ; devrait-il livrer un ouvrage obsolète pour plaire à quelques ayatollahs du caractère intangible des marchés ?
- La valse hésitation sur les variantes, "interdites sauf..." dans certains cas, et "autorisées sauf..." dans d'autres.
- Le dilemme des maîtres d'ouvrage quant à écarter d'une mise en concurrence un acteur qui est déjà intervenu dans l'opération, par exemple en tant que programmiste ou d'auteur d'un cahier des charges ou d'un diagnostic (au sens des articles 12 ou 19 du décret 93-1268).
- Les conditions du recours au dialogue compétitif et à la conception-réalisation, toujours aussi délicats à manier.
- La distinction subtile entre critères et sous-critères, surtout si l'on y ajoute les conditions de notation.
- La malhonnêteté de dénommer esquisse (pourtant bien décrite par le décret 93-1268) des prestations exigées au niveau d'un avant-projet plus que détaillé.
- La presque (car il existe quand même une demi-échappatoire) impossibilité de modifier une équipe de cotraitants dans un groupement, même quand tous les signataires (dont le maître d'ouvrage public) sont d'accord pour signer un tel avenant.
- Les aléas et vicissitudes de l'allotissement.
- L'inefficacité des règles contre les offres anormalement basses.
- Et bien évidemment, tous les dérapages des marchés à procédure adaptée.

Dans un prochain numéro de la revue, il faudra sans doute revenir sur l'analyse des diverses procédures de la commande publique, afin de déterminer celles qui nous semblent les mieux adaptées à la spécificité de la maîtrise d'œuvre.

**Car, pour cette nature de mission, il est assez aisé de démontrer<sup>4</sup> pourquoi l'appel d'offres est contreproductif de qualité,** face aux enjeux de tout bâtiment destiné à rendre des services au public et qui constituera, pour des dizaines de décennies, un maillon du patrimoine bâti du pays.

# L'OBSESSION DU TOUT CONCURRENCE L'A EMPORTÉ SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LES TRIBUNAUX SANCTIONNENT LE PLUS SOUVENT LES MAÎTRES D'OUVRAGE PUBLICS QUI VEULENT CONFIER LA TRANSFORMATION D'UN BÂTIMENT EXISTANT, DIRECTEMENT À L'ARCHITECTE QUI L'A CONÇU

## 6 - LES MAÎTRES D'OUVRAGE PUBLICS S'ORGANISENT

Nous constatons que, pour ce qui concerne la création du cadre de vie (du mandat de maîtrise d'ouvrage jusqu'au dernier marché d'entretien ou d'exploitation des bâtiments en passant par la maîtrise d'œuvre), la commande publique s'enferme dans un système semé d'embûches.

Ces embûches et parfois des jurisprudences malencontreuses, finissent par faire obstacle à la bonne utilisation des deniers publics.

Les maîtres d'ouvrage publics en sont tellement conscients (certaines interruptions d'opérations ont coûté fort cher à certains d'entre eux) qu'ils s'organisent pour échapper aux règles de la commande publique, ou pour s'en libérer au maximum.

Ils disposent de divers "outils".

Les premiers existent depuis longtemps et sont multiples (services techniques des villes, agences techniques régionales, etc). Mais des lois plus récentes ont permis d'en créer de nouveaux sous d'autres formes, telles que les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) ou des sociétés publiques locales (SPL).

Même si le caractère "in house" nécessite quelques précautions, le but est évidemment d'échapper au carcan de la commande publique pour la plus grande partie des prestations amont des opérations.

Si les prestations en cause ne concernaient que le "mandat de maîtrise d'ouvrage", il n'y aurait pas lieu de s'alarmer.

Hélas, ce qui préoccupe légitimement les professionnels privés de l'ingénierie, c'est que le champ d'intervention fixé par les statuts de toutes ces structures publiques, est le plus souvent extrêmement large.

Car nous y retrouvons fréquemment toutes les prestations de services pouvant concourir à la réalisation des ouvrages, donc toutes les missions d'AMO, la programmation et bien évidemment, la maîtrise d'œuvre..., qui seront autant de marchés échappant aux professionnels privés.

Les autres outils utilisés par les pouvoirs adjudicateurs sont toutes les procédures "globales" qui leur permettent, au prix d'efforts un peu plus importants au départ, de conclure un seul marché, qui les libère de plusieurs dizaines

de mises en concurrence, qui sont autant d'occasions pour les prétendants insatisfaits d'engager des recours, qui vont bloquer l'opération.

Les outils existent : concession, conception réalisation, CREM, VEFA, BEA, BEH, DSP, PPP, etc, il n'y a qu'à choisir. Avec une différence au bénéfice des procédures globales, que l'on évoque à voix basse : la plupart du temps, quand ils concernent des travaux, ces marchés sont conclus avec une entreprise générale qui est bien mieux armée pour tenir un délai que la personne publique qui doit faire appel à plusieurs dizaines d'entreprises sans lien juridique entre elles<sup>5</sup>.

## 7 - ÉPILOGUE

Il est désagréable de conclure sur une note pessimiste : pourtant, on ne peut que constater la situation difficile dans laquelle se trouvent les prestataires intellectuels privés (surtout les PME) qui voient aujourd'hui le champ de leurs activités se réduire par la montée en puissance des structures publiques. Et, comble d'infortune, plus d'offres pour moins de marchés conduisent aux offres anormalement basses que les maîtres d'ouvrage ne savent pas écarter.

Rassurera-t-on les professionnels privés en leur rappelant qu'ils ont toute leur place dans les marchés globaux : ils y "joueront leur partition", soit pour leur client privé (PPP) soit dans l'intérêt du groupement de cotraitants que la personne publique leur a imposé d'intégrer (conception-réalisation).

Mais les maîtres d'œuvre ne seront plus directement au service des personnes publiques.

Naguère, leur implication dans le seul intérêt de la personne publique nous avait paru intelligente ; sans doute avions-nous tort. ▲



→→→ GILBERT RAMUS  
président de l'Observatoire  
de la concurrence "public-privé"



3] Les lecteurs ne seront pas surpris que les rédacteurs de ladite circulaire aient suggéré au pouvoir adjudicateur de se décharger de ces tâches sur sa maîtrise d'œuvre, évidemment taillable et corvéable à merci.

4] Lire la démonstration dans Passion architecture n° 37, pages 8 à 11 : "Concurrence, heurs et malheurs"

5] Dans une opération allotie, la défaillance d'une seule entreprise dont les travaux se trouvent sur l'un des chemins critiques du planning, peut désorganiser le déroulement de tout le chantier.