

Concurrence, heurs et malheurs

La plupart du temps, les effets de la concurrence sont avantageux pour la société¹. Hélas, les idéologues de la “toute concurrence” refusent de voir qu’il existe aussi des situations où la concurrence produit de mauvais résultats, voire engendre le malheur². Pire, ces sectaires s’efforcent d’empêcher les acteurs raisonnables de rechercher les solutions correctives pour les cas où les conséquences de la concurrence brute sont dommageables.

Ce qui suit n’est qu’une modeste contribution à la réflexion.

Préambule

Nous n’avons nulle prétention de résoudre tous les problèmes du monde. Notons quand même que l’on commence enfin à parler d’une possible “régulation” de certains marchés !

Nous nous contentons d’étudier ce que les architectes pensent connaître le mieux, à savoir tout ce qui participe à la programmation, à la conception et à la réalisation du cadre de vie, ainsi qu’à son utilisation, exploitation, entretien.

Nous évoquerons surtout la **“commande publique”** parce qu’il s’avère qu’un excès de rigorisme (les règles européennes y sont pour beaucoup) peut entraîner des actions préjudiciables pour toutes les parties en cause³. En matière de “marchés privés”, les acteurs ne sont pas toujours “intelligents”, mais rien ne les empêche de l’être quand ils sont conscients que les effets classiques de la concurrence seront globalement désavantageux.

A contrario, en commande publique, la peur d’une maladresse et donc d’un éventuel recours conduit souvent au choix de procédures inadéquates mais légales⁴, même si, pour certaines

[1] Classiquement, on considère que là où elle est opportune, la concurrence force les opérateurs économiques à produire “meilleur” pour le même prix, ou “moins cher” pour la même qualité. Nos ordinateurs et nos téléviseurs le démontrent année après année.

[2] Des éleveurs ou des pêcheurs ruinés par les effets de la concurrence, cela existe en France. Mais dans le monde, des populations entières d’agriculteurs peuvent se trouver soudain privées de ressources, simplement parce que les spéculateurs encouragés par le système concurrentiel ont trouvé dans d’autres pays des travailleurs plus asservis que les premiers.

matières, leurs résultats sont potentiellement mauvais⁵.

1 – Pratique traditionnelle de la concurrence

Alors que tout l’environnement de la vie en société évolue de plus en plus vite, **la concurrence reste figée dans une pratique traditionnelle**, utilisant un ou plusieurs facteurs, sans se demander s’il sont pertinents et si on les utilise de manière intelligente !

- Soit en décrétant que **le prix le plus bas** détermine forcément l’offre la plus avantageuse, en occultant péremptoirement toute idée de risque subséquent.
- Soit, si on veut paraître “plus intelligent”, en prônant le choix de l’offre présentant **le meilleur rapport “qualité / prix”**, sans **jamais** s’interroger sur le sens, la fiabilité et le mode d’emploi de ces deux termes.

Il ne s’agit pas de dénigrer systématiquement les deux pratiques évoquées ci-dessus. Elles restent valables dans une majorité de situations.

[3] Il suffit d’évoquer les sommes énormes qu’ont coûtées à notre pays certaines annulations de marchés publics en cours.

[4] Contrairement à ce qu’annonce sottement le code des marchés publics, le respect des trois principes énoncés à l’article 1 ne permet pas *“d’assurer l’efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics”*. Tout au plus, peut-il y participer, et encore, pas toujours.

[5] Même si cela a déjà été écrit une multitude de fois, répétons-le : attribuer une mission de recherche (ce qui est le cas des marchés de maîtrise d’œuvre impliquant de la conception) au candidat qui a présenté l’offre de prix la plus basse, c’est inévitablement choisir celui qui consacra le moins de temps à l’étude, probablement avec les acteurs les moins qualifiés.

Le but de l’étude est de démontrer que, dans certains cas, elles peuvent être préjudiciables à l’intérêt de la collectivité (et donc de proposer des voies alternatives).

Pour faire le “tri” entre • les situations où la pratique traditionnelle reste valable, • et celles où elle peut être désavantageuse, • il est nécessaire de se poser au moins trois questions essentielles.

- La **“qualité”** du produit ou de la prestation est-elle totalement “appréciable” au moment où il faut faire le choix du titulaire du marché ? Avec comme question préalable majeure : quel sens et quel contenu a-t-on voulu donner au terme “qualité” ?
- Le **facteur “prix”** peut-il déterminer, au moins pour partie, la “qualité” du produit livré ou de la prestation exécutée ?
- Les **“effets dommageables”** pouvant éventuellement résulter de la passation d’un “mauvais” marché sont-ils disproportionnés avec la valeur dudit marché ?

2 – Qu’est-ce que la “qualité” ?

Le terme “qualité” est un “mot-valise” auquel on peut donner n’importe quel contenu : il ne devrait jamais être utilisé isolé, c’est-à-dire sans préciser sur quoi porte ladite qualité. Si le terme “qualité” est entre guillemets dans le présent texte, c’est pour rappeler cette difficulté sur son sens.

Traditionnellement, la concurrence devrait aboutir au choix de l’offre présentant le meilleur rapport “qualité-prix”;

soit, en langage européen, "l'offre économiquement la plus avantageuse".

Cela impose donc de pouvoir noter sérieusement les différences de "qualité" entre plusieurs offres.

C'est généralement aisé pour les produits courants dont les caractéristiques et les garanties sont connues et quantifiables (essais, tests, enquêtes, classement, labels, etc).

C'est un peu plus difficile pour certaines prestations ou ouvrages dont la réalisation interviendra après notification du marché, mais le problème n'est pas insurmontable dès lors que **deux conditions** au moins sont réunies :

- **toutes** les caractéristiques, performances, et autres "qualités" du produit ou de la prestation peuvent être **imposées** objectivement par les cahiers des charges,
- il sera possible de vérifier que **toutes** les spécifications des cahiers des charges seront **respectées** au fur et à mesure de leur exécution.

Dès lors que l'on peut espérer **garantir** la "qualité" finale requise, le choix de l'offre semblant présenter le meilleur rapport "qualité / prix" paraît pertinent.

Cette situation est typiquement celle des marchés de travaux.

Car, même dans les cas où l'on a demandé aux entreprises de participer à l'organisation de l'opération, voire à la définition des ouvrages (exemple du dialogue compétitif), il est possible de conclure le marché sur des bases solides parfaitement maîtrisables et donc contrôlables lors de l'exécution des travaux (si l'on a désigné une maîtrise d'œuvre susceptible de contrôler efficacement l'exécution du marché de travaux).

Il en va tout autrement pour certains marchés de prestations intellectuelles, notamment ceux intégrant de la conception et la recherche d'optimisation des "qualités" d'un futur ouvrage. **Tels sont les marchés de maîtrise d'œuvre.**

Nous renvoyons au § 4 ci-après où nous démontrons qu'il est **impossible de "spécifier"**, sur la base de critères

objectivement quantifiables, **toutes les qualités attendues d'une mission de maîtrise d'œuvre.**

En conséquence, comme on ne sait pas garantir que l'ouvrage final offrira toutes les "qualités" espérées, **dire que l'on a attribué des notes pertinentes aux "qualités" différentes de plusieurs offres de maîtrise d'œuvre est une prétention aberrante.**

Le "concours" (dans les règles de l'art. 74 du CMP) est une procédure plus valable, sans offrir une garantie absolue⁶, (surtout si par la suite, on oblige le candidat à accepter un prix insuffisant : voir § 3 si après).

3 – Le prix du marché peut-il influencer sur la "qualité" ?

On peut d'abord constater que la plupart du temps, il est possible de répondre par la négative, quelquefois très simplement, d'autres fois avec un raisonnement un peu plus sophistiqué. A contrario, dans certains cas, **oui**, la qualité d'exécution du marché dépendra, au moins pour une part, du prix du marché. C'est pour ces situations-là qu'il faut trouver des procédures plus intelligentes.

3.1 – Les situations simples où le prix n'a pas d'effet sur la "qualité"

Le malheureux éleveur qui a acheminé jusqu'à Rungis des poulets élevés en liberté et qui est obligé de les brader en raison d'une offre pléthorique ou d'une demande asthénique, les livrera sans attenter à leur qualité. C'est dommageable pour le professionnel, mais la santé du consommateur n'en sera pas altérée. Il en va de même pour tous les produits manufacturés dont les caractéristiques sont fixées avant qu'ils ne soient mis sur le marché : l'acheteur pouvant apprécier leur qualité avant de se les faire livrer n'a pas à craindre les effets du "prix le plus bas".

Dans tous ces cas courants, les problèmes découlant d'un prix "trop bas" ne concernent pas l'acheteur ou le

[6] Dans un concours d'architecture, l'esquisse (ou l'avant-projet) n'est encore que l'embryon du futur projet (d'où la nécessité que le maître d'œuvre ait les moyens de développer le projet et d'en optimiser les qualités), et est encore loin de l'ouvrage livré.

consommateur, mais seulement le fournisseur : pourra-t-il encore acheter le grain pour nourrir ses volailles, sera-t-il contraint au dépôt de bilan, etc ?

Les règles de la commande publique (le "bon usage des deniers publics" a "bon dos") interdisent pratiquement de prendre en considération les dommages éventuellement causés aux fournisseurs : leur "survie" ne semble pas être un critère pertinent de choix.

3.2 – Les situations plus difficiles à analyser

Pour se cantonner au domaine de la construction, quelle est la situation des marchés de travaux dont le prix doit être arrêté avant tout début d'exécution ?

Normalement, aucun problème : comme cela a été expliqué au § 2.1, si le marché a été passé sur la base de cahiers des charges parfaitement détaillés et si le maître d'ouvrage s'est assuré les services d'une maîtrise d'œuvre qualifiée, attentive et performante, **ce maître d'ouvrage n'a que peu à craindre d'un marché de travaux au prix relativement bas.**

Vouloir stopper la spirale des prix à la baisse, entraînée par la crise économique, en dénigrant l'analyse classique des rapports "qualité-prix" de diverses offres de travaux, ne nous paraît pas pertinent, à condition, bien évidemment, que le maître d'ouvrage ait appliqué correctement les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics⁷.

3.3 – Quand le prix du marché influe sur la "qualité" à venir

Parce que les acheteurs publics ne savent pas régler ce problème, dont la réalité est pourtant reconnue, ils agissent comme si le problème n'existait pas.

Il existe pourtant tout un lot de prestations pour lesquels, peu ou prou, le prix a de très fortes chances de jouer un rôle dans la "qualité" de la prestation fournie.

[7] L'article 55 du CMP prescrit la détection des offres susceptibles d'être anormalement basses, et autorise l'élimination de celles aux justifications insuffisantes : les marchés de travaux contiennent suffisamment de prestations et de produits aux prix connus pour pouvoir juger de l'insuffisance d'une offre.

Le lecteur aura déjà deviné qu'il s'agit principalement de toutes les prestations dont la "qualité" n'a pas pu être définie dans toutes ses dimensions, ni pour mettre en concurrence les candidats, ni au moment de conclure le marché.

Le marché type dans cette situation est celui de la maîtrise d'œuvre, mais nous ne doutons pas que la démonstration puisse être faite avec des marchés d'autres prestations intellectuelles.

Cette impossibilité de préciser toutes les dimensions d'un marché de maîtrise d'œuvre a déjà été exposée dans *Passion Architecture*⁸ et nous n'en reprenons que quelques éléments.

Rappelons d'abord que l'arrêté du 21 décembre 1993⁹ fixe le "contenant" des missions de maîtrise d'œuvre mais n'a nullement la prétention de définir les "qualités" du "contenu", c'est-à-dire les "performances" des prestations elles-mêmes : • implication et concertation participative avec toutes sortes d'acteurs, • imagination et efforts créatifs, • talent de composition, • intensité des recherches itératives, • rigueur des simulations, • volonté d'optimisation de toutes les "qualités" attendues de l'ouvrage, • pertinence des arbitrages entre des objectifs divergents, voire contradictoires, • capacité de synthèse et justesse des choix finalement proposés. Quant aux "qualités" attendues de l'ouvrage, elles ne sont pas plus définissables en totalité ; la plupart du temps, elles sont réduites aux seules descriptions et performances techniques objectivement quantifiables.

De tout le reste, pourtant essentiel, "silence radio", car rien de ce qui suit ne peut être imposé de manière quantifiable : • valeur urbanistique de l'ouvrage et sa place dans la ville ou son insertion harmonieuse dans un site naturel, • valeurs symbolique, culturelle, esthétique, patrimoniale, • impact social aussi bien pour les utilisateurs que pour les autres citoyens, • facilité et sécurité pour l'entretien, l'exploitation, les réparations, • l'optimisation environnemen-

tales, • etc, • et, in fine, et ce n'est pas le moindre des objectifs, **la satisfaction des usagers tout au long de la vie de l'ouvrage**, ainsi que, excusez du peu, **la productivité des activités exercées grâce à l'ouvrage en fonction**.

Personne n'osera raisonnablement nier que ces objectifs nécessitent du temps et les meilleures qualifications possibles.

En conséquence, toute personne sensée devrait admettre que **le prix du marché déterminera, au moins pour une part, la réussite ou la médiocrité du résultat final**.

3.4 – Conséquences logiques

Après ce qui vient d'être exposé, **prétendre attribuer un marché de maîtrise d'œuvre sur la base du rapport "qualité / prix" habituel, est un non-sens, puisqu'on est conscient** :

- d'une part, qu'on n'a pas pu décrire et imposer complètement la "qualité" de la prestation à venir,
- d'autre part, que le critère "prix", dans sa pratique traditionnelle, s'avère contre-productif quant à l'optimisation des "qualités" des prestations à venir.

4 – Les effets dommageables résultant de la passation d'un "mauvais marché"

La question est facile à poser : **Existe-t-il des marchés pour lesquels les conséquences préjudiciables d'une exécution médiocre peuvent être disproportionnées avec le prix du marché ?**

Il existe sans doute différents types de marchés qui présentent ce risque. Mais un marché est à l'évidence dans cette situation : c'est celui des **missions de maîtrise d'œuvre**.

On rappellera d'abord les valeurs déjà moults fois publiées : sur la vie d'un ouvrage, on peut approximativement répartir un coût dit parfois "global" : montage = 3, maîtrise d'œuvre = 2, travaux = 20, exploitation = 75.

Vouloir réduire la part la plus faible (2) au risque de compromettre ce qui vaut 95, est évidemment une aberration.

Les risques de passer un mauvais marché sont bien disproportionnés par rapport au prix du marché de maîtrise d'œuvre.

Cette aberration est encore plus flagrante quand on prend en considération la **satisfaction des utilisateurs** et leur **productivité** (favorisées par une conception de grande qualité) dont la valeur surpasse évidemment le prix de la construction.

Cette disproportion entre l'économie résultant du prix le plus bas d'un marché de maîtrise d'œuvre et les risques d'une exécution médiocre, **impose à tous les acteurs de trouver une meilleure méthode**.

5 – Les solutions alternatives

5.1 – Les règles de la commande publique

L'article 53 de la directive 2004-18 du 31 mars 2004 prescrit :

"Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :

- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ;
- b) soit uniquement le prix le plus bas."

On remarquera que dans l'option a), • les critères sont donnés à titre d'exemple (rien n'interdit d'en retenir d'autres, à condition d'être liés à l'objet du marché), • le prix n'est pas un critère obligatoire, • si l'on retient le prix comme l'un des critères de choix, la directive n'impose pas le mode de notation du prix.

C'est seulement pour des marchés sans enjeux multiples que "le prix le plus bas" sera retenu, ce qui paraît raisonnable.

5.2 – Des pistes pour l'avenir

Conscients de ce que l'on vient de démontrer aux § 2, 3.3 et 4¹⁰, certains acheteurs envisagent d'**écarter le prix**

[8] Voir PA 33, pages 11 à 13 "Le juste prix de la recherche"

[9] L'arrêté du 21 décembre précise les prestations de maîtrise d'œuvre décrites par le décret 93-1268 du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP.

des critères de choix de la meilleure offre.

C'est autorisé ainsi qu'on l'a rappelé au § 5.1.

Vu l'excessive rigueur des règles de la commande publique, ce n'est peut-être pas la meilleure solution.

En effet, si l'on attribue le marché sur la base d'autres critères officiellement définis dans les avis d'appel à concurrence, il n'est plus possible de revenir ultérieurement sur ces choix affichés.

Une fois le prestataire choisi sur la base d'autres critères que le prix, le maître d'ouvrage pourrait se trouver avec un prix "aberrant", dans un sens ou dans l'autre, et il ne pourrait plus éliminer cette offre sur ce critère non annoncé dans l'AAPC.

Une autre solution paraît parfaitement légale quand on a décidé de conserver le prix comme l'un des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse : **il suffit d'abandonner la notation habituelle qui consiste à donner la meilleure note au prix le plus bas.**

En énumérant le prix comme exemple de critère de choix, la directive 2004-18 n'impose pas la façon d'utiliser ce critère.

Rien ne fait donc obstacle à l'utilisation "intelligente" de ce critère, c'est-à-dire en en faisant un outil susceptible de favoriser la "qualité" des prestations à venir (d'où, enfin, un bon usage des deniers publics).

Dans les cas qui nous intéressent, il est possible de prévoir :

- que toutes les offres de prix "raisonnables" bénéficieront de la même meilleure note, ce qui permettra de choisir le titulaire sur la base des autres critères, sans risquer de se trouver, in fine, avec une offre de prix aberrante impossible à éliminer ;

[10] § 2 : Les spécifications ne peuvent garantir toutes les qualités espérées de l'exécution du marché.

§ 3.3 : Un prix insuffisant présente des risques de médiocrité des prestations.

§ 4 : Les conséquences dommageables de cette éventuelle "médiocrité" sont disproportionnées avec le prix du marché.

- et que les offres s'écartant notablement (en plus ou en moins) de ces offres "raisonnables" auront des notes inférieures.

Cette méthode nécessite : • **une simple évolution intellectuelle** (appréhender, dans certains cas, le critère "prix" avec un autre regard que celui ancestral du prix le plus bas), • et la solution d'un problème nullement insoluble : **comment fixer la fourchette des prix raisonnables ?**

Nous n'encourageons pas la solution consistant à demander au pouvoir adjudicateur de fixer la fourchette des "prix raisonnables" (risques de fuite, conseillers incompetents, etc).

La solution la plus fiable et la plus sage consiste à laisser le "marché" fixer le niveau des "prix raisonnables".

L'analyse simple des offres reçues permet de calculer, soit une moyenne, soit un prix médian.

La notation est alors précisée : les offres s'écartant de ce chiffre au maximum de x % en plus ou en moins se verront **toutes** attribuer la même meilleure note pour le critère prix. Les autres offres auront des notes de plus en plus basses en fonction de leur écart avec la fourchette des "prix raisonnables".

Les offres seront alors principalement départagées à partir des autres critères choisis par le pouvoir adjudicateur et ce dernier ne courra pas le risque de se retrouver avec un "lauréat" doté d'une offre de prix aberrante.

Certaines personnes hostiles à tout changement (et peut-être à tout effort de réflexion) prétendent qu'il serait **interdit** de noter chaque offre de prix en s'appuyant sur le prix d'autres offres. **C'est faux** et nous le prouvons aussitôt. Chaque année, sans que les tribunaux aient sanctionné cette pratique, des milliers d'offres de prix sont notés en "dégradant" les notes en fonction de l'écart qu'elles ont avec l'offre la plus basse.

Il est donc légal de noter une offre par rapport à une autre.

Si nous proposons de donner des notes identiques aux offres proches du prix "repère", c'est pour éviter l'effet loterie pour celui qui en serait le plus proche.

6 – Conclusions

Attention, il n'est nullement proposé de bouleverser les modalités de choix des offres pour tous les types de marchés. Nous ne suggérons aucun changement pour 99 % de la commande publique. Ce qui est proposé est au contraire très ciblé.

Pour envisager une correction des modalités habituelles de choix des offres, trois conditions essentielles doivent être réunies :

A – Toutes les "qualités" espérées des prestations ne peuvent pas être définies par des spécifications objectivement quantifiables¹¹.

B – Le prix du marché peut avoir des conséquences directes sur l'ampleur et la "qualité" des prestations à accomplir dans le cadre du marché.

C – Les conséquences éventuellement dommageables pour la collectivité, pouvant résulter d'une exécution médiocre des prestations sont économiquement disproportionnées avec le montant du marché.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, il semble judicieux de prévoir :

- Que, si la procédure de concours ne peut être retenue, la procédure négociée doit être préférée à l'appel d'offres.
- Que la notation des offres de prix se fera selon des modalités appropriées, susceptibles de favoriser la satisfaction des enjeux à long terme du marché à attribuer.

Nous espérons que les Pouvoirs publics accepteront d'ouvrir le débat et qu'ils ne prétendront pas qu'il n'y a rien à améliorer dans la manière de passer les marchés de maîtrise d'œuvre. ■

Pour la Commission juridique de l'Unfsa
Gilbert Ramus

[11] Cette situation est prévue par l'article 30-1-c de la directive 2004-18 : la procédure négociée est justifiée "dans le domaine des services, ..., et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte."