

## “ LE MONDE EST TROP COMPLEXE POUR ÊTRE GOUVERNÉ PAR DES IDÉES SIMPLES ”

Ce constat réaliste est exploité à l’excès par des gens de bonne foi : une fraction de notre administration le démontre régulièrement en compliquant toutes les règles, parfois même, comble d’ironie, dans un but affiché d’aller plus vite et de faire moins cher<sup>1</sup>.

Mais d’autres veulent faire mentir cette sentence et tentent d’imposer des principes simplistes sur des sujets qui méritent beaucoup plus de réflexion : le sujet de la “ concurrence ” au sein de l’Union européenne mérite qu’on y revienne une nouvelle fois.



**Gilbert Ramus**, Ch. ONM  
Architecte – Commission juridique de l’Unfsa  
Administrateur de l’Office général  
du bâtiment

# CONCURRENCE ET OFFRES ANORMALEMENT BASSES

## Préambule

L’Europe est un beau projet qui court le risque d’être rejeté par ses propres bénéficiaires : ce sera la conséquence d’idéologies généralisatrices, non ajustées à la complexité du monde.

Dans le seul domaine du cadre de vie, on a déjà analysé les conséquences désolantes de principes abrupts visant :

- les “ services au sein de l’Union européenne ”,
- les “ professions réglementées ”,
- la “ concurrence ”, notamment quand elle concerne les acteurs ayant un rôle essentiel sur le patrimoine construit de l’Europe, tels les architectes.

On rappellera seulement quelques idées sur les deux premiers thèmes, pour pouvoir développer un aspect essentiel du troisième, à savoir celui des repères au service des maîtres d’ouvrage pour passer des marchés de maîtrise d’œuvre au juste prix, et donc pouvoir écarter les offres anormalement basses.

## 1 – Prestations de services • Professions réglementées

### 1.1 – L’Europe des “ services ”

La première faute des institutions européennes a été de vouloir traiter avec la même idéologie la libre circulation des personnes, des marchandises, des travaux, des services et des capitaux<sup>2</sup>.

Dans le domaine des prestations de service, on a principalement critiqué deux aspects de la réglementation européenne :

- l’application des mêmes règles simplificatrices à tous les services, y compris ceux de nature strictement intellectuelle ; on rappellera avec tristesse qu’une nomenclature annexée à l’une des directives sur les “ services dans le marché intérieur ” alignait sans vergogne la création architecturale et l’enlèvement des ordures<sup>3</sup> ;
- le fait que la seule solution proposée pour accélérer le développement des échanges de services entre les pays ait été d’abaisser le niveau des compétences et des références requises et de réduire les responsabilités des opérateurs économiques<sup>4</sup>.

Tout ceci va à l’inverse des demandes légitimes des citoyens

(consommateurs) qui, face à des services et à des produits de plus en plus sophistiqués, exigent des protections et des garanties de plus en plus sûres.

### 1.2 – L’Europe des professions réglementées

Depuis des décennies, les idéologues de Bruxelles (Commission et de Luxembourg (Cour de justice) refusent de réfléchir sur les motifs qui ont conduit certains pays, sans doute plus soucieux que d’autres de l’intérêt des consommateurs, à réglementer l’exercice de diverses professions, voire à les doter d’un organisme de contrôle, tels qu’un “ Ordre ”.

Ils ne s’abaissent pas à écouter les arguments justifiant le bien-fondé de ces réglementations et de ces instances, dont ils ne voient que les dérapages éventuels.

Pourtant, il n’a jamais été difficile de comprendre les buts du législateur français créant l’Ordre des architectes : **garantir en même temps les “ intérêts des consommateurs ” et l’“ intérêt public du cadre de vie ”** dont on attend de plus en plus de qualités (le pluriel est volontaire).

Il est manifeste que, pour atteindre ce double objectif, les maîtres d’ouvrage sont en première ligne. Le premier rôle de l’Ordre est de les aider : annuaire des professionnels après vérification de leurs qualifications, intégrité et indépendance, contrôle

1 } On en a fait la démonstration dans Passion Architecture (PA) n° 69 : “ L’innovation bridée ”. Voir le site : gilbertramus.com

2 } Pour ce qui concerne la concurrence, l’art. 3-i du traité de Rome (25 mars 1957) prévoyait : “ L’instauration d’un régime assurant que la concurrence n’est pas faussée dans le marché commun ”. Rien n’imposait de le faire en édictant, sans réflexion en profondeur, les mêmes règles à n’importe quel service.

3 } Annexe II A de la directive 2004/18/CE

4 } PA n° 12 : “ Stoppons Bolkestein ” ; PA n° 18 : “ Directive services , le spectre de Bolkestein ”

du respect d'un code des devoirs exigeant, assistance pour la passation des contrats et élimination des OAB etc, et même, intervention des chambres de discipline <sup>5</sup>.

**La première faute des institutions européennes a été de vouloir traiter avec la même idéologie la libre circulation des personnes, des marchandises, des travaux, des services et des capitaux.**

## 2 – Juste prix contre offres anormalement basses

### 2.1 – Le problème

**Les maîtres d'ouvrage privés** ont une immense liberté pour choisir leurs architectes et les partenaires de ceux-ci, et pour définir ensemble les modalités de leur coopération, y compris pour convenir des conditions de rémunération de ces maîtres d'œuvre <sup>6</sup>.

**Il n'en est pas de même pour la maîtrise d'ouvrage publique, objet depuis des décennies, de toutes les attentions du législateur.**

Heureusement, certains de ces textes ont été pensés pour favoriser la réussite des opérations qu'engagent les maîtres d'ouvrage : on citera immédiatement la loi MOP <sup>7</sup> que le législateur a rédigée et votée dans un seul but : créer les procédures susceptibles de favoriser au maximum les qualités des ouvrages publics de bâtiment et d'infrastructure.

**Hélas, d'autres textes sont surtout la marque d'une grande défiance sur la vertu et l'intégrité des acteurs publics et privés.**

On se contentera d'évoquer ci-après la **directive 2014/24/UE du 26 février 2014**, relative aux marchés publics, qui a conduit la France à rédiger un **code de la commande publique** lourd et compliqué à appliquer sans risque d'erreur.

Cette situation de complexité a encouragé les maîtres d'ouvrage publics à conclure des marchés globaux (une seule occasion d'être retardé par des recours) et, pire, à créer leurs propres structures techniques pour éviter d'avoir à faire des appels d'offres publics pour certains marchés de services !

**On se félicitera néanmoins de la qualité et de la sagesse de l'essentiel de ce CCP** (applicable depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019) rassemblant beaucoup de dispositifs autrefois éparpillés, dont, notamment les dispositions de la loi MOP.

**Les offres anormalement basses étant "de nature à compromettre la bonne exécution du marché", le CCP prescrit, tout d'abord la "détection" de celles susceptibles de l'être, puis leur "rejet" en cas de justification non pertinente <sup>8</sup>.**

On constatera que, pour la plupart des marchandises, travaux ou services :

– il est possible d'établir des cahiers des charges prescrivant précisément l'objet du marché et les niveaux de toutes les qualités attendues de la réalisation. C'est notamment le cas pour les marchés de travaux ;

– pour ces marchandises, travaux ou services, il existe un grand nombre de repères financiers : durées courantes d'exécution et coûts de main d'œuvre, tarifs de fournisseurs ou de loueurs de matériel, transactions antérieures rigoureusement identiques, etc ; ces repères permettent à l'acheteur public d'apprécier si certaines offres sont susceptibles d'être des OAB.

**Aucune des deux conditions énoncées ci-dessus** (exigences précises imposables en totalité, repères sur les éléments de coûts) **ne peut être satisfaite dans le cas des prestations de maîtrise d'œuvre.**

**On a plusieurs fois démontré <sup>9</sup>** pourquoi une grande partie des qualités attendues d'une mission de maîtrise d'œuvre ne pouvaient pas être exprimées, imposées et contrôlées in fine selon des repères objectivement quantifiables.

**On a ensuite démontré** que chaque opération était différente, tant dans son programme que dans son contexte et dans ses enjeux à long terme.

**Et on n'a pas oublié d'écrire** que chaque opération de bâtiment ou d'infrastructure constituait un nouveau maillon du patrimoine de notre pays (qualifié d'intérêt public par la loi de 77). Ce qui fixe un haut niveau de responsabilité pour les maîtres d'ouvrage et leurs maîtres d'œuvre quand ils doivent fixer les moyens dont disposeront ces derniers pour accomplir leur mission.

**Le problème est donc de déterminer comment on peut aider les maîtres d'ouvrage publics à détecter d'éventuelles OAB afin de convenir avec leurs maîtres d'œuvre du juste prix de leurs missions.**

### 2.2 – Les maîtres d'ouvrage publics ont intérêt à convenir d'un juste prix

**Si l'on raisonne au premier degré**, inviter un maître d'ouvrage à choisir, pour une mission de maîtrise d'œuvre, une offre plus chère que l'une des offres les plus basses, engendrera un coût supplémentaire immédiat à la collectivité. Incontesteable.

Mais il faut avoir été victime d'hémiplégie cérébrale par overdose d'idéologie concurrentielle pour ne pas voir toutes les situations dans lesquelles **les risques d'une mauvaise exécution d'un marché de maîtrise d'œuvre sont infiniment plus graves que l'éventuel surcoût du marché.**

**Cette évidence avait été relevée par l'ex Commission centrale des marchés :**

*"Dans le cas de surévaluation de la rémunération d'un marché de maîtrise d'œuvre, le risque est limité à cet excès de dépense, alors qu'en cas de sous-évaluation, les risques sont beaucoup plus graves puisqu'ils portent sur le coût de la construction et sur ceux de son exploitation pendant des décennies."*

<sup>5</sup> Voir une énième analyse des raisons d'être des syndicats et de l'Ordre des architectes dans PA n°70, pages 12 et 13.

<sup>6</sup> Les maîtres d'ouvrage professionnels sérieux, dans leur propre intérêt (réussir le meilleur ouvrage possible) et aussi, conscients de leurs responsabilités à l'égard du cadre de vie, ne commettent pas l'erreur de choisir le maître d'œuvre qui fait une offre anormalement basse.

<sup>7</sup> Les dispositions de la loi MOP et du décret 93-1268, abrogés, sont désormais incluses dans les parties législative et réglementaire du code de la commande publique, dans le livre IV de la deuxième partie de ce code.

<sup>8</sup> Articles L.2152-5 & 6, articles R. 2152-3 à 5 du CCP

<sup>9</sup> Voir PA n°67, pages 8 à 12 : "Maîtrise d'œuvre et concurrence"

Car il faut une nouvelle fois rappeler que c'est **l'étude approfondie des projets**<sup>10</sup> qui peut permettre une meilleure maîtrise de leur coût de construction (économie sur un coût dix fois supérieur à celui de la maîtrise d'œuvre !).

C'est **l'étude approfondie des projets** qui peut le mieux conduire à des ouvrages moins coûteux à exploiter (économie sur des décennies, sans comparaison avec le coût de la maîtrise d'œuvre).

Et ce serait une erreur de ne pas relever que c'est **l'étude approfondie des projets** qui permet de concevoir des ouvrages répondant aux attentes de toutes les personnes qui auront à l'utiliser, et dont la satisfaction (osons le terme de "productivité") compte aussi dans l'équation portant sur la rémunération des maîtres d'œuvre.

On prouve ainsi que les conséquences dommageables d'un projet médiocre par insuffisance de rémunération sont disproportionnées avec une économie dérisoire sur la mission de maîtrise d'œuvre.

Quand on entend quelques grands esprits évoquer un **"dommage porté à l'économie"** lorsqu'on invite les maîtres d'ouvrage, pour des marchés de maîtrise d'œuvre, à écarter toutes les offres trop basses, on peut être inquiet pour les qualités de notre patrimoine futur.

**Il faut leur expliquer** que ce sont des études trop courtes, peut-être avec des acteurs médiocrement qualifiés, qui sont susceptibles de créer les plus graves dommages au cadre de vie dont dépend pour une grande partie le bien-être des personnes et le bien-vivre collectif. Sans oublier les qualités espérées du patrimoine.

**Les conséquences dommageables d'un projet médiocre par insuffisance de rémunération sont disproportionnées avec une économie dérisoire sur la mission de maîtrise d'œuvre.**

### 2.3 – Comment aider les maîtres d'ouvrage à convenir d'un juste prix

On évoquera d'abord la notion de repères que pourrait constituer l'ensemble des offres des professionnels consultés en vue d'un marché de maîtrise d'œuvre.

Et on citera encore quelques grands esprits qui croient qu'en éliminant les offres susceptibles d'être anormalement basses, on "réduit" la concurrence, situation insupportable aux personnes atteintes de concurrence aigüe.

Ils se trompent : aujourd'hui, vu la difficulté des maîtres d'ouvrage à sécuriser l'élimination des OAB des marchés de maîtrise d'œuvre, beaucoup d'équipes renoncent à présenter une offre. La conséquence néfaste est que la compétition se joue entre les "bradeurs" qui donnent alors le ton sur le niveau des rémunérations.

Si on aide convenablement les maîtres d'ouvrage à sécuriser cette élimination des OAB, on peut espérer revenir à un niveau correct des rémunérations, ce qui entraînera le retour des équipes qui limitent actuellement leur participation quand il s'agit d'appels d'offres publics.

### Les offres n'étant pas des repères fiables, il faut donc trouver d'autres atouts.

Tout d'abord, les maîtres d'ouvrage ne doivent pas négliger les conseils donnés par des AMO sérieux susceptibles de proposer des prix corrects pour les missions de maîtrise d'œuvre. Et par la suite, les maîtres d'ouvrage n'ont pas à "s'excuser" d'être contredits par les offres de bradeurs.

Cette évaluation, quand elle a été faite avec sérieux par les maîtres d'ouvrage, est d'ailleurs un repère que les tribunaux prennent en considération en cas de contestation sur l'élimination d'OAB.

Mais les maîtres d'ouvrage dispose d'un outil particulièrement performant en raison de l'étendue des éléments proposés pour évaluer de telles missions : le Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics.

### 2.4 – À propos du Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics

En novembre 1993, quand les décrets MOP ont été publiés et que les textes (et barèmes) de 1973 ont été abrogés, les maîtres d'ouvrage publics les plus professionnels ont pressenti que la disparition de ces documents destinés à la fixation des honoraires de maîtrise d'œuvre allait leur poser d'énormes problèmes ; ils étaient bien conscients qu'ils manqueraient désormais de repères pour fixer le juste prix des missions de maîtrise d'œuvre, d'où un double danger :

- convenir d'honoraires trop bas, ce qui serait choisir le maître d'œuvre qui consacrerait le moins de temps à l'étude de leur projet, peut-être avec des acteurs insuffisamment qualifiés !
- fixer trop haut, inutilement, la barre des honoraires ; à propos de ce risque, on renverra à l'analyse de l'ex Commission centrale des marchés, rappelée ci-avant.

**Les maîtres d'ouvrage publics ont donc souhaité que soit entrepris la rédaction d'un document susceptible de guider l'ensemble des professionnels pour une fixation appropriée des rémunérations des maîtres d'œuvre.**

Cette concertation a eu lieu au premier semestre 1994 et a abouti à la publication du "Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics".

**Voici la lettre du ministre Bernard Bosson présentant ce guide :**

*"Je suis heureux de vous adresser le **"Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre"**.....*

*"La loi MOP a pour objectif essentiel de créer les conditions d'une plus grande qualité des constructions et ouvrages publics, objectif auquel je suis très attentif. ....*

*"Il n'est plus possible, ni souhaitable, d'imposer de nouveaux barèmes ou tout autre mode de calcul des rémunérations.*

*"Toutefois, il a paru utile d'aider le maître d'ouvrage public et l'équipe de maîtrise d'œuvre dans leur dialogue pour la détermination de la rémunération des nouvelles missions de maîtrise d'œuvre.*

10) On simplifie en écrivant "étude approfondie des projets". Mais il faut entendre que celle-ci nécessite beaucoup de temps de recherche et de réflexion, de temps de concertation avec le maître d'ouvrage et les futurs utilisateurs, sans renoncement à telle ou telle itération pour choisir le meilleur chemin, et, bien évidemment, avec des acteurs qualifiés et du matériel performant.

# MANQUE DE REPERES...



“Un dialogue fructueux entre eux dès cette étape entraîne le plus souvent le succès de leur coopération ultérieure, puis la réussite de leur projet commun.

“En outre, la qualité d’un édifice ou d’une infrastructure dépend, pour une grande part, de la qualité des études et du suivi de chantier : la maîtrise d’œuvre doit être rémunérée de façon équitable pour pouvoir assurer cette qualité.

“J’ai donc demandé à ce qu’un guide, même s’il est sans valeur réglementaire, soit mis à la disposition de tous pour faciliter la libre négociation contractuelle de cette rémunération.

Issu d’une concertation entre les principaux partenaires concernés, ce guide est un outil volontairement simple et pratique, ménageant un large espace de négociation.

“J’ai particulièrement veillé à concilier une juste rémunération des missions de maîtrise d’œuvre et la nécessaire maîtrise des coûts d’investissement. ....

“Je souhaite que chaque intervenant dans l’acte de construire soit conscient de sa responsabilité vis-à-vis de la société : chaque bâtiment public, chaque logement social, chaque ouvrage d’infrastructure a une influence sur la qualité de la vie quotidienne de nos concitoyens.

“Le paysage de notre pays et la manière d’y vivre dépendent pour une grande part de la qualité des ouvrages publics.

Bernard Bosson

**Les maîtres d’ouvrage publics sont généralement conscients de l’aide que peut leur apporter ce Guide, pour plusieurs raisons :**

- l’article L.2421-1-3° du CCP impose aux maîtres d’ouvrage de fixer l’enveloppe financière prévisionnelle de toute opération : cette enveloppe englobe la rémunération de la maîtrise d’œuvre, qu’il y a donc lieu d’évaluer en amont (longtemps avant une quelconque offre) ;
- si le maître d’ouvrage organise un concours, il doit fixer, en tenant compte des caractéristiques de l’opération et de l’ampleur des prestations exigées des candidats, le montant de l’indemnité financière à leur verser ;
- à l’occasion d’un appel d’offres, et compte tenu des enjeux considérables et irréversibles des ouvrages publics, tels que

rappelés par le ministre Bernard Bosson, le maître d’ouvrage doit absolument veiller à ne pas retenir une offre anormalement basse ;

- enfin, lors de la négociation de la rémunération de l’équipe de maîtrise d’œuvre retenue, le maître d’ouvrage a intérêt à prendre en considération le maximum de critères appropriés à son opération (nature, contexte, complexité, importance, etc). C’est précisément l’intérêt du Guide que d’avoir inventorié la plupart des facteurs pouvant caractériser les opérations. Sans prétendre à l’exhaustivité, le Guide propose 27 critères.

Dans toutes les occasions évoquées ci-dessus, **les maîtres d’ouvrage**, a priori privés de repères pour prendre les décisions financières les plus adéquates pour la réussite de leur opération, **peuvent trouver une aide très efficace dans le Guide. Celui-ci leur permet d’agir en sécurité, dans l’intérêt public.**

**A priori, les maîtres d’œuvre n’auraient pas à connaître ce Guide**, puisque, comme le rappelle l’Unsa depuis plusieurs décennies, **il leur appartient d’évaluer eux-mêmes la rémunération nécessaire pour exécuter la mission projetée**, en fonction des temps à passer, des divers coûts des acteurs de l’équipe et de tous les autres coûts liés à leurs structures et aux particularités de l’opération.

**La comptabilité analytique des agences, qui permet cette “personnalisation” des offres, est un vieux cheval de bataille de l’Unsa.** L’informatisation des cabinets d’architecte a grandement facilité la mise en œuvre de telles comptabilités analytiques. Toutefois, quand un maître d’ouvrage s’appuie sur le Guide pour conduire une discussion d’honoraires avec le maître d’œuvre qu’il a choisi, celui-ci a intérêt à connaître la portée des critères de complexité figurant dans le Guide.

**En conclusion, on rappellera simplement que ce Guide, même s’il n’a pas une valeur réglementaire, est d’origine ministérielle, rédigé par une structure interministérielle. En faire la promotion n’est pas un péché.**