

AIDONS LES MAÎTRES D'OUVRAGE À ÉCARTER LES OAB

La réglementation française sur la commande publique est timide en ce qui concerne les offres anormalement basses : les pouvoirs adjudicateurs "peuvent" rejeter celles-ci si les justifications des candidats qui ont présenté de telles offres n'ont pas été convaincantes. La directive 2014 sur les marchés publics est à peine plus exigeante que celle de 2004, mais elle offre toujours un large champ des justifications qu'un candidat peut présenter pour expliquer une offre très basse¹. Dans un tel contexte, face aux OAB, la tâche des maîtres d'ouvrage n'est pas aisée.

1 - TOUS LES MARCHÉS NE SONT PAS DE MÊME NATURE

Quelques raisons justifient le rejet des offres anormalement basses, notamment :

- les OAB présentent un risque d'exécution moins bonne du marché (qualité, délais, etc),
- le risque de défaillance de l'entreprise est plus élevé,
- les marchés passés à des prix insuffisants participent à la destruction du tissu économique, puisque les entreprises "sérieuses" se voient privées des commandes qui leur permettraient de maintenir le haut niveau de leurs prestations, ce qui a généralement des conséquences néfastes de longue durée sur le secteur concerné.

Néanmoins, ces conséquences néfastes et ces risques ne sont pas identiques pour tous les marchés, tout simplement parce que la nature et les enjeux sont très différents selon l'objet des marchés.

Il n'est donc pas forcément judicieux de leur appliquer les mêmes règles de mise en concurrence².

1.1 - DISTINCTION ENTRE MARCHÉS DE NATURES DIFFÉRENTES

Comme le savent les professionnels de la commande publique, et comme l'écrivent régulièrement les commentateurs de ladite commande, tous les marchés ne sont pas de même nature.

Dans un article très détaillé de la revue "Contrats publics"³, il a été démontré qu'on devait distinguer au moins trois types de "produits" pour lesquels les opérateurs économiques sont mis en concurrence.

- Des "produits" dont les qualités et performances peuvent être "appréciées" lors de la remise des offres (par exemple pour la fourniture de matériels déjà testés). Cela ne signifie pas que le seul critère prix serait alors justifié, car il n'y a jamais identité parfaite entre les produits ; de plus, d'autres aspects de la demande du pouvoir adjudicateur peuvent permettre de rechercher "l'offre économiquement la plus avantageuse" (délai de fourniture, service après-vente, etc).

- Des "produits" qui n'existent pas au moment de l'appel d'offres, mais qui présentent deux particularités essentielles : - ils peuvent être totalement décrits dans un cahier des charges préalable à la consultation, - il sera possible d'en contrôler l'exécution parfaitement conforme à ce cahier des charges.

Dans notre domaine du cadre de vie, le **marché de travaux** est l'exemple type de cette situation, dès lors que le pouvoir adjudicateur a fait le choix d'une maîtrise d'œuvre capable de faire un bon projet et d'en vérifier la bonne exécution par l'entreprise.

- Des "produits", - qui non seulement n'existent pas au moment du choix du titulaire du marché, - mais dont, en outre, on attend des qualités qu'il est, au moins pour l'essentiel, impossible à préciser (et donc à imposer par la suite) dans un cahier des charges selon des critères quantifiables objectivement⁴.

Dans notre domaine du cadre de vie, le **marché de maîtrise d'œuvre** est l'exemple type de cette situation.

Tout le monde comprend qu'au delà de la partie d'un programme imposée par des objectifs technico-économiques qui peuvent être précis, toutes les autres qualités espérées d'un futur ouvrage ne peuvent être décrites selon des marqueurs objectifs :

En effet, comment un maître d'ouvrage pourrait-il imposer objectivement :

- la valeur urbanistique d'un projet et son insertion harmonieuse dans son environnement ;

1) Une subvention d'État accordée à l'un des candidats, qui crée pourtant une inégalité flagrante entre ceux-ci, est une des justifications admises !
 2) Hélas, cette sagesse remonte difficilement jusqu'aux hauts fonctionnaires de la Commission européenne, d'où des règles venues de Bruxelles, qui s'avèrent, dans certains cas, contreproductives de qualité.
 3) Revue "Contrats publics", n°136, page 48 "Rémunération de maîtrise d'œuvre et intérêt de la collectivité"
 4) Pour la commande publique, quelques esprits irréfléchis croient que l'arrêté du 21 décembre 1993 impose toutes les qualités de la future mission et de l'ouvrage à venir, alors que cet arrêté n'est qu'un catalogue des prestations à accomplir.



- les valeurs culturelle, esthétique, patrimoniale, voire symbolique des bâtiments ;
- la fonctionnalité et l'ergonomie des lieux d'activité, voire leur flexibilité ;
- l'impact social positif si le bâtiment est réussi ;
- la sécurité et l'aisance dans toutes les opérations d'exploitation, maintenance, réparations ;
- l'optimisation environnementale, aussi bien pour la construction que pendant toute la vie de l'ouvrage ;
- sans oublier le "prix" que l'on doit attacher à la satisfaction des personnes qui auront à connaître l'ouvrage (pour y habiter, y travailler ou y être reçues, ou seulement parce qu'il fait partie de leur environnement) ;
- sans oublier également que la productivité des personnes dépend étroitement du cadre dans lequel elles exercent leurs activités : les gains de productivité possibles dans un bâtiment réussi dépassent de cent coudées la seule valeur des honoraires de maîtrise d'œuvre (lésiner sur ces derniers au détriment de l'optimisation des qualités et valeurs d'un ouvrage est bien un non sens économique).

En conclusion sur ce type de marché qui porte sur une création à venir⁵, sans que toutes les qualités attendues de celle-ci ne puissent être imposées objectivement, les procédures standards de mise en concurrence ne sont pas les bons outils pour obtenir à terme le meilleur projet possible.

1.2 - SPÉCIFICITÉ SUPPLÉMENTAIRE DES MARCHÉS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Les maîtres d'ouvrage vraiment professionnels savent que la conception d'un projet ne se réduit pas à quelques séries de calculs exécutés par des machines qu'il suffirait de programmer et d'alimenter en données.

L'optimisation de l'ensemble des qualités souhaitables du futur ouvrage, telles qu'elles viennent d'être évoquées sommairement, ne peut être que le fruit :

- d'un travail créatif poursuivi tout au long de la conception (de l'esquisse jusqu'à la conclusion des marchés de travaux, voire pendant la construction),
- de recherches itératives nécessitant constamment la hiérarchisation des contraintes d'un programme, des arbitrages successifs entre des objectifs non automatiquement compatibles et parfois contradictoires,

- de choix innombrables entre des procédés, des matériels et des matériaux, dont il existe une quasi infinité de manières de les assembler,
- de validations régulières pouvant entraîner des corrections,
- et en permanence, d'une capacité de synthèse architecturale⁶ par l'auteur principal du projet.

Il apparaît alors que les facteurs majeurs de la réussite d'un projet dépendent de l'ampleur du temps consacré à ces prestations et de la compétence et des qualifications des acteurs affectés à leur exécution.

Si le lecteur a bien compris que les qualités d'un ouvrage ne peuvent pas toutes être imposées par des marqueurs objectifs (voir le § 1.1), les marchés de maîtrise d'œuvre seraient ainsi ceux pour lesquels les moyens alloués par le pouvoir adjudicateur (le prix du marché) conditionneraient le plus directement les qualités finales du projet et donc de l'ouvrage construit, ... pour des décennies.

Il est évident que les avantages d'un ouvrage bien étudié sous tous ses aspects, en termes culturels, sociaux, urbanistiques, environnementaux, esthétiques, fonctionnels, techniques et économiques (coût de l'ouvrage, coûts d'exploitation et de maintenance, productivité des activités) peuvent être considérables et sont donc totalement disproportionnés avec l'économie initiale dérisoire résultant d'un coût réduit de la maîtrise d'œuvre⁷.

On comprend alors l'impérieuse nécessité d'éliminer les offres anormalement basses pour les marchés de maîtrise d'œuvre.

2 - IL FAUT ÉCARTER TOUTES LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES

2.1 - LES MARCHÉS AUTRES QUE CEUX DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Quand un pouvoir adjudicateur a mis en concurrence des industriels pour la fourniture de produits sur catalogue, il n'a pas à craindre une moindre qualité du produit, même si le prix en est très bas : il peut tout au plus craindre la disparition du fournisseur avant la totale exécution du marché.

Il n'en faut pas moins écarter les offres anormalement basses, pour diverses raisons, dont par exemple quand le marché comprend un service après-vente, ou pour sanctionner le dumping pratiqué par des opérateurs pour éliminer d'un marché, des concurrents moins puissants financièrement, etc.

Pour les marchés de construction, une offre anormalement basse peut conduire l'entreprise à tenter de bâcler les travaux ; toutefois, si le maître d'ouvrage a pris soin de confier une mission complète à un maître d'œuvre compétent, le risque de mauvaise exécution est largement réduit, mais pas celui de défaillance de l'entreprise si on exige d'elle des travaux qu'elle n'a pas les moyens d'exécuter correctement : tentative de substitution de produits, litiges multiples en cours d'exécution, retards, pénalités, défaillance finale.

⁵ Quand il y a eu un concours d'architecture avant désignation du maître d'œuvre, un premier pas a été franchi dans l'appréciation des qualités possibles du futur projet ; néanmoins, chaque étape qui suivra participera encore à la définition de ces qualités, dont l'optimisation dépendra du temps donné au maître d'œuvre pour les développer.

⁶ Cette expression de "synthèse architecturale" est un objectif fort cité par l'art. 7 de la loi MOP.

⁷ On ne répètera jamais assez que, selon un découpage, certes simplifié, des coûts d'un ouvrage (montage 3 %, maîtrise d'œuvre 2 %, construction 20 %, exploitation et maintenance 75 %), ce sont les premiers 2 % qui déterminent pour une large part les coûts suivants, soit 95 %. Si augmenter de 50 % les 2 % permet de réduire de 5 % les 95 % et d'accroître le bien-être des personnes et la productivité des activités, l'avantage pour la collectivité est colossal.

C'est bien pour éviter cet engrenage funeste qu'il est nécessaire de détecter les offres potentiellement trop basses et d'écarter celles qui le sont vraiment.

En outre, ne pas le faire pénalise les autres entreprises qui ont présenté des offres d'un niveau correct !

2.2 – CAS DES MARCHÉS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

Contrairement aux marchés de travaux dont les constituants sont relativement "évaluables", il n'existe que peu de repères pour détecter des offres anormalement basses des marchés de maîtrise d'œuvre.

Pour chaque étape (ou sous-étape) de la conception, la plupart des questions restent sans réponse standard :

- Combien de spécialistes devront-ils accorder en permanence leurs travaux, en général sur la base des études successives de l'architecte et coordonnées par celui-ci ?
- Quels niveaux de compétence chacun d'eux doit-il avoir ?
- Combien de temps chacun d'eux devra-t-il consacrer ?
- Combien de reprises d'études seront-elles nécessaires pour "optimiser" les qualités du projet ?
- Comment prendre en compte l'ensemble des clauses contractuelles (spécifiques à chaque opération) qui ont presque toutes une incidence sur les coûts supportés par l'équipe de maîtrise d'œuvre, notamment son mandataire ?
- Comment, en particulier, déterminer la valeur de couverture de certains risques quand ils sont partagés (souvent très inégalement) entre le maître d'ouvrage et sa maîtrise d'œuvre ?

Dans ces conditions, le maître d'ouvrage peut apparaître bien démuni pour détecter des offres anormalement basses et les éliminer.

Pourtant, la plupart des maîtres d'ouvrage expérimentés⁸ n'ont pas attendu de lire le présent article pour être convaincus que l'intérêt de leur collectivité était de conclure les marchés de maîtrise d'œuvre à leur bon niveau, et donc d'éliminer les OAB.



⁸ Hélas, nous ne rendrons pas raisonnables les techniciens à courte vue qui s'obstinent à croire que l'intérêt de leur collectivité est de conclure le marché de maîtrise d'œuvre le moins cher possible.

La jurisprudence sur cette question des OAB est "timide".

Pendant des années, les tribunaux se sont contentés de vérifier que les pouvoirs adjudicateurs avaient bien sollicité les explications des candidats qui avaient présenté des offres potentiellement trop basses, mais ils hésitent à dire si tel ou tel prix est suffisant ou non : ils renvoient logiquement cette appréciation au maître d'ouvrage, censé connaître la matière des marchés qu'il met en concurrence.

Les tribunaux acceptent néanmoins d'examiner la pertinence des repères proposés pour déceler des OAB : ils admettent que les pouvoirs adjudicateurs puissent s'appuyer sur les éléments suivants :

- l'estimation initiale du pouvoir adjudicateur,
- les moyennes nationales du prix de certains marchés,
- les tarifs éventuellement pratiqués sur d'autres marchés par les candidats eux-mêmes,
- les offres des autres candidats,
- et, pour les marchés de maîtrise d'œuvre, les indications du Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics.

Actuellement, on constate que les maîtres d'ouvrage sérieux (ceux qui sont conscients que la qualité des ouvrages dépend principalement du marché de maîtrise d'œuvre qu'ils passeront), à défaut d'avoir peur d'éliminer les OAB, cherchent les outils pour être irréfutables.

Il est donc important que tous les acteurs coopèrent pour faciliter la détection et l'élimination de ces OAB qui détériorent le tissu professionnel de la maîtrise d'œuvre et qui, les maîtres d'ouvrage commencent à le constater, font désormais obstacle à l'optimisation des qualités des ouvrages.

3 – AIDONS LES MAÎTRES D'ŒUVRE À ÉCARTER LES OAB

3.1 – CHOIX DE LA PROCÉDURE

Si les maîtres d'ouvrage veulent "bien faire", tout ce qui vient d'être écrit sur la spécificité de la maîtrise d'œuvre devrait les convaincre que l'appel d'offres est le plus mauvais moyen de désigner son maître d'œuvre, puisque pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, il est nécessaire de pouvoir comparer le rapport qualité/prix des offres.

Or, on démontre :

- que toute la mission est encore "à venir", et que les qualités attendues de celle-ci ne peuvent, ni être toutes décrites objectivement, ni, a fortiori, imposées pendant l'exécution,
- que le critère "prix", si on s'en tient au classement primaire mais habituel de la meilleure note au prix le plus bas, peut s'avérer aller contre les intérêts de la collectivité, puisque cela revient à faire exécuter la mission par le candidat qui consacra le moins de temps à l'optimisation des qualités de l'ouvrage, peut-être avec les acteurs les moins qualifiés.

Si un maître d'ouvrage n'a pas d'autre moyen que l'appel d'offres, est-il permis de donner comme premier conseil de n'attribuer qu'un pourcentage très faible au prix : même si la nouvelle directive semble imposer que le prix ne soit pas absent, rien n'interdit d'en limiter l'impact à 10 % des critères de choix. Quant aux autres critères, tout en disant qu'une note méthodologique ne saurait apporter un éclairage suffisant sur la suite de la mission, il semble que cette note devrait être majoritairement axée sur les références démontrant la capacité de synthèse architecturale de l'auteur principal du projet (voir le § 1.2 ci-avant) et non sur le nombre des cotraitants dont l'excès alourdit et renchérit la coordination des études.

En conclusion, il faut constamment rappeler que les procédures les plus appropriées pour désigner une maîtrise d'œuvre sont d'abord le concours, et à défaut, la procédure négociée de l'art. 74 du CMP.

3.2 – LA QUALITÉ DES RAPPORTS ENTRE COCONTRACTANTS

En procédure classique d'un maître d'œuvre indépendant de l'entreprise, le premier cité est le partenaire privilégié du maître d'ouvrage (cf notamment la déontologie des architectes).

Loyauté et équilibre des droits et obligations devraient donc être la règle : cherchons à progresser.

Entre autres respectueuses observations à l'endroit de certains maîtres d'ouvrage : comment peuvent-ils dénommer "esquisse", dont le contenu est pourtant calibré par les textes, des prestations qui ressortent des avant-projets, voire du projet ?

3.3 – A PROPOS DE L'ESTIMATION DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE

Malgré le climat de concurrence aigüe, la maîtrise d'ouvrage publique, consciente de ses responsabilités, n'a pas à s'excuser d'avoir fait une évaluation exacte du marché dans le cas où elle est contredite par des offres anormalement basses.

Ce ne sont pas les bradeurs qui font le juste prix des marchés !

Par conséquent, le premier outil dont les maîtres d'ouvrage doivent se doter s'ils ont la volonté d'écarter les offres d'un niveau insuffisant (qui entraîneront des surcoûts pendant toute la vie de l'ouvrage), c'est d'établir une estimation correcte de la valeur du futur marché de maîtrise d'œuvre.

Ils ne doivent pas se contenter d'extrapoler à partir d'opérations antérieures dont les marchés ont été conclus à des prix anormalement bas ; sinon, ils ne sortiront pas de la nasse des prix insuffisants, qui petit à petit, affaiblissent les capacités de création et d'innovation des maîtres d'œuvre et réduit leur faculté de faire progresser la qualité.

Les responsables doivent donc convaincre leurs équipes (ou leurs assistants extérieurs) qu'obtenir un prix bradé n'est pas une victoire, et que leur estimation à un bon niveau est la première arme pour éviter cette situation néfaste.

3.4 – A PROPOS DU GUIDE DU METT ET DE LA MIQCP

Le "Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre" est le fruit d'une concertation engagée au cours du premier semestre 1994, à la demande des maîtres d'ouvrage publics inquiets de la disparition des barèmes de 1973.

Ce Guide a été publié en juin 1994 par le METT (Ministère de l'équipement, des transports et du tourisme) et la MIQCP (Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques).

Vingt ans ont passé : le Guide est-il encore valable ?

Deux mouvements ont eu des effets divergents sur les prestations de maîtrise d'œuvre.

D'une part, l'évolution des outils de communication, de conception et de calcul. Elle donne aux maîtres d'œuvre une productivité nouvelle indéniable.

Mais ne nous y trompons pas : quand, il y a vingt ans, on demandait une perspective, on demande aujourd'hui de pouvoir tourner autour du bâtiment !

Quand on choisissait avec discernement les destinataires de tel ou tel courrier posté, on diffuse aujourd'hui tous azimuts des milliers de messages qui se télescopent ; mais gare au message auquel il fallait donner réponse et qu'on n'a pas vu passer !

Dans l'autre sens, personne ne nie l'extension continue des performances et garanties exigées des ouvrages et l'accroissement consécutif des responsabilités des maîtres d'œuvre.

Quand autrefois, quelques traits sur les plans et quelques alinéas du cahier des charges suffisaient à décrire un mur, il faut aujourd'hui l'intervention de plusieurs spécialistes aux côtés de l'architecte et des pages de justificatifs et de calculs : stabilité (notamment sismique), étanchéité, isolation et inertie thermique, isolement phonique, tenue au feu (masse combustible, fumée toxique éventuelle), résistance aux agressions naturelles et autres, entretien et pérennité, etc.

Si l'on pouvait faire la balance entre les tâches et responsabilités ajoutées de façon continue depuis vingt ans et les gains de productivité dont profitent les professionnels⁹, le fléau irait certainement vers une nécessaire augmentation des moyens à attribuer aux maîtres d'œuvre, si l'on veut qu'ils restent performants.

On en déduit que des éléments chiffrés du Guide permettent encore aujourd'hui de déterminer des niveaux de rémunération raisonnables, et en tout cas, nullement surabondants.

3.5 – A PROPOS DES OFFRES DES AUTRES CANDIDATS

Les tribunaux admettent que pour évaluer le caractère insuffisant de certaines offres, le pouvoir adjudicateur puisse prendre en considération le niveau des autres offres.

Encore faut-il que les autres offres fournissent des repères intelligents pour apprécier si certains prix sont insuffisants.

C'est à cette occasion que les maîtres d'œuvre creusent leur propre tombe : sollicités pour répondre en vue d'une mission de maîtrise d'œuvre, une partie des professionnels, présentant que le marché sera attribué sur un prix dérisoire, ne répond pas. Comment, dans cette situation, un maître d'ouvrage, conscient de son rôle, peut-il déceler des OAB si seuls les bradeurs ont fait une offre ?

Les maîtres d'œuvre doivent prendre conscience qu'ils ont un rôle à jouer, s'ils veulent aider leurs clients à éliminer les offres prédatrices.

Un maître d'ouvrage qui ne reçoit que 10 offres d'un montant insuffisant manque de moyen pour les écarter. On ne saurait lui en faire grief.

C'est donc faire preuve de "civisme professionnel" que de répondre à un juste niveau de rémunération, certes sans espoir de l'emporter, au moins pendant une certaine période. Bien sûr, cela a un coût, mais c'est l'un des seuls moyens permettant à un maître d'ouvrage de comparer des offres et d'en juger certaines potentiellement insuffisantes.

CONCLUSION

Si les trois marqueurs (l'estimation du maître d'ouvrage, le Guide, les autres offres) **qui viennent d'être analysés sur la valeur normale des offres sont convergents, les maîtres d'ouvrage sont armés pour déceler et éliminer les OAB.**

Ils n'ont alors pas à craindre le recours d'un bradeur éliminé, car le "faisceau d'indices" évoqués ci-avant convaincra les tribunaux de la pertinence de leurs investigations.

Dans l'intérêt de la qualité de notre patrimoine construit, espérons que les maîtres d'ouvrage et les maîtres d'œuvre "vertueux" finiront par l'emporter. ▲

9) BIM ou pas BIM, c'est encore l'homme qui crée, qui imagine et qui choisit.

