

Les « pieux mensonges » de l'attribution des marchés publics

La comparaison des propositions durant la phase d'évaluation : pourquoi beaucoup de gestionnaires le font, pourquoi personne ne devrait le faire et comment remédier au problème

David Swift

Quelle cravate va le mieux avec cette chemise? Pour quel parti politique ou quel candidat vais-je voter? À quel service interurbain à tarif réduit devrais-je souscrire?

La vie quotidienne est ponctuée de multiples décisions faisant appel, consciemment ou non, à des comparaisons. Par définition, « comparer » consiste à examiner des idées ou des offres concurrentes afin de déceler les similitudes ou les différences entre elles.

Pour beaucoup d'entre nous, la prise de décision comparative est un processus mental presque instinctif visant à maximiser les avantages et minimiser les risques et qui met généralement en jeu de nombreux compromis, des probabilités et d'autres facteurs connexes.

Que les choix qui s'offrent soient nombreux ou non, que les enjeux soient graves ou anodins, ou que la décision soit longue à venir ou instantanée, la prise de décision comparative est pour la majorité d'entre nous un acte de réflexion très naturel conforme aux modèles établis.

Au moment de choisir entre plusieurs solutions concurrentes, une personne réfléchit les compare afin d'en déterminer les similarités et les différences et de choisir la solution qui rapporte le plus pour le moins. Autrement dit, elle va dans une certaine mesure comparer toutes les solutions possibles avant de prendre une décision et choisir celle qui, à son avis, présente le plus d'avantages compte tenu des coûts ou des risques inhérents qu'elle présente.

Il ne manque pas d'ouvrages sur la théorie de la décision qui exposent d'innombrables exemples de la manière dont on exploite les techniques d'analyse comparative pour faciliter la prise de bonnes décisions dans toutes sortes de contextes. Plusieurs outils de décision (arbre de décision, comparaison par paire, analyse de

Pareto, analyse coûts-avantages, etc.) sont utilisés couramment en médecine, au gouvernement, dans le commerce, dans les banques, à l'université et dans tous les secteurs de la société. Dans chaque cas, ils sont utilisés par des particuliers et des organisations pour prendre les meilleures décisions possibles. C'est là un objectif tout à fait louable.

Alors, si la prise de décision comparative est un processus si bien établi et si efficace, pourquoi est-elle explicitement interdite dans le contexte de l'attribution des marchés publics?

Dans une décision récente, le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), a statué que le fait, pour des fonctionnaires, de faire des comparaisons directes des éléments techniques (non financiers) d'offres concurrentes de soumissionnaires différents pour attribuer des points contrevient aux obligations du gouvernement aux termes des accords commerciaux auquel il est partie (voir le dossier PR-2004-054 du TCCE).

Suivant les principes qui sous-tendent la décision du TCCE, chaque proposition technique doit être évaluée individuellement et séparément de toutes les autres propositions techniques et toutes les propositions doivent être évaluées en fonction seulement de la procédure d'évaluation ou des conditions énoncées dans la demande de propositions (DP). Autrement dit, les comparaisons sont interdites.

Pourquoi limiter ainsi le processus de prise de décision? Quelle est l'origine de ce principe et pourquoi les décisions en matière de marchés publics sont-elles assujetties à un processus décisionnel que certains considéreraient comme excessivement rigide, sinon contraire à l'intuition?

Deux textes permettent de mieux comprendre ces principes et leur raison d'être : l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) et



David Swift

David T. Swift est directeur général de RFP SOLUTIONS — Procurement Strategies for Government, une entreprise de professionnels des approvisionnements publics, du domaine juridique, de la comptabilité et du génie. RFP SOLUTIONS travaille exclusivement pour des organismes publics et aide les gestionnaires à réduire les risques, les retards et la complexité du processus de DP. L'entreprise aide les gestionnaires à rédiger des DP efficaces et conformes aux règles et à mener des évaluations justes et uniformes des propositions. On peut joindre M. Swift par téléphone au (613) 728-1335 poste 235, ou par courriel à l'adresse dave@rfpsolutions.ca.

l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

Le paragraphe 506 (6) de l'ACI porte ce qui suit : « Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères. » L'alinéa 1015 (4) d) de l'ALENA porte que : « les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres ».

Pour tenter d'interpréter ces dispositions et mieux conseiller les autorités fédérales contractantes, le Conseil du Trésor précise, dans la Politique sur les marchés (article 10.7.27), que : « les autorités contractantes devraient être au courant de ce qu'elles doivent faire pour satisfaire à la loi au moment de choisir parmi les soumissionnaires. L'important est de bien appliquer les facteurs d'évaluation qui servent à déterminer le choix. Les autorités judiciaires ont établi que ces facteurs ainsi que leur importance relative doivent être fixés au préalable et appliqués avec rigueur. Ils doivent être inclus dans l'appel d'offre au même titre que les exigences à satisfaire. Le principe voulant que l'on applique les mêmes critères et que l'on impose les mêmes exigences à tous les soumissionnaires fait partie intégrante du droit contractuel canadien et vaut autant pour le

secteur public que pour le secteur privé. Il est essentiel de faire preuve d'équité envers tous les soumissionnaires et d'une grande transparence dans le processus de sélection. »

Les autorités contractantes du secteur public de tous les niveaux sont bien au fait des impératifs d'équité, d'uniformité et de transparence à tous les stades du processus d'approvisionnement; il n'y a là rien de bien nouveau.

Pourquoi alors la comparaison des éléments techniques d'une proposition avec ceux d'une autre est-elle considérée comme une violation des dispositions des accords commerciaux qui portent sur l'équité?

Pour mieux comprendre cette apparente contradiction, il faut faire un retour sur le monde de la théorie de la décision auquel nous avons fait allusion plus haut. Les théoriciens savent depuis longtemps que des distorsions d'ordre cognitif s'insinuent parfois dans nos processus décisionnels, ce qui finit par faire douter du bien-fondé des décisions que nous prenons.

Ces distorsions ou ces « vices de raisonnement » qui affligent le processus d'élaboration des décisions chez l'homme, comprennent les phénomènes suivants :

La « *recherche sélective d'éléments probants* » - C'est la propension à tenir compte des faits qui soutiennent certaines conclusions et à rejeter ceux qui appuient des conclusions différentes.

La « *perception sélective* » - C'est le rejet d'emblée des informations qui ne nous semblent pas pertinentes.

Le « *manque de cohérence* » - C'est le fait de ne pas appliquer les mêmes critères de décision dans des situations pourtant similaires.

L'« *ancrage* » - C'est le fait de laisser une information initiale influencer indûment sur la manière dont on interprète des informations ultérieures.

La « *récence* » - C'est la propension à accorder d'avantage d'attention à l'information la plus récente et oublier l'information antérieure ou à en faire abstraction.

Conscients depuis longtemps de la prévalence de ces faiblesses et d'autres encore dans le processus décisionnel, des juristes, des concepteurs de politiques et d'autres ont tenté de limiter la latitude et les méthodes de décisionnaires afin que leurs décisions soient le plus possible conformes à un ensemble d'objectifs généraux.

Comme chacune des distorsions précitées peut s'insinuer dans les processus décisionnels qui reposent sur des comparaisons, on a fait un effort délibéré pour réduire le risque de mauvaise décision ainsi induite en exigeant que les décisions d'approvisionnement reposent exclusivement sur la conformité des propositions aux critères de sélection énoncés dans la DP et rien d'autre.

Pour illustrer l'importance de cette démarche, il suffit de penser à quel point il serait difficile de comparer de manière parfaitement uniforme plus de 20 propositions différentes les unes avec les autres. N'est-il pas plus facile d'assurer l'uniformité (et, partant, de réduire le risque de distorsion cognitive – sans parler des poursuites judiciaires et des contestations auprès du TCCE) si chacune des propositions est évaluée uniquement en fonction des critères de la DP publiée?

Cette rigidité qui, aux yeux du décideur, peut sembler contraire à ce que lui dicterait son intuition, accroît en fait les chances d'uniformité – ce qui est, après tout, l'un des principaux objectifs des marchés publics.

Comment donc les fonctionnaires peuvent-ils concilier les restrictions que comporte cet édit et la nécessité de prendre de bonnes décisions au stade de l'évaluation des propositions? Quels outils ou méthodes leur permettent de prendre des décisions sûres et défendables en matière de choix d'un entrepreneur en faisant abstraction de leurs méthodes décisionnelles les plus fondamentales et les plus intuitives?

Quand elle collabore au stade d'évaluation des offres d'un processus de DP, RFP Solutions et d'autres emploient une méthode dite de « l'orientation négative ». Dans cette méthode, on pose en hypothèse de départ que, au début du processus d'évaluation, les soumissionnaires respectent toutes les conditions obligatoires et ont obtenu le score maximal sur toutes les exigences cotées par points.

Sur la base de ce point de départ, on enjoint aux membres du comité d'évaluation d'indiquer les éléments de la proposition qui attestent la conformité aux critères obligatoires ou de signaler leur absence. Au besoin, on peut demander des éclaircissements au soumissionnaire, auquel cas il incombe à celui-ci d'indiquer où précisé-

ment dans sa proposition se trouve l'information montrant la conformité aux critères en question.

Pour les propositions qui respectent tous les critères obligatoires, on procède ensuite de la même manière pour évaluer les exigences assorties d'une cote numérique en prenant bien soin d'indiquer où précisément dans la proposition on observe la preuve de conformité ou bien son absence. Dans cette méthode, on déduit des points pour absence d'éléments d'information attestant la conformité et on en accorde pour la présence d'éléments confirmant la conformité aux critères.

Contrairement aux méthodes d'évaluation à caractère plus « positif » où l'on doit indiquer en quoi le soumissionnaire répond à un critère obligatoire ou pourquoi des points ont été attribués pour des éléments de la proposition qui ont impressionné les membres du comité de sélection, la méthode de l'orientation négative a prouvé qu'elle se prête le mieux à une application uniforme. Elle s'est en outre avérée la mieux adaptée à la production d'un rapport écrit des résultats plus facile à défendre, outil qui devient indispensable si un soumissionnaire dont la proposition a été rejetée demande des explications ou conteste la décision devant le TCCE.

Cependant, malgré l'existence de méthodes comme celle de l'orientation négative et des politiques d'approvisionnement qui prohibent la comparaison des propositions entre elles, beaucoup de fonctionnaires résistent mal à leur propension à comparer les propositions entre elles.

Et c'est justement là que réside le « pieux mensonge » des approvisionnements publics : beaucoup de décisions apparemment objectives et rationnelles reposent dans une certaine mesure sur la comparaison des propositions entre elles.

S'il est difficile pour une personne de résister à cette propension, il est sans doute encore plus difficile pour une personne d'admettre qu'elle succombe à l'occasion à des biais d'ordre cognitif quand elle prend une décision. Un sage a dit un jour : « il est plus utile d'être conscient d'un seul défaut chez soi que d'un millier chez autrui. »

Pour en apprendre davantage sur l'orientation négative et le processus d'évaluation des propositions, visitez le site www.rfpsolutions.ca ■