



Mémoire de la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec
sur le projet de loi 108 présenté à la Commission des finances publiques

**Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics
et instituant l’Autorité des marchés publics**

20 septembre 2016

TABLE DES MATIÈRES

Contenu

PRÉAMBULE.....	4
1.0 INTRODUCTION	4
2.0 L'INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS PUBLICS	5
2.1 RECOMMANDATION.....	5
3.0 LE BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC	5
3.1 QU'EST-CE QUE LE BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC (BSDQ) ?	6
3.2 LE MÉMOIRE DÉPOSÉ PAR LA CEGQ À LA COMMISSION CHARBONNEAU	8
3.3 UNE AUTORÉGLEMENTATION IMPOSSIBLE À REFORMER DE L'INTÉRIEUR	12
3.4 LE JUGEMENT ALTA ET LES PRINCIPES DU PRÉAMBULE DU CODE	14
3.4.1 COMMENTAIRES SUR LES OBJECTIFS VISÉS PAR LE PRÉAMBULE	16
3.4.2 LE CONTRAT À ADHÉSION VOLONTAIRE	20
3.4.3 LA REPRÉSENTATION DES ENTREPRENEURS GÉNÉRAUX AU BSDQ	21
3.5 LES BIENFAITS D'UNE SAINTE CONCURRENCE ET L'ARTICLE J-8 DU CODE	22
3.6 COMPARAISON ENTRE LE BSDQ ET LES APPELS D'OFFRES PUBLICS.....	24
3.7 DES STATISTIQUES SUR LES NIVEAUX CONCURRENCE	26
3.8. L'OCDE SE PENCHE SUR LES AUTORÉGLEMENTATIONS.....	27
3.9 L'INTÉRÊT PUBLIC ET L'IMPORTANCE D'AGIR	29
3.10 RECOMMANDATIONS	31
3.10.1 LA RECOMMANDATION 1.2 DE LA COMMISSION CHARBONNEAU	31
3.10.2. MODIFIER LES LOIS DES CORPORATIONS CMMTQ ET CMEQ	31
4.0 L'ASSUJETTISSEMENT DES ORGANISMES PUBLICS À L'AMP	33
4.1 RECOMMANDATION.....	33
5.0 ASSURER L'ACCÈS DES CONCURRENTS COMPÉTENTS AUX MARCHÉS PUBLICS	34
5.1 LA SÉLECTION DES CONCURRENTS.....	34
5.2 MATÉRIAUX ET ÉQUIPEMENTS SPÉCIFIÉS DANS LES CONTRAT DE CONSTRUCTION.....	37
5.3 RECOMMANDATIONS	38
6.0 LA GESTION DES PLAINTES PAR LES ORGANISMES PUBLICS ET L'AMP	39
6.1 LES PLAINTES PEUVENT-ELLES RETARDER LES APPELS D'OFFRES PUBLICS ?.....	40

6.2 RECOMMANDATIONS	40
7.0 TRAITEMENT PAR L'AMP DES ATTESTATIONS DE RENDEMENT INSATISFAISANT	42
7.1 RECOMMANDATIONS	44
8.0 LES RETARDS DE PAIEMENT AUX ENTREPRENEURS.....	44
9.0 LES RESPONSABLES DE L'OBSERVATION DES RÈGLES CONTRACTUELLES	45
9.1 RECOMMANDATION.....	46
10.0 SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	46
ANNEXE 1 : STATISTIQUES SUR LES NIVEAUX DE CONCURRENCE AU BSDQ	51
ANNEXE 2 : SCHÉMA DU DÉROULEMENT DES PLAINTES – PROJET DE LOI 108	53

PRÉAMBULE

Nous vous remercions de l'opportunité qui nous est offerte aujourd'hui de vous exprimer sur le projet de Loi 108, la vision des entrepreneurs généraux qui oeuvrent dans le bâtiment des secteurs institutionnel, commercial et industriel.

En 1996 les entrepreneurs généraux en bâtiment se sont dotés d'une association à adhésion directe et volontaire qui a pour mission :

- d'assurer la représentativité des entrepreneurs généraux auprès des différentes instances;
- de défendre les intérêts des entrepreneurs généraux en bâtiments;
- d'améliorer leur compétence par la formation continue;
- de promouvoir l'allégement réglementaire pour permettre aux entrepreneurs généraux d'être plus compétitifs et productifs dans l'intérêt du Québec.

Aujourd'hui, la CEGQ est fière de regrouper les entrepreneurs généraux les plus actifs au Québec. Nos membres se voient d'ailleurs confier la majeure partie des travaux en entreprise générale des secteurs institutionnel, commercial et industriel.

Nos membres sont très actifs dans les projets de construction des bâtiments publics. Ils portent souvent à notre attention des dérogations aux règles de marchés publics, des devis orientés et diverses manœuvres d'organismes publics qui ont pour effet de restreindre la concurrence ou de contourner la réglementation.

1.0 INTRODUCTION

La Corporation des entrepreneurs généraux du Québec a déposé un livre blanc¹ sur l'octroi et la gestion des contrats publics devant la Commission Charbonneau. Par ses observations, ses interventions, ses recherches dans plusieurs pays et ses démarches auprès de l'OCDE ainsi qu'auprès d'experts de marchés publics en Europe, la CEGQ a développé une bonne connaissance des modes de réalisation, de l'octroi et de la gestion des contrats de construction par des organismes publics. Ce document est le fruit d'une grande réflexion et ses recommandations ont été inspirées par les meilleures pratiques instaurées ailleurs dans le monde pour protéger leurs marchés publics contre la collusion et la corruption.

Notre livre blanc inclut seize (16) recommandations dont dix (10) ont été retenues en totalité ou en partie par la Commission Charbonneau et nous en sommes fiers.

Nos principales recommandations étaient :

- a) La création d'une Autorité publique dédiée à recevoir les recours des concurrents durant les périodes d'appel d'offres et surveiller l'octroi et la gestion des contrats publics.
- b) L'implication d'une autorité publique dans l'élaboration des règles du Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) et son fonctionnement.
- c) La révision du fonctionnement des comités de sélection.

¹ Livre blanc sur l'octroi et la gestion des contrats publics. Disponible sur : cegq.com – La CEGQ – Nos mémoires

- d) L'introduction de l'arbitrage de griefs dans les contrats de construction pour forcer la prise de décisions et contrer les retards de paiements des entrepreneurs.

Ce projet de loi est, selon nous, la législation la plus importante adoptée par un gouvernement au Canada pour assurer l'intégrité des marchés publics. Les plaintes des concurrents prévues à ce projet de loi changeront les façons de faire de plusieurs acteurs publics qui devront être plus rigoureux dans la préparation de leurs documents d'appel d'offres. Ce qui permettra à de nombreux et nouveaux fournisseurs d'y participer et augmenter les niveaux de concurrence à tous les niveaux des chaînes d'approvisionnement.

Nous saluons donc d'emblée les dispositions de ce projet de loi qui prévoit la création d'une Autorité des marchés publics, des recours par les concurrents et la surveillance des comités de sélection.

Ce mémoire porte sur les oublis de ce projet de Loi 108 et sur certaines améliorations à apporter pour permettre aux processus de bien fonctionner et donner à l'Autorité des marchés publics les pouvoirs nécessaires pour qu'elle puisse jouer pleinement son rôle.

2.0 L'INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS PUBLICS

CHAPITRE I- CONSTITUTION ET ORGANISATION

Nous souhaitons que l'Autorité des marchés publics jouisse d'une plus grande indépendance par rapport à l'appareil gouvernemental qui octroi et gère des contrats de construction, rédige la réglementation et forme les agents publics responsables des approvisionnements.

Les marchés publics jouent un rôle important dans l'économie du Québec et dans la confiance des citoyens envers les institutions publiques. Il est donc essentiel d'en assurer la transparence et l'intégrité de ses processus et susciter la concurrence en donnant confiance aux fournisseurs d'y participer. De plus, comme les marchés publics sont sensibles aux communications d'influence, l'AMP devrait relever de l'Assemblée nationale au même titre que le Vérificateur général du Québec.

2.1 RECOMMANDATION

Nous recommandons que l'Autorité des marchés publics relève de l'Assemblée nationale au même titre que le Vérificateur général.

3.0 LE BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC

Comme destinataires des soumissions déposées au BSDQ, les entrepreneurs généraux sont surpris et très déçus de constater qu'une importante recommandation de la Commission Charbonneau n'a pas été retenue par le gouvernement, alors qu'il s'est engagé à y appliquer toutes les recommandations, à surveiller ses marchés publics, à favoriser la concurrence et gagner la confiance des fournisseurs.

La CEGQ documente et dénonce depuis vingt (20) ans ce système qui empêche les entrepreneurs généraux de confier des sous-contrats à un très grand nombre d'entrepreneurs spécialisés en dehors

du BSDQ, ce qui leur bloque l'accès aux marchés publics. Les entrepreneurs généraux, forcés d'adhérer à ce système sous peine de ne plus recevoir de soumissions en électricité et en plomberie et qui répondent aux appels d'offres sont donc souvent dans l'obligation de faire payer plus cher les organismes publics le coût de projets de construction.

Depuis plus de 20 ans, neuf comités de réforme sous les instances du BSDQ ont échoué ou ont été abolis dès qu'on y abordait les articles reliés à l'ouverture à la concurrence, une étude économique déposée au ministère du Travail a documenté les aberrations du BSDQ en matière de concurrence, deux ministres du Travail s'en sont également mêlés, mais sans succès et finalement la Commission Charbonneau qui fait une recommandation sans équivoque : mettre le BSDQ sous la surveillance d'une autorité publique, soit l'Autorité des marchés publics.

Dans ce contexte, comment peut-on adopter une loi dont les objectifs sont de créer l'Autorité des marchés publics et favoriser la surveillance des contrats des organismes publics, et mettre de côté cette importante recommandation de la Commission Charbonneau ?

La CEGQ est convaincue de l'importance de cette recommandation puisque le BSDQ a un impact très important sur le fonctionnement des contrats de construction des organismes publics du fait qu'il règlemente l'octroi des sous-contrats qui totalisent près de 75% du coût des travaux des bâtiments publics.

Le BSDQ est une autoréglementation autorisée par deux lois, mais qui échappe à toute consultation publique ainsi qu'à toute forme de contrôle et de surveillance d'une autorité publique.

En plus d'offrir aux entrepreneurs généraux des niveaux de concurrence très variables selon les spécialités et les régions, les règles du BSDQ les forcent à inclure dans leurs propres soumissions aux organismes publics les prix issus de ce système unique au monde, sans possibilité de réserve au-dessus duquel l'entrepreneur général peut écarter les soumissions hors marché. Elles autorisent également le plus bas soumissionnaire à retirer sa soumission au profit du deuxième et les rappels d'offres sont la plupart du temps réservés à ceux qui ont déposé une soumission la première fois.

Certains diront que les plus hauts tribunaux ont statué que le système du BSDQ était d'intérêt public et que ses règles ne limitent pas la concurrence. Or lorsqu'on analyse ce jugement rendu en 1994, quelques mois à peine après l'imposition des règles actuelles, alors qu'il n'y avait pas de vécu, les tribunaux ont effectivement reconnu et avec raison que les intentions mentionnées au préambule du Code sont d'intérêt public. Toutefois, nous démontrons dans ce mémoire ainsi que dans celui que nous avons déposé à la Commission Charbonneau que les dispositions du Code du BSDQ non seulement n'atteignent pas ces objectifs, mais plusieurs vont dans le sens contraire. Il serait d'ailleurs surprenant que la Commission Charbonneau ait recommandé l'intervention de l'APM dans le BSDQ si les règles et l'application de ses dispositions permettaient d'atteindre ces objectifs.

3.1 QU'EST-CE QUE LE BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC (BSDQ) ?

Pour définir le BSDQ, nous référons à la définition rédigée dans le rapport de la Commission Charbonneau :

Créé en 1967, le Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) est un organisme privé sans but lucratif dont le mandat est de « recevoir et acheminer des soumissions d'entrepreneurs spécialisés de l'industrie de la construction qui oeuvrent sur le territoire québécois afin de permettre aux entrepreneurs généraux et spécialisés de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence par l'application de règles du Code⁶³⁴ ». Les principes guidant l'action du BSDQ consistent à :

- assurer l'établissement et le maintien de relations harmonieuses entre les entrepreneurs lorsqu'un appel d'offres est lancé;
- assainir la concurrence;
- protéger les entrepreneurs contre les pratiques déloyales telles que le « marchandisage des prix »;
- réglementer l'ensemble des activités entre entrepreneurs relatives au processus de soumissions; et
- assurer l'application de règles équitables et uniformes pour tous.

Le Code de soumission est l'outil pouvant permettre d'appliquer concrètement ces principes. Les parties à l'entente – l'ACQ, la CMEQ et la CMMTQ – nomment des représentants devant siéger au comité de gestion provincial (CGP). Celui-ci est composé d'un président, qui doit faire l'unanimité parmi les trois parties, ainsi que des représentants de chacune des parties.

Sous la gouvernance du CGP², on retrouve la direction générale de laquelle relèvent trois services : le Service de l'application, le Service de dépôt et le Service administratif. Le BSDQ compte parmi ses usagers 1 750 entrepreneurs généraux (destinataires) et 4 250 entrepreneurs spécialisés (soumissionnaire). En fait, 82,5 % des entreprises inscrites au BSDQ constituent de petites entreprises.

Entre 1996 et 2013, le nombre de soumissions reçues variait entre 45 000 et 53 000 annuellement. L'électricité, la ventilation et la plomberie sont les spécialités pour lesquelles on compte le plus grand nombre de soumissions reçues. Dans 80 % des cas, les projets inscrits au BSDQ relèvent du domaine public. Le mode de transmission électronique des soumissions (TES) a été implanté en 2008.

Les utilisateurs du BSDQ oeuvrent essentiellement dans le bâtiment. En 2013, le BSDQ a toutefois reçu plus de 2 000 soumissions pour l'éclairage de rues émanant du secteur du génie civil et de la voirie. Au niveau provincial, on compte 19 spécialités assujetties. De même, 19 autres spécialités sont assujetties, mais régionalement. Les entrepreneurs souhaitant être assujettis au Code ne sont pas tenus d'être membres de l'une des trois parties à l'entente. En général, il s'agit d'un regroupement d'entrepreneurs spécialisés demandant d'appliquer les règles du Code à leur spécialité.

Les règles du Code de soumission s'appliquent dans deux situations :

² Comité de gestion provincial du BSDQ

Premièrement, lorsque le donneur d'ouvrage l'exige dans les documents de soumission; dans ce cas, plutôt rare, aucune autre condition n'est prise en compte par le BSDQ.

Deuxièmement, le Code va s'appliquer, beaucoup plus fréquemment, lorsque :

- *les travaux de la spécialité sont assujettis à la Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction (Loi R-20);*
- *les soumissions s'adressent à un entrepreneur particulier; et*
- *les quatre autres conditions suivantes sont réunies :*
 - *les travaux s'exécutent au Québec;*
 - *plus d'un entrepreneur est invité à fournir un prix (compétition);*
 - *des documents de soumission existent afin de permettre la présentation de soumissions semblables; et*
 - *le montant de la soumission dépassera un minimum de 20 000 dollars⁶⁴⁰ .*

Le BSDQ inscrit sur son babillard le projet qui remplit ces conditions. La date de clôture des soumissions pour les entrepreneurs spécialisés est 72 heures avant celle des entrepreneurs généraux auprès des maîtres d'ouvrage.

3.2 LE MÉMOIRE DÉPOSÉ PAR LA CEGQ À LA COMMISSION CHARBONEAU

Il est tout à fait pertinent que la Commission Charbonneau ait adressé une recommandation au gouvernement pour mettre enfin sous surveillance d'une autorité publique les règles et le fonctionnement du Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ). Cet organisme a un impact très important sur l'industrie de la construction puisqu'il règlemente l'octroi des sous-contrats et de façon particulière pour les contrats des organismes publics.

Pour bien comprendre le rôle du BSDQ, son impact dans les contrats de construction et particulièrement dans les contrats publics, nous vous invitons à prendre connaissance du mémoire préparé par la CEGQ sur les impacts du BSDQ, lequel a été déposé devant la Commission Charbonneau.³

En voici quelques extraits :

Lorsqu'un organisme public publie un appel d'offres pour la construire ou rénover un bâtiment, il s'adresse aux entrepreneurs généraux. Ces derniers confient une grande partie des travaux à des sous-traitants, dont la très grande partie des soumissions transitent par le Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ). Suivant les règles du BSDQ, les entrepreneurs généraux ont l'obligation d'octroyer leurs sous-contrats uniquement aux entrepreneurs spécialisés leur ayant déposé les plus basses soumissions à ce bureau pour chacune des spécialités. Cette obligation s'applique, nonobstant la volonté des donneurs d'ouvrage, des entrepreneurs généraux et spécialisés, du niveau de concurrence, des prix soumis par les plus

³ Les impacts du BSDQ – disponible sur : cegq.com – La CEGQ – Nos mémoires.

bas soumissionnaires et en absence de prix de réserve. Étant donné que plus de 75 % des travaux sont réalisés par des sous-traitants dans la plupart des projets, les règles du BSDQ ont donc un impact significatif sur le niveau de concurrence des sous-traitants et sur les prix des soumissions déposées aux donneurs d'ouvrage.

La Loi sur les maîtres électriciens et la Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec ont été adoptés en 1964. Elles confèrent à ces deux corporations la juridiction exclusive des électriciens et des plombiers dans le but d'assurer la qualité des travaux exécutés par leurs membres. Ces lois autorisent également ces deux corporations à réglementer leurs membres quant à la façon dont ils acheminent leurs soumissions et concluent des contrats. Ceci se fait par une entente que les conseils d'administration de ces corporations « *peuvent conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire pour l'établissement d'un bureau de soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé*⁴ ».

Au cours des années cette entente a été conclue avec différentes chambres de construction. Aujourd'hui, les parties à l'entente sont les deux corporations⁵ l'Association de la construction du Québec (ACQ). Bien qu'elle ait la même portée qu'un règlement, le législateur n'a prévu aucune consultation ni approbation d'une autorité gouvernementale pour être en vigueur. Pour rendre ce Code obligatoire, ces lois prévoient qu'*un exemplaire de chaque entente doit être remis sans délai au gouvernement par l'intermédiaire du ministre*⁶. Cette absence d'implication et de surveillance de l'Autorité publique a permis à ces deux corporations d'étendre les pouvoirs que leur a donnés le législateur pour gérer les sous-contrats de toute l'Industrie de la construction, incluant ceux des entrepreneurs spécialisés qui n'ont rien à voir avec l'électricité et la plomberie. Ils ont même exercé ce pouvoir pour forcer les entrepreneurs généraux à adhérer à leur Code de soumission.

Le Code issu de cette entente s'applique à tous les contrats publics et privés dès qu'il y a appel d'offres et que le montant des travaux à réaliser par un sous-traitant dépasse 20 000 \$. Toutefois, comme la plupart des projets privés se réalisent en dehors du giron du BSDQ, ce dernier vise de façon particulière les contrats de construction des organismes publics. Par ailleurs, adoptée dans les années '70, la loi R-20⁷ a comme conséquence de morceler l'industrie de la construction en une multitude de métiers et force l'exécution des travaux par un grand nombre de sous-traitants de différentes spécialités qui ont par la suite été assujetties au BSDQ. Ce qui a un impact sur le niveau de concurrence puisqu'en vertu des règles du BSDQ, seules les soumissions déposées au BSDQ dans les 40 spécialités assujetties par le BSDQ peuvent être retenues par les entrepreneurs généraux pour réaliser les contrats de construction au Québec. Les règles restrictives du BSDQ et le marché de la sous-traitance régional contribuent également à un niveau très faible de concurrence dans certaines spécialités de certaines régions.

En vertu de cette entente, l'ACQ représente à la fois les soumissionnaires de la plupart des spécialités ainsi que les destinataires (les entrepreneurs généraux). Les corporations autorisent l'ACQ d'assujettir au BSDQ toutes les spécialités non exclusives⁸. Les trois parties à l'entente

⁴ Article 24 de la Loi sur les maîtres électriciens et article 23 de la Loi sur les maîtres tuyauteurs

⁵ La Corporation des maîtres électriciens et la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie.

⁶ Article 30 de la Loi sur les maîtres électriciens et article 29 de la Loi sur les maîtres tuyauteurs

⁷ Loi R-20 - Règlement sur la formation professionnelle de la main-d'œuvre de l'Industrie de la construction.

⁸ Autres que la plomberie et l'électricité, spécialités exclusives aux deux corporations.

(CMEQ, CMMTQ et l'ACQ) adoptent un code de soumission, qui s'applique obligatoirement aux travaux des spécialités assujetties de plus de 20 000\$, de tous les projets de construction, où il y a concurrence et des documents de soumission qui permettent des prix comparables. De plus, son code s'applique nonobstant la volonté des donneurs d'ouvrage tant publics que privés, sans l'accord des destinataires et des soumissionnaires et est adopté sans consultation publique et sans autorisation gouvernementale.

Nous comprenons que les contrats publics répondent parfaitement à cette définition et avec les années, la plupart des spécialités nécessaires pour réaliser les travaux de construction des bâtiments ont été assujetties au BSDQ.

Depuis que les entrepreneurs généraux ont été forcés en 1993 à s'engager à respecter les règles du BSDQ, ils ne peuvent faire profiter les donneurs d'ouvrage des prix qu'ils évaluent et doivent exclure la plupart des sous-traitants potentiels qui ne déposent pas leurs soumissions au BSDQ. Ils doivent donc inclure dans leurs soumissions aux donneurs d'ouvrage, dont les organismes publics, des prix issus de soumissions reçues par ce système avec des niveaux de concurrence variables selon les spécialités et les régions. De plus ce système donne un droit de retrait au plus bas soumissionnaire, ne permet pas un prix de réserve au-dessus duquel une soumission peut être refusée et force l'octroi au plus bas soumissionnaire dès que deux soumissions ont été déposées dans une spécialité.

La CEGQ dénonce depuis plusieurs années les règles et le fonctionnement de cet organisme qui entraînent très souvent des prix plus élevés qu'ils le seraient dans une situation de libre marché et favorise la collusion. Voici quelques exemples de nos interventions :

- Le Bureau de la concurrence du Canada a été interpellé à quelques reprises par la CEGQ. Ce dernier n'est pas intervenu puisque le Code du BSDQ est adopté en vertu de Lois du Québec. Dans les autres provinces du Canada, là où un tel code existe, les « Bid Depository » ont dû adopter des règles qui restreignent beaucoup moins la concurrence et qui s'appliquent seulement projet par projet suite à la demande expresse des donneurs d'ouvrage.
- De 1994 à 1998, des entrepreneurs généraux se sont impliqués dans neuf (9) comités de réforme des règles du BSDQ. Toutes ces démarches ont échoué, abandonnées et même supprimées dès qu'on y abordait les irritants qui limitaient la concurrence ou avaient comme conséquence de faire augmenter sans justificatifs les coûts de construction.
- En 2001, la CEGQ a publié les résultats d'une étude qui démontrait à partir d'exemples et de statistiques, que le BSDQ restreint la concurrence et fait augmenter les coûts de construction. Plutôt que de revoir ses règles, les parties à l'entente du BSDQ ont plutôt choisi de poursuivre la CEGQ pour diffamation. Poursuite retirée quelques mois plus tard lorsque le BSDQ a pris connaissance du sérieux des données qui supportait cette étude.
- En 2003, la CEGQ a commandé une étude économique à M. Claude Fluet, professeur à l'École des sciences économiques de l'Université du Québec à Montréal, dont voici quelques extraits :

Le Code de soumission du BSDQ représente un véritable cas d'école sur l'économie politique des autoréglementations visant la promotion des intérêts privés de groupes de producteurs, plutôt que l'intérêt public à défaut de preuves contraires, on doit s'attendre à ce que ce code vise avant tout les intérêts des certains entrepreneurs spécialisés

Les entrepreneurs spécialisés qui oeuvrent dans les instances propriétaires du BSDQ cherchent à maintenir un système leur permettant de ne pas être aussi compétitifs qu'ils devraient l'être dans un libre marché les principales dispositions du Code du BSDQ semblent avoir pour objectif – ou ont certainement pour effet- de limiter la concurrence entre entrepreneurs spécialisés et de favoriser les « gros » spécialisés aux dépens des « petits »

Comment expliquer autrement un Code de soumissions dont certaines dispositions visent manifestement à exclure une fraction importante des sous-traitants potentiels qui à toutes fins utiles permet le retrait du plus bas soumissionnaire au profit du deuxième qui empêche toute forme de prix de réserve pour lequel un prix exagéré n'est pas un motif valable de rappel d'offres et qui, même si un rappel d'offres est autorisé, le limite aux mêmes soumissionnaires ?

L'effet du BSDQ pourrait être équivalent à une augmentation du prix de réserve des entrepreneurs généraux d'environ 10% et peut-être plus les conséquences sur les coûts de construction ne sont pas négligeables si on considère que le système du BSDQ octroie pour une valeur de près d'un milliard de dollars par année.

- A la demande de la CEGQ, deux ministres du Travail ont tenté d'intervenir dans le BSDQ. Monsieur Michel Després, ministre du Travail, en 2003 :
En octobre 2003, monsieur Michel Després, commande à son ministère une étude sur le BSDQ. Cette dernière rendue publique en juin 2004, porte quatre recommandations :
 - a) La pertinence d'assurer une représentation appropriée des entrepreneurs généraux aux instances du BSDQ;
 - b) Le recours, par les parties, au médiateur désigné par le ministère pour trouver des solutions sur la représentativité des entrepreneurs généraux;
 - c) La nécessité d'encadrer davantage le processus d'assujettissement et le désassujettissement des spécialités et d'instaurer un mécanisme formel de consultation des entrepreneurs concernés;
 - d) Revoir à la hausse le seuil de 10 000 \$ à partir duquel les soumissions doivent respecter les dispositions du Code et réviser le seuil de 50 000 \$ rendant obligatoire un cautionnement de soumission.

En février 2005, monsieur Després mandate monsieur Julien Perron, médiateur au ministère du Travail, pour faciliter une entente avec la CEGQ en vue d'assurer une représentation appropriée des entrepreneurs généraux aux instances du BSDQ.

En février 2006, après avoir rencontré les parties à plusieurs reprises, le médiateur constate l'échec du processus de médiation.

Suite à l'échec de la médiation en 2006, la CEGQ a de nouveau interpellé le ministre du Travail, monsieur Laurent Lessard, qui a succédé à monsieur Després. Sous la « pression » de monsieur Lessard de légiférer pour rendre l'adhésion au BSDQ volontaire, les propriétaires du BSDQ ont entrepris une réforme du Code.

La CEGQ et ses représentants ont toutefois été exclus de toutes les discussions, et la plupart des importants entrepreneurs généraux approchés par les instances du BSDQ pour siéger sur ce comité ont décliné l'invitation, faute d'expertise et de données nécessaires pour entreprendre de telles discussions.

Changements de ministres en 2007 et 2008, la pression ministérielle étant tombée, cette mini réforme a donné lieu au Code de juin 2008, toujours en vigueur, où les entrepreneurs généraux n'ont pas été véritablement représentés et ne le sont toujours pas aujourd'hui dans les instances du BSDQ.

La plupart des recommandations des entrepreneurs généraux et du ministère du Travail n'ont, à toute fin pratique, pas été retenues. Les principaux changements de 2008 ont été de porter le seuil d'application du BSDQ de 10 000 \$ à 20 000 \$, alors qu'il aurait dû être augmenté à 62 000 \$, afin de suivre l'inflation depuis 1970; et d'augmenter le seuil imposant l'obligation de fournir un cautionnement de soumission, de 50 000 \$ à 100 000 \$, alors que les autres barrières à l'entrée sont demeurées telles quelles. La représentativité appropriée des entrepreneurs généraux au BSDQ et l'encadrement de l'assujettissement et du désajustement des spécialités n'ont pas été retenus.

La CEGQ a interpellé la Commission Charbonneau sur les règles et le fonctionnement du Bureau des soumissions déposées du Québec. Le mémoire que la CEGQ a déposé à la commission traite de la structure et de la gouvernance du BSDQ, son historique, ses assises légales, les intentions du législateur, le processus d'adoption du code de soumission de même que ses impacts sur les niveaux de concurrence et l'intérêt public.

Finalement, nous venons encore une fois de mesurer le niveau de concurrence au BSDQ par spécialité, par région et par projet. Cette importante étude qui porte sur plus de 2000 projets, dont la plupart publics est éloquent.

3.3 UNE AUTORÉGLEMENTATION IMPOSSIBLE À REFORMER DE L'INTÉRIEUR

Le BSDQ est une autoréglementation autorisée par des lois⁹ adoptées par la législation du Québec qui a beaucoup évolué au cours des années, à l'abri de la surveillance et du contrôle de l'État. Les buts et objets des lois constitutives de ces deux corporations en vertu desquelles l'entente du BSDQ est adoptée se limitent pourtant aux membres de ces deux corporations¹⁰ :

Le but de la Corporation est d'augmenter la compétence et l'habilité de ses membres en vue d'assurer au public une plus grande sécurité, de réglementer leur discipline et leur conduite dans le métier, de faciliter et d'encourager leurs études, de leur permettre de discuter les

⁹ Loi sur les maîtres mécaniciens et tuyauterie du Québec et Loi sur les maîtres électriciens du Québec.

¹⁰ Article 9 de la Loi sur les maîtres électriciens (M-3) et article 8 de la Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie M-4).

questions les intéressant et de rendre en général à ses membres tous les services dont ils peuvent avoir besoin. S. R. 1964, c. 153, a. 9; 1975, c. 53, a. 101; 1999, c. 40, a. 172.

La corporation a également pour objets:

1° dans la mesure et aux conditions prévues à l'entente visée à l'article 129.3 de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1), de surveiller l'administration de cette loi ou de voir à son application relativement à la qualification professionnelle de ses membres et aux garanties financières exigibles de ceux-ci;

2° lorsqu'une entente est conclue en vertu de l'article 129.3 de la Loi sur le bâtiment, de favoriser et de faciliter la formation professionnelle des maîtres électriciens.

Ces loi permettent aux conseils d'administration de ces corporations de¹¹ :

« conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé. »

Et permettent également aux parties à l'entente¹² :

« à autoriser le bureau des soumissions à rendre, aux conditions qu'elles ont arrêtées, les mêmes services à des personnes exerçant une autre profession ou un autre métier. »

Nous avons retrouvé les notes du législateur de 1964, qui indiquent ses intentions lorsqu'il a autorisé les dispositions du Code de soumissions dans ces lois :

« il est interdit aux membres de la corporation ¹³de soumissionner pour l'exécution de travaux d'une manière différente de celle que l'entente prescrit, de passer un contrat pour leur exécution à des prix et conditions qui diffèrent de ceux mentionnés dans leur soumission et de modifier celle-ci de quelque façon que ce soit.

« cette entente (le Code du BSDQ) doit régler le dépôt, la garde, l'ouverture, la publication et la communication des soumissions. Des sanctions sont prévues pour assurer le respect de la loi et des ententes. »

Lors de l'adoption de ces lois en 1964, le télécopieur n'existe pas et encore moins l'Internet. Dans l'esprit de ces lois, le BSDQ ne devait être qu'un bureau de poste et un courrier comme « Purolator » pour faciliter la transmission des soumissions des entrepreneurs spécialisés aux entrepreneurs généraux. Ce code de soumission obligeait les électriciens et des tuyauteurs qui l'utilisent de façon obligatoire et les entrepreneurs spécialisés des autres spécialités qui pouvaient l'utiliser de façon volontaire à conclure des contrats aux termes et conditions de soumissions qu'ils y déposent.

¹¹ Articles 24 de la Loi sur les maîtres électriciens et article 23 de la Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie.

¹² L'entente étant le Code du BSDQ, les parties à l'entente sont les deux corporations (CMEQ, CMMTQ et l'ACQ avec qui ils ont convenu cette entente.

¹³ On fait ici référence à la CMMTQ et la CMEQ

Il est clair que le législateur oblige les mécaniciens tuyauteurs et les électriciens à adhérer à ces corporations. Ces lois leur confèrent également le pouvoir d'imposer des règles à leurs membres, dont celle de déposer leurs soumissions au Bureau de soumission de leur corporation. Toutefois, rien ne démontre une intention du législateur d'autoriser ces deux corporations à transférer ce pouvoir à d'autres groupes dans le but de réglementer le fonctionnement de toute une industrie. Or, par l'entente du BSDQ, ces corporations ont, sans autorisation d'une autorité publique, accordé à une chambre de construction (soit l'ACQ) le pouvoir de réglementer non seulement le dépôt et l'acheminement des soumissions des sous-traitants mais également l'octroi des sous-contrats dans quarante (40) autres spécialités de la construction et obliger les destinataires de ces soumissions – les entrepreneurs généraux – à adhérer à leur système, sous peine de boycott de leurs membres.

Aucune législation ou règlement oblige les soumissionnaires de quarante (40) autres spécialités, ni les entrepreneurs généraux, à s'engager au Code de soumission de ces corporations. En vertu de l'engagement au BSDQ que doivent signer les entrepreneurs les deux corporations ont donné à l'ACQ le pouvoir de discipliner des entrepreneurs (généraux et spécialisés) qui ne sont pas leurs membres. Il devient alors évident que le gouvernement a perdu le contrôle de cette autoréglementation qui :

- a) Exclut des contrats publics tous les entrepreneurs qui choisissent de ne pas adhérer au BSDQ;
- b) Force l'octroi des sous-contrats aux plus bas soumissionnaires, sans prix de réserve, alors que les niveaux de concurrence varient considérablement selon les spécialités et les régions;
- c) Permet aux plus bas soumissionnaires de retirer leurs soumissions au bénéfice des deuxièmes soumissionnaires, et ce, pour chacune des spécialités pour chaque projet.

La Commission Charbonneau indique dans son rapport¹⁴ avoir pris connaissance des principes qui guident l'action du BSDQ dont notamment de « réglementer l'ensemble des activités entre les entrepreneurs relatives au processus de soumission ». Or, il est évident que le législateur n'a jamais autorisé ces deux corporations¹⁵ à adopter un tel règlement et encore moins en dehors du processus qui régit l'adoption des règlements.

Aujourd'hui, comme plusieurs autoréglementations ailleurs dans le monde, le BSDQ a largement dépassé les intentions du législateur. L'OCDE s'est d'ailleurs penchée sur ce phénomène comme nous le verrons dans un prochain chapitre.

3.4 LE JUGEMENT ALTA ET LES PRINCIPES DU PRÉAMBULE DU CODE

Quelques mois à peine après la réforme de 1993, qui forçait l'engagement des entrepreneurs généraux au BSDQ et l'octroi au plus bas soumissionnaire, quatorze (14) entrepreneurs généraux s'adressaient aux tribunaux dans le cadre d'une procédure en jugement déclaratoire¹⁶ pour contester ce droit des « parties à l'entente » de leur imposer de tels engagements.

¹⁴ Chapitre 3.1 du Rapport Charbonneau

¹⁵ Corporation des maîtres électriciens et la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie

¹⁶ Alta et Als Cour supérieure jugement rendu en juillet 1995 et Cour d'appel jugement rendu en janvier 1998. 500-09-0011346-956

Les demandes des entrepreneurs généraux portaient sur :

- La capacité des intimés de conclure une entente;
- L'atteinte à l'ordre public vu le caractère abusif du Code de soumission;
- Le caractère déraisonnable de certaines dispositions du Code compte tenu de leur caractère quasi réglementaire.

Quelques mois seulement suite à cette importante réforme il n'y avait pas beaucoup de vécu et les entrepreneurs généraux n'étaient pas organisés pour documenter le fonctionnement du nouveau code du BSDQ, ses impacts sur les niveaux de concurrence et sur les soumissions qu'ils déposent aux donneurs d'ouvrage, dont les organismes publics.

Les enjeux adressés au Tribunal portaient uniquement sur le droit du BSDQ d'imposer aux entrepreneurs généraux de telles exigences, de la possibilité de s'y soustraire, du caractère raisonnable d'octroi au plus bas soumissionnaire et de la possibilité pour les entrepreneurs généraux d'écarter un soumissionnaire indésirable ou incompetent.

Les tribunaux ont qualifié le préambule du Code du BSDQ d'intérêt public :

Extrait du jugement de la Cour d'appel : Je rappelle le caractère d'intérêt public du BSDQ et plus particulièrement les buts visés par le Code de soumissions lesquels sont décrits dans son préambule :

— à faire en sorte que la personne qui reçoit des soumissions puisse les comparer entre elles;

— à assainir la concurrence en assurant la personne qui reçoit des soumissions que les différents soumissionnaires ont fait un effort sérieux pour fournir leur meilleur prix dès le dépôt de leur soumission;

— à déterminer les règles de soumissions communes à tout appel d'offres de façon à améliorer les services offerts au public, aux personnes qui demandent des soumissions et aux entrepreneurs qui soumissionnent ou qui reçoivent des soumissions;

— à permettre au public et particulièrement au maître de l'ouvrage de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence et à les protéger contre des abus dans le processus de soumissions et d'attribution de contrats.

Les tribunaux ont également conclu que l'entente du BSDQ est un « contrat collectif », à adhésion volontaire puisque c'est l'association qui représentait les entrepreneurs généraux qui a conclu cette entente :

Extrait du jugement de la Cour d'appel : J'ajoute que pour les entrepreneurs membres de l'ACQ, le Code des soumissions n'a pas la force d'une loi, c'est leur adhésion volontaire à ses règles qui les oblige. En outre, je le redis, c'est l'association qui représente les appelantes qui a conclu une telle entente avec deux corporations professionnelles groupant des entrepreneurs spécialisés.

Or, l'utilisation du BSDQ depuis 1994 et son application par les parties à l'entente, ont démontré que :

- a) Seules les affirmations du préambule sont d'intérêt public. Les autres dispositions de cette entente ne permettent pas d'atteindre les objectifs visés dans les énoncés du préambule et plusieurs d'entre elles visent même des objectifs contraires.
- b) L'association (ACQ) qui représentait les appelantes (les entrepreneurs généraux) lors de la refonte de 1993 a démontré que sa structure et sa gouvernance ne lui permettent pas de représenter les entrepreneurs généraux dans un organisme tel que le BSDQ.

3.4.1 COMMENTAIRES SUR LES OBJECTIFS VISÉS PAR LE PRÉAMBULE

Ce chapitre démontre que les dispositions du Code du BSDQ ne permettent pas l'atteinte des principes énoncés dans son préambule.

a) SOUMISSIONS COMPARABLES ET L'ARTICLE D-4 DU CODE

« à faire en sorte que la personne qui reçoit des soumissions puisse les comparer entre elles »

À titre d'exemple, l'article D-4 du Code du BSDQ permet, à la discrétion d'un sous-traitant soumissionnaire, d'inclure dans sa soumission la combinaison de diverses sections des documents d'appel d'offres. À la seule condition qu'une que la soumission inclue une des spécialités assujetties au BSDQ, cette soumission peut regrouper des travaux non assujettis au BSDQ, avec les mêmes obligations pour les entrepreneurs généraux. De plus, puisque la portée de chacune de ces soumissions est différente il devient impossible pour le destinataire de les comparer uniquement sur la base du plus bas prix.

Les entrepreneurs généraux ont demandé aux parties à l'entente que les soumissions ayant des portées identiques soient regroupées pour former une spécialité assujettie et que toutes les règles du BSDQ incluant celles qui concernent le droit de rappel en soumission soient applicables en considération du nombre de soumissionnaires ayant déposé dans cette spécialité. Les parties à l'entente refusent de considérer ses différents groupements comme des spécialités distinctes. Le résultat de l'application de l'article D-4 est qu'il est fréquent que les soumissions ne soient pas comparables et les entrepreneurs généraux sont souvent pris à comparer des « pommes avec des oranges ».

Pour que le premier objectif énoncé au préambule du Code du BSDQ puisse être atteint, ses règles ne devraient-elles pas être soumises à l'approbation des personnes qui reçoivent les soumissions et pour qui les travaux sont réalisés?

- b) ASSURER QUE LES SOUMISSIONNAIRES ONT FAIT UN EFFORT SÉRIEUX POUR FOURNIR UN MEILLEUR PRIX DÈS LE DÉPÔT DE LA SOUMISSION

« à assainir la concurrence en assurant la personne qui reçoit des soumissions que les différents soumissionnaires ont fait un effort sérieux pour fournir leur meilleur prix dès le dépôt de leur soumission »

- Pour que ce deuxième objectif puisse être atteint, les règles du BSDQ ne devraient-elles pas permettre un accès au contrat à tous les entrepreneurs qualifiés à exécuter ces travaux¹⁷?
- Si cet objectif était atteint, comment expliquer que plus de 80 % des projets privés se font en dérogation au Code du BSDQ à la demande des donneurs d'ouvrage privés?
- Si le BSDQ n'est pas dans l'intérêt des donneurs d'ouvrage privés puisque qu'ils n'y trouvent pas leur intérêt, pourquoi le serait-il pour les organismes publics, qui ne peuvent y échapper?
- Pourquoi les bureaux de soumissions des autres provinces sont-ils si peu utilisés? Si cet objectif était atteint, pourquoi un tel système n'existe-t-il pas ailleurs dans le monde? Pourquoi l'Alberta et d'autres provinces ont pratiquement fermé leur bureau, alors que celui du Québec est obligatoire?
- Si ce système favorisait vraiment un effort sérieux de à part des soumissionnaires, pourquoi, trouve-t-on tant de meilleurs prix à l'extérieur du BSDQ?
- Pourquoi faire un effort sérieux pour fournir un prix concurrentiel, lorsque la concurrence au BSDQ est très souvent limitée à quelques entreprises qui se connaissent très bien et se retrouvent dans la plupart des soumissions?
- Pourquoi faire un effort sérieux, alors que le Code permet au plus bas soumissionnaire de retirer sa soumission¹⁸ jusqu'à 8 heures avant que le dépôt des soumissions au donneur d'ouvrage et s'en tirer indemne puisque le cautionnement de soumission qui devrait garantir un prix sérieux ne s'applique pas¹⁹.
- Pourquoi faire un effort sérieux pour préparer une soumission au BSDQ alors que la pénalité de retrait d'une soumission est de 1% de sa valeur, avec un maximum de 5 000\$ et non pas le montant du cautionnement de soumission de 10%²⁰.
- Dans les spécialités où il y a très peu de concurrence, l'effort sérieux ne serait-il pas plutôt de trouver des prix d'accommodement pour éviter qu'il y ait un rappel d'offres et s'il y a un, qu'il soit ouvert à tous les soumissionnaires potentiels²¹.

¹⁷ L'engagement C-1 et le chapitre D du Code limitent l'accès aux marchés publics à tous les sous-entrepreneurs compétents.

¹⁸ Chapitre F-4 du Code du BSDQ

¹⁹ Chapitre F du Code

²⁰ idem

²¹ Si une seule soumission est déposée au BSDQ dans une spécialité, l'entrepreneur général n'est pas lié à cette soumission. Lorsque moins de trois soumissions sont déposées, la plupart des rappels d'offres prévus au Code se limitent aux soumissionnaires qui ont déposé la première fois.

- Puisque, selon le BSDQ, le code atteint cet objectif, pourquoi ses dispositions forcent-elles les entrepreneurs généraux à inclure dans leurs soumissions aux donneurs d'ouvrage uniquement les plus bas prix qu'ils reçoivent du BSDQ, et ce, même s'ils sont hors marchés et qu'ils ont reçu de meilleurs prix à l'extérieur du BSDQ²²?

c) DÉTERMINER LES RÈGLES DE SOUMISSIONS COMMUNES

« à déterminer les règles de soumissions communes à tout appel d'offres de façon à améliorer les services offerts au public, aux personnes qui demandent des soumissions et aux entrepreneurs qui soumissionnent ou qui reçoivent des soumissions »

- Si vraiment le BSDQ vise à offrir un tel service à ses utilisateurs et au public, pourquoi les parties à l'entente ont-elles décidé d'exclure de leurs instances l'APECQ²³, un des partenaires fondateurs du premier bureau de soumission au Québec, précurseur du BSDQ et partie à l'entente du BSDQ entre 1976 et 2012 pour la seule raison que cette dernière faisait la promotion de changements importants dans l'intérêt public?
- Puisque ce sont des règles communes, pourquoi les parties à l'entente refusent-elles la participation de la CEGQ et des autres associations de l'Industrie ainsi que celle des donneurs d'ouvrage dans ses instances décisionnelles?
- Pourquoi des comités internes d'une instance du BSDQ auraient-ils recommandé de soustraire du BSDQ les spécialités architecturales pour les projets privés?

d) BÉNÉFICIER D'UNE SAINTE CONCURRENCE ET PROTÉGER CONTRE LES ABUS

« à permettre au public et particulièrement au maître de l'ouvrage de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence et à les protéger contre des abus dans le processus de soumissions et d'attribution de contrats. »

Analysons si les dispositions du Code permettent d'atteindre cet objectif très important du préambule.

- Comme démontré au chapitre 3.5 du présent document, pourquoi avoir modifié les dispositions de l'article J-8 du Code après 1994 pour rendre impossible toute sous-traitance à l'extérieur du BSDQ ?
- Comment le BSDQ peut-il affirmer que son Code fait bénéficier le maître d'ouvrage des bienfaits d'une saine concurrence :
 - lorsqu'il interdit aux entrepreneurs généraux toute sous-traitance en dehors de son système pour certaines spécialités dans certaines régions, alors qu'il leur est possible sous-traiter pour ces mêmes spécialités dans d'autres régions ²⁴?

²² Article J-2 du Code.

²³ APECQ est l'Association patronale des entreprises en construction du Québec. Autrefois l'ACQ-région Montréal qui s'est désaffiliée de l'ACQ pour reprendre ses droits au BSDQ.

²⁴ Article A-15 et annexe 1 du Code

- alors qu'il impose aux entrepreneurs généraux des règles très strictes de sous-traitance et autorise ces mêmes sous-traitants à sous-traiter à leur guise leurs travaux sans aucun contrôle ?

- alors qu'il demande aux sous-traitants engagés à son système, incluant ceux des spécialités « exclusives », d'acheminer leurs soumissions directement aux maîtres d'ouvrage, sans passer par son système, lorsque les appels d'offres leur sont directement adressés²⁵ ?

- Les barrières à l'entrée du BSDQ, comme l'obligation du cautionnement, l'obligation de déposer une soumission pour des sections complètes de devis, à une date précise, etc. donnent-elles accès à tous les sous-traitants compétents au marché de la construction ou sont-elles des filtres pour n'en laisser passer que quelques-uns²⁶ ?
- Comment le BSDQ peut-il démontrer qu'il assure une saine concurrence avec des niveaux de concurrence aussi variables d'une spécialité et d'une région à l'autre et dont la plupart sont en dessous de quatre soumissionnaires par spécialité par projet ? Nous vous référons au chapitre 3.7 du présent mémoire pour prendre connaissance des statistiques complètes.
- Pourquoi limiter la plupart des rappels d'offres aux soumissionnaires qui ont déposé une soumission la première fois²⁷ ?
- Pourquoi les parties à l'entente refusent-elles d'introduire dans ses règles un mécanisme qui offre aux entrepreneurs destinataires la possibilité de faire affaire avec des soumissionnaires qui choisissent de ne pas adhérer à leur système²⁸ ? Particulièrement dans les spécialités où il y a très peu de concurrence.
- Si ce Code contribue à réduire les coûts de la construction et protège les donneurs d'ouvrage contre les abus, comme visé dans cet objectif du préambule, pourquoi les donneurs d'ouvrage privés n'exigent-ils pas son utilisation plutôt que de faire des efforts pour tenter de s'y soustraire ? Et pourquoi est-il extrêmement rare que les donneurs d'ouvrage, imposent l'utilisation du BSDQ, alors qu'ils sont invités à le faire²⁹ ?
- Comment un tel système, qui se dit être à l'avantage des donneurs d'ouvrage, permet-il aussi facilement au plus bas soumissionnaire de retirer sa soumission en faveur du deuxième³⁰ ?

²⁵ Préambule du Code

²⁶ Chapitre D du Code

²⁷ Chapitre I du Code

²⁸ Article C-2 du Code

²⁹ Article B-1 du Code, le rapport annuel 2015 au BSDQ indique que seulement 46 projets sur les 4500 dont les soumissions des sous-traitants ont été ouverts au BSDQ par des donneurs d'ouvrage soit 1% !

³⁰ Chapitre F du Code

- Pourquoi le Code exige-t-il que les soumissions déposées au BSDQ soient accompagnées d'un cautionnement de soumission alors que les destinataires des soumissions (les entrepreneurs généraux) n'exigent jamais les cautionnements d'exécution et de gages-matériaux. Sachant de plus que moins de 10 % des sous-traitants sont qualifiés pour obtenir de tels cautionnements³¹?
- Pourquoi le BSDQ n'a-t-il pas apporté les corrections à son système après avoir pris connaissance des statistiques et exemples compilés par la CEGQ?
- Pourquoi le Code exige-t-il que les soumissions déposées au BSDQ soient accompagnées d'un cautionnement de soumission alors que les destinataires des soumissions (les entrepreneurs généraux) et les donneurs d'ouvrage n'exigent jamais les cautionnements d'exécution et de gages-matériaux de la part des sous-traitants.
- Moins de 10 % des sous-traitants sont qualifiés pour obtenir de tels cautionnements. Les cautionnements de soumissions ne sont pratiquement jamais utilisés à cause du droit de retrait et que les cautionnements d'exécution et gages matériaux sont également très rarement demandés par les entrepreneurs généraux. Les cautionnements sont-ils plutôt une barrière pour réduire la concurrence?
- Pourquoi le BSDQ n'a-t-il pas apporté les corrections à son système après avoir pris connaissance des statistiques et exemples compilés par la CEGQ, qui démontraient des lacunes importantes au niveau de la concurrence pour plusieurs spécialités assujetties?

En conclusion, les dispositions du Code du BSDQ et son application font en sorte qu'aucune des affirmations mentionnées dans le préambule et qui qualifient le Code du BSDQ d'intérêt public n'est atteinte. Bien au contraire, plusieurs dispositions du Code vont carrément dans le sens contraire des objectifs visés dans le préambule.

3.4.2 LE CONTRAT À ADHÉSION VOLONTAIRE

Les entrepreneurs généraux qui ne s'engagent pas au BSDQ ne peuvent recevoir de soumissions des électriciens et des plombiers³². Comme tous les projets publics passent par le BSDQ, ces entrepreneurs généraux sont automatiquement exclus des projets publics dès que ces projets incluent des travaux d'électricité ou de plomberie

Cette situation s'applique à tous les entrepreneurs généraux, même à ceux qui ne sont pas membres d'une association affiliée de l'ACQ.

Peut-on vraiment qualifier l'entente du BSDQ comme un contrat à adhésion volontaire?

³¹ Article D-10 du Code

³² Les lois constitutives de la CMEQ et de la CMMTQ obligent leurs membres à adhésion obligatoire à déposer leurs soumissions au bureau de soumission de leur corporation.

3.4.3 LA REPRÉSENTATION DES ENTREPRENEURS GÉNÉRAUX AU BSDQ

En 1994, soit quelques mois après la mise en application de la version 1993 du Code, la Cour³³ rappelait que c'est l'association qui représentait les « appelantes » (ACQ) qui a conclu cette entente.

Il est alors important de souligner que, dans les années qui ont suivi l'adoption du code de 1993 et le jugement de première instance de 1994, les entrepreneurs généraux ont proposé plusieurs changements aux règles du BSDQ dans le but d'ouvrir la concurrence et régler de nombreux irritants. Les sous-traitants en nombre beaucoup plus nombreux que les entrepreneurs généraux dans les associations affiliées ont alors désigné leurs « partisans défenseurs du statu quo » au conseil d'administration de l'ACQ lorsque des décisions importantes devaient être prises concernant les demandes des entrepreneurs généraux au BSDQ.

La structure de l'ACQ a permis à des sous-traitants fidèles utilisateurs du BSDQ d'exercer le « pouvoir » du nombre pour :

- abolir des comités de réforme pourtant mis en place par le conseil d'administration de l'ACQ,
- nommer sur ces comités des entrepreneurs généraux qui étaient en fait des sous-traitants,
- rejeter les propositions de ces comités qui visaient à ouvrir la concurrence, éviter la collusion et les abus,
- modifier des dispositions du Code pour restreindre davantage la concurrence pour les marchés publics,
- imposer les règles du BSDQ et son fonctionnement,
- discipliner les contrevenants
- écarter les entrepreneurs généraux des instances du BSDQ au prix de laisser sa plus importante association affiliée quitter la fédération !

En 2016, la structure de gouvernance de l'ACQ n'a pas changé.

Une liste complète de ces actions est disponible dans le mémoire³⁴ que la CEGQ a déposé devant la Commission Charbonneau.

En 2004 le ministère du Travail a recommandé au BSDQ de faire une place appropriée aux entrepreneurs généraux. Le ministre du Travail a même nommé un médiateur pour aider les parties à intégrer les entrepreneurs généraux aux instances du BSDQ. Les instances de l'ACQ ont mis fin à la médiation et écarté cette recommandation du ministère du Travail.

La structure de gouvernance de l'ACQ ne peut lui permettre d'assurer une place appropriée aux entrepreneurs généraux au BSDQ. Ce qui fait en sorte que ceux qui reçoivent les soumissions et qui sont les plus qualifiés pour détecter les situations d'absence de concurrence, de prix anormalement élevés et de collusion sont écartés des instances décisionnelles du BSDQ. Ils ne peuvent documenter comme il se doit le fonctionnement du BSDQ.

³³ Dans la cause Alta

³⁴ Les impacts du BSDQ – document également disponible sur le site Web de la CEGQ

Il est dommage que les deux corporations³⁵ responsables de l'application des lois qui autorisent un tel bureau de soumission se ferment les yeux et laissent faire ça !

La CEGQ n'est pas surprise que la Commission Charbonneau ait identifié le BSDQ comme un outil à l'usage des collusionnaires notamment dans le secteur des luminaires. Pour mieux illustrer ce que permet le BSDQ, imaginons trois entreprises sous-traitantes dans une spécialité assujettie au BSDQ qui s'entendent pour sur l'octroi d'un important sous-contrat pour un contrat public. Les règles du Code³⁶ font en sorte de protéger celui qui aura déposé la plus basse soumission puisqu'il aura droit au contrat et qu'aucun autre concurrent ne pourra, lors d'un rappel d'offres, s'immiscer dans leur stratagème pour défaire leur entente !

Plus le niveau de concurrence est faible, plus il est facile de mettre en place ce type de stratagème. Lequel sera facilité par les règles du Code du BSDQ.

N'est-il pas surprenant que la Commission Charbonneau ait inscrit dans son rapport :

De même, en ce qui a trait aux entrepreneurs spécialisés, la Commission estime que l'AMP devrait pouvoir imposer des règles de fonctionnement au Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) et assurer une vigie continue des échanges entre les diverses parties prenantes. Un certain nombre de phénomènes de collusion ont effectivement été constatés dans ces domaines et, sans affirmer qu'ils y sont plus importants qu'ailleurs, il importe pour la Commission qu'ils puissent être repérés et combattus. L'un des premiers gestes posés en ce sens serait de permettre à l'AMP d'agir comme membre observateur du conseil d'administration de l'organisme.

3.5 LES BIENFAITS D'UNE Saine CONCURRENCE ET L'ARTICLE J-8 DU CODE

Ce code de soumission est complexe et chaque mot compte lorsque vient le temps de faire des choix ou poser des actions sur des éléments réglementés. Les enjeux sont également importants puisque le Code du BSDQ est la porte d'entrée des sous-traitants aux contrats de construction lorsque les entrepreneurs généraux sont impliqués, dont particulièrement les contrats publics. Comme le BSDQ a un impact sur les niveaux de concurrence, force l'octroi de contrats sans prix de réserve, permet le retrait du plus bas soumissionnaire et oblige dans la majorité des cas le rappel en soumission aux mêmes sous-traitants qui ont déposé la première fois, il a un impact significatif sur les coûts des projets de construction des bâtiments publics.

Avant la refonte de 1993, les entrepreneurs généraux recevaient des soumissions par le BSDQ. Ils pouvaient en prendre possession ou faire affaire avec d'autres sous-traitants qui leur faisaient parvenir leurs soumissions par télécopieur ou par téléphone. Ils pouvaient également inclure dans leurs propres soumissions les prix qu'ils avaient eux-mêmes évalués.

³⁵ Ces deux corporations sont la CMEQ et la CMMTQ

³⁶ Les règles du Code sont en sorte que la plupart des rappels d'offres sont limités aux mêmes soumissionnaires dès que trois soumissions sont déposées dans une spécialité.

Avant 1993, le Code de soumission permettait à un entrepreneur général de se soustraire des obligations du BSDQ en s'adressant une soumission à lui-même. Par ce dépôt l'entrepreneur général se libérait de ses obligations envers les sous-traitants qui avaient déposé au BSDQ et était libre de faire exécuter les travaux par des sous-traitants hors BSDQ. Informés, de cette situation, les entrepreneurs spécialisés pouvaient alors choisir de lui acheminer ou pas leurs soumissions.

Dans le Code adopté en 1993, l'article J-8 permettait aux entrepreneurs généraux de ne pas prendre possession des soumissions dans certaines spécialisés et de plutôt affaire avec des sous-traitants en dehors du BSDQ.

J-8 ENTREPRENEUR DESTINATAIRE QUI DÉSIRE RÉALISER LUI-MÊME LES TRAVAUX D'UNE SPÉCIALITÉ ASSUJETTIE

L'entrepreneur destinataire qui désire réaliser l'ensemble des travaux d'un projet qui regroupe plusieurs spécialités dont des spécialités assujetties au présent Code ne doit pas prendre possession des soumissions qui lui ont été adressées au BSDQ quant à la ou aux spécialités assujetties qu'il désire réaliser lui-même.

S'il prend possession d'une ou de soumissions qui lui ont été adressées au BSDQ, il est tenu d'accorder le contrat à ce ou ces soumissionnaires et de se conformer aux dispositions du présent Code.

Puisqu'il n'avait pas pris possession des soumissions au BSDQ et qu'il ne pouvait utiliser ces prix dans sa propre soumission, l'entrepreneur général comprenait que « réaliser lui-même » les travaux lui donnait la possibilité de faire affaire avec des sous-traitants de son choix. Comme c'était de cas avant 1993.

Suite aux pressions de certains sous-traitants de spécialités architecturales⁴⁰ où il y beaucoup moins de concurrence que les spécialités exclusives⁴¹, l'ACQ a multiplié les recours devant les tribunaux et a réussi à obtenir une définition beaucoup plus restreinte de l'expression « réaliser lui-même les travaux ». Ainsi, cette nouvelle définition a été incorporée dans les éditions suivantes du code :

J-8 ENTREPRENEUR DESTINATAIRE QUI DÉSIRE EXÉCUTER LUI-MÊME LES TRAVAUX D'UNE SPÉCIALITÉ ASSUJETTIE

L'entrepreneur destinataire qui désire exécuter l'ensemble des travaux d'un projet qui regroupe plusieurs spécialités dont des spécialités assujetties au présent Code ne doit pas prendre possession des soumissions qui lui ont été adressées quant à la spécialité assujettie qu'il désire exécuter lui-même.

⁴⁰ Les spécialités architecturales sont les spécialités assujetties au BSDQ par les associations régionales de l'ACQ.

⁴¹ Les spécialités exclusives sont celles qui par les lois des corporations doivent déposer leurs soumissions au BSDQ. Il s'agit de la plomberie et de l'électricité.

Sous réserve de l'Annexe IV⁴², si ainsi il ne prend possession d'aucune soumission, il ne peut, par la suite, accorder un contrat à un autre entrepreneur quant à cette spécialité et doit exécuter lui-même les travaux.

S'il prend possession des soumissions qui lui ont été adressées, il est tenu d'accorder le contrat à l'un des soumissionnaires en se conformant aux dispositions du présent Code.

Cet ajout qui a été apporté au Code après le jugement Alta ferme la porte à toute sous-traitance en dehors du BSDQ, même dans les spécialités où le niveau de concurrence est très faible.

Comment concilier cet important changement avec l'élément du préambule du Code qui vise « à permettre au public et particulièrement au maître de l'ouvrage de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence et à les protéger contre des abus dans le processus de soumission et d'attribution de contrats » ?

3.6 COMPARAISON ENTRE LE BSDQ ET LES APPELS D'OFFRES PUBLICS

Les défenseurs du BSDQ comparent souvent leur code aux marchés publics où les fournisseurs déposent leurs soumissions et celui qui a déposé la plus basse soumission a droit au contrat.

Cette comparaison n'est que superficielle. Dans un appel d'offres public, la règle de l'octroi au plus bas soumissionnaire est dans la plupart des cas respectée, mais n'est pas obligatoire puisque les organismes publics se réservent le droit de ne pas octroyer le contrat et ont toujours la liberté de retourner en appel d'offres⁴³. Toutefois, la très grande majorité des donneurs d'ouvrage publics sont inconscients du fait que cette liberté de retourner en appel d'offres n'est qu'illusoire. Même si le rappel d'offres peut être ouvert à un plus grand nombre d'entrepreneurs généraux, en vertu des règles du BSDQ, seulement les sous-traitants qui ont répondu au premier appel d'offres pourront y participer.

Nous pouvons citer comme exemple le cas d'un organisme public qui reçoit des prix hors budgets pour son projet. Ses professionnels lui confirmeront que la cause principale est un concours de circonstances qui fait en sorte qu'il y a eu une compétition restreinte au niveau des sous-traitants qui ont déposé au BSDQ. À moins de réduire sensiblement les qualités ou la portée de l'ouvrage, il devient extrêmement difficile pour ce donneur d'ouvrage public de remédier à cette situation. Même s'il décide de retourner en appel d'offres à un plus grand nombre d'entrepreneur généraux, dès que trois soumissions ont été déposées dans une spécialité⁴⁴, le rappel d'offres aux sous-traitants sera limité aux sous-traitants qui ont participé au premier appel d'offres.

⁴² Suite aux nombreux prix excessifs transmis par le système du BSDQ, l'annexe IV permet aux entrepreneurs généraux qui ne prennent pas possession des soumissions dans les spécialités système intérieur et isolation thermique de confier ces travaux à des sous-traitants.

Si l'entrepreneur destinataire a refusé toutes les soumissions pour les travaux de la spécialité assujettie « systèmes intérieurs », il pourra, malgré l'article J-8 du Code, confier en sous-traitance une partie des travaux visés par ces soumissions. Même article pour l'isolation.

⁴³ Ce que nous appelons un prix de réserve.

⁴⁴ Article I-3 du Code

Contrairement aux règles de marchés publics :

- a) Le BSDQ s'applique nonobstant la volonté des donneurs d'ouvrage et des entrepreneurs pour les projets publics et privés. Alors que la plupart des projets privés réussissent à y échapper, l'ensemble des projets des organismes publics sont assujettis au BSDQ dès que les appels d'offres s'adressent aux entrepreneurs généraux.
- b) Bien qu'elles s'appliquent à toute une industrie, les règles du BSDQ et leur application ne font l'objet d'aucune consultation publique ni surveillance d'une autorité. Ces règles sont dictées par les conseils d'administration des trois parties à l'entente⁴⁵ contrôlées majoritairement par des spécialisés qui y trouvent un avantage. Les entrepreneurs spécialisés qui ne sont pas membres d'une association régionale affiliée à l'ACQ sont exclus de toutes discussions. Les entrepreneurs généraux ainsi que les donneurs d'ouvrage qui reçoivent ces soumissions ne peuvent s'opposer à l'adoption de ces règles.
- c) Pour être en vigueur et devenir obligatoires pour toute une industrie, ces règles doivent seulement être déposées au ministre.
- d) Le plus bas soumissionnaire au BSDQ peut retirer sa soumission quelques heures après l'avoir déposée, au profit du deuxième soumissionnaire. Ce qui augmente automatiquement le coût des soumissions qui seront déposées aux donneurs d'ouvrage.
- e) Il n'existe pas de prix de réserve au BSDQ au-dessus duquel celui qui reçoit les soumissions peut les refuser lorsqu'il les considère trop élevées. Au BSDQ, dès que deux soumissions sont déposées dans une spécialité, le plus bas soumissionnaire a droit au contrat.
- f) Lors d'un rappel d'offres suite à des changements apportés aux documents d'appel d'offres ou de soumissions trop élevées au donneur d'ouvrage, dès que trois soumissions sont déposés dans une spécialité⁴⁶, seuls les soumissionnaires qui ont participé au premier appel d'offres au BSDQ pourront déposer une nouvelle soumission.
- g) Le processus prévu par le BSDQ dans les cas où des prix qui y sont déposés seraient trop élevés force quand même en pratique les entrepreneurs généraux à inclure ces prix élevés dans leurs propres soumissions adressées aux donneurs d'ouvrage. Aussi longtemps que le coût du projet au complet n'est pas trop élevé et provoque l'annulation de l'appel d'offres par le donneur d'ouvrage, ceux qui déposent des soumissions au BSDQ dans les spécialités où il y a peu de concurrence, peuvent en profiter pour déposer des soumissions plus élevées qu'elles le seraient dans un marché concurrentiel.

Le BSDQ ne garantit pas au donneur d'ouvrage public l'accès aux plus bas prix du marché puisque l'entrepreneur général à qui l'appel d'offres est adressé a l'obligation d'inclure dans sa propre soumission, les plus bas prix qu'il a reçus via le BSDQ. Sans aucune garantie de concurrence et en absence de prix de réserve sur les soumissions qu'il reçoit. Il ne peut faire bénéficier les donneurs d'ouvrage, qui sont très souvent des organismes publics, de ses propres évaluations de même que des prix reçus des sous-traitants qui n'ont pas transité par le BSDQ, alors que les prix hors BSDQ sont souvent très inférieurs à ceux déposés au BSDQ. Cette situation est d'autant plus préoccupante qu'environ 80% des travaux dans les bâtiments sont confiés à des sous-traitants, dont la plupart du BSDQ.

⁴⁵ Les parties à l'entente du BSDQ sont la CMEQ, la CMMTQ et l'ACQ

⁴⁶ Article I-3 du Code

3.7 DES STATISTIQUES SUR LES NIVEAUX CONCURRENCE

La CEGQ a analysé le niveau de concurrence par spécialité et par région au BSDQ. Pour ce faire, elle a compilé les soumissions déposées au BSDQ pour plus de de 2000 projets dans toutes les régions du Québec et pour toutes les spécialités. Ce nombre est environ 50% des projets qui transigent par le BSDQ chaque année.

La moyenne de soumissions déposées par spécialité par projet varie selon les spécialités et les régions. Compte tenu du caractère très particulier des règles d'adjudication des sous-contrats au BSDQ, le nombre de soumissions déposées au BSDQ pour chacune des spécialités peut jouer un rôle important dans le coût des soumissions déposées par les entrepreneurs généraux aux donneurs d'ouvrage.

Compte tenu du caractère particulier des règles du BSDQ **le niveau de concurrence par spécialité par projet est la seule protection d'obtenir les prix du marché.** Nous avons donc établi à quatre (4) le nombre minimum de soumissions à y être déposées comme niveau de concurrence acceptable.

- La moyenne du nombre de soumissions déposées BSDQ varie de 2 à 7 soumissionnaires par spécialités, selon la spécialité, le projet et la région.
- 19 spécialités sur les 34 répertoriées au BSDQ ont une moyenne inférieure à 4 soumissions par projet.
- Pour les spécialités qui performant davantage soient l'électricité, la plomberie et la ventilation avec des moyennes respectives de 7,7, 6.8 et 7.1 soumissions par projet, cette moyenne est inférieure à 4 soumissions dans plus de 30% des projets dans plusieurs régions.

Des moyennes inférieures à 4 soumissionnaires sont très faibles et favorisent la collusion compte tenu des règles particulières du BSDQ qui sont fort différentes de celles qui gouvernent l'octroi des contrats publics.

La CEGQ a compilé des données pour la plupart des régions et pour toutes les spécialités. Il nous fera plaisir de les rendre disponibles aux autorités publiques.

Avec un niveau moyen de participation inférieur à quatre (4) soumissions par projet pour plusieurs spécialités et la combinaison avec l'obligation de l'entrepreneur général d'exclure les soumissions qui transigent hors BSDQ, que dire de l'objectif visé par le BSDQ dans le préambule⁴⁷ du Code : *d'assainir la concurrence en assurant la personne qui reçoit des soumissions que les différents soumissionnaires ont fait un effort sérieux pour fournir leur meilleur prix dès le dépôt de leur soumission; ?*

Or il est connu que le niveau de concurrence est le principal moyen pour obtenir des prix justes, principalement dans les marchés publics où la réglementation dicte le mode à suivre pour l'octroi des contrats et encore davantage au BSDQ où ses règles ne prévoient pas de prix de réserve au-dessus duquel une soumission jugée trop chère peut être écartée.

⁴⁷ Objectifs visés par le Code, mentionnés dans le préambule.

À titre d'information, pour ces mêmes projets où la CEGQ a évalué le niveau de concurrence des sous-traitants au BSDQ, le nombre moyen de soumissions transmises par les entrepreneurs généraux aux organismes publics est de 6 soumissions par projet. De plus, contrairement aux règles qui gouvernent les soumissions des sous-traitants au BSDQ, les organismes publics peuvent rejeter toutes les soumissions si les prix dépassent leurs budgets (prix de réserve) et retourner en soumission à tout le marché. Si l'entrepreneur général plus bas soumissionnaire retire sa soumission, il devra payer au minimum⁴⁸ 10% de la valeur de sa soumission.

Dans les marchés publics, les fournisseurs ajustent leur comportement aux règles d'octroi des contrats. L'entrepreneur général doit faire face à une réelle concurrence et déposer la plus basse soumission pour décrocher au contrat. Il doit donc préparer sa soumission en optimisant ses méthodes de travail, bien analyser le projet et trouver des fournisseurs qui lui permettront de rencontrer les exigences de l'organisme public au meilleur coût et à l'intérieur de son budget (prix de réserve). Par ailleurs, les sous-traitants au BSDQ sont assurés d'obtenir leur contrat, peu importe à quel entrepreneur général l'organisme public va octroyer le contrat. Dans le giron du BSDQ, lorsque le niveau de concurrence est très faible, un sous-traitant peut se permettre de « lancer un prix » avec une forte probabilité (disons une chance sur 3) d'obtenir le contrat avec un très bon profit, même s'il doit y avoir un rappel d'offres ! Peut-on penser que le Code du BSDQ encourage ses sous-traitants à travailler dans le même sens que les entrepreneurs généraux pour obtenir des contrats et offrir aux organismes publics les meilleurs coûts ?

Le BSDQ offre-t-il au maître de l'ouvrage et de façon particulière aux organismes publics de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence ?

L'intervention de l'AMP dans le BSDQ est une nécessité pour l'intégrité des marchés publics et pour faire profiter les organismes publics d'une saine concurrence et par voie de conséquence, de profiter de meilleurs prix et contrer la collusion au niveau de la sous-traitance.

3.8. L'OCDE SE PENCHE SUR LES AUTORÉGLEMENTATIONS

L'OCDE s'est penchée sur les autoréglementations que mettent en place certains gouvernements. Elle en traite d'ailleurs dans son manuel pour l'évaluation de la concurrence, publié en 2007, sous les chapitres suivants :

AUTORÉGLEMENTATION ET CORÉGLEMENTATION AVANTAGES ATTENDUS DE CES DISPOSITIONS

Les pouvoirs publics peuvent choisir d'assumer eux-mêmes l'entière responsabilité de la conception et de la mise en oeuvre d'un dispositif réglementaire ou de confier certains aspects de ces tâches à une association représentant une branche d'activité ou une profession. Lorsqu'une association de ce type assume la responsabilité intégrale de la réglementation de la conduite de ses membres sans soutien législatif ou réglementaire de la part des pouvoirs publics (et souvent à la demande pressante de ces derniers), on parle d'« autoréglementation ». En revanche, lorsque l'État appuie par des textes

⁴⁸ Plusieurs textes de cautionnements de soumission prévoient que l'entrepreneur général qui retire sa soumission devra payer à l'organisme public le montant entre sa soumission et la prochaine soumission conforme.

législatifs ou réglementaires des règles élaborées par l'association ou en collaboration avec celle-ci, on parle de « co-réglementation ».

NATURE ET ÉTENDUE DE L'IMPACT ANTICONCURRENTIEL

Toute réglementation élaborée par ses assujettis peut être extrêmement fructueuse sous l'angle de la pertinence des normes techniques et de leur adaptation à l'évolution technique. Toutefois, on court le risque, très marqué, que les règles élaborées par des associations sectorielles ou professionnelles n'aient un impact anticoncurrentiel.

Dans bien des cas, il s'agira d'effets imprévus découlant d'efforts pour atteindre des objectifs légitimes. Par exemple, des conditions rigoureuses de qualification peuvent être introduites à des fins de protection des consommateurs, mais peuvent (notamment lorsque les praticiens en place en sont exemptés) limiter indirectement l'entrée sur le marché. Certaines règles « d'inspiration éthique », comme les restrictions à l'encontre de la publicité sur les prix, peuvent réduire la capacité des producteurs à se concurrencer. L'intention peut donc être d'avantager les membres de la profession ou du secteur, en invoquant l'intérêt général pour dissimuler la finalité sous-jacente de la réglementation.

Lorsqu'on réalise une évaluation d'impact sur la concurrence dans de telles circonstances, il est impératif d'évaluer la réglementation en fonction de ses effets attendus, au lieu de s'attacher uniquement au but affiché ou se borner à apprécier les motivations de ceux qui la proposent. Lorsqu'on évalue les obstacles à la concurrence, il faut adopter une démarche analytique qui tienne compte des coûts et des avantages pour les consommateurs et qui s'appuie sur des éléments empiriques. Il peut être utile de se poser trois questions dans ce contexte. (1) À quel préjudice spécifique pour les consommateurs l'obstacle est-il censé remédier ? (2) La restriction proposée est-elle convenablement proportionnée au préjudice ? Enfin (3) le préjudice pour le consommateur que la restriction cherche à prévenir est-il plus grave que la perte subie par le consommateur du fait de la limitation de la concurrence ? Cette troisième question est une composante essentielle de l'analyse lorsqu'il s'agit d'évaluer des restrictions dans le cadre d'une autoréglementation ou d'une co-réglementation.

Le problème de la mise en place de réglementations anticoncurrentielles retiendra sans doute particulièrement l'attention lorsque l'association représentant une branche d'activité ou une profession joue un rôle dominant dans l'élaboration des règles de conduite à suivre.

(...) Le gouvernement devrait agir de manière à prévenir toutes tentatives de l'association représentant une branche d'activité ou une profession d'utiliser ses pouvoirs de réglementation de manière anti-concurrentielle. À cet effet, le ministre compétent pourra notamment être habilité à rejeter un code de conduite en y substituant le cas échéant une réglementation publique au cas où l'association persisterait à lui soumettre des textes inacceptables.

L'OCDE a également identifié plusieurs éléments favorisent la collusion dans ces autoréglementations : (les soulignés sont de nous)

- a) Une concentration sectorielle du marché en quelques entreprises seulement. Dans la construction au Québec cette situation est provoquée notamment par le régime particulier des relations du travail qui définit 26 métiers réglementés. Ce qui multiplie les spécialités de sous-traitance.
- b) Un marché si transparent qu'il est facile de voir ce que font les concurrents; En région où quelques sous-traitants se partagent l'ensemble des sous-contrats, il est facile de suivre les concurrents.
- c) De fortes barrières à l'entrée qui entravent les nouvelles ou petites entreprises souhaitant soumettre une offre; Le mémoire déposé par la CEGQ à la Commission Charbonneau expose ces barrières à l'entrée.
- d) Une faible concurrence résiduelle entre quelques soumissionnaires potentiels; Ce qui est le cas dans plusieurs spécialités au BSDQ et documenté par la CEGQ.
- e) Des produits ou services identiques et spécifiés dans les documents de soumission; Une condition d'application du Code du BSDQ.
- f) Un pouvoir limité de l'acheteur; (Les destinataires des soumissions) Les entrepreneurs généraux sont forcés de s'engager au Code du BSDQ et d'octroyer leurs sous-contrats en conformité aux règles du Code.
- g) La stabilité de l'offre et de la demande, puisqu'on y retrouve les mêmes intervenants; Le faible niveau de concurrence au BSDQ et le fait que la sous-traitance soit régionale.
- h) Des possibilités de contacts répétés entre soumissionnaires et la similarité des entreprises qui oeuvrent dans le même domaine. La sous-traitance est calquée sur les métiers réglementés de la Loi R-20.

Ces facteurs peuvent favoriser le trucage des offres, mais il n'est pas nécessaire que tous soient présents pour qu'il y ait risque de collusion.

Le BSDQ répond parfaitement à la définition d'une autoréglementation et ses règles répondent à la plupart des facteurs identifiés par l'OCDE qui favorisent la collusion. Les principaux fournisseurs décident des règles qui ont des impacts non seulement pour leurs concurrents, mais également pour les entrepreneurs généraux, les donneurs d'ouvrage, dont les organismes publics et les contribuables. Par ailleurs, contrairement aux recommandations de l'OCDE, le gouvernement a laissé aller ce système sans aucune surveillance.

Peut-on penser qu'un tel organisme, autorisé par des lois et si bien implanté peut être réformé de l'intérieur pour se conformer aux principes de concurrence au Canada ?

3.9 L'INTÉRÊT PUBLIC ET L'IMPORTANCE D'AGIR

Des dispositions législatives qui règlent les soumissions des organismes publics devraient normalement être d'intérêt public. Elles devraient également favoriser la concurrence et prévenir la collusion et la corruption. Mais qu'en est-il de celles qui régissent le Bureau des soumissions déposées du Québec ?

La CEGQ a démontré à plusieurs reprises que les dispositions du Code du BSDQ et son application font en sorte qu'aucune des affirmations mentionnées dans le préambule auquel ont fait référence les tribunaux pour qualifier le Code du BSDQ d'intérêt public n'est atteinte. Bien au contraire, plusieurs dispositions du Code vont carrément dans le sens contraire des objectifs louables visés dans son préambule et par conséquent à l'encontre de l'intérêt public.

Pour que le BSDQ puisse réclamer défendre l'intérêt public, ne devrait-il pas au moins rencontrer les buts déclarés dans le préambule de son code de soumission ?

Quelques questions méritent réflexion :

- Pourquoi les neuf comités de réforme du Code du BSDQ ont-ils tous avorté dès que des solutions visant à augmenter la concurrence ou à contrer la collusion étaient évoquées par les entrepreneurs généraux ?
- Pourquoi les propriétaires du BSDQ ont-ils attendu treize (13) ans et l'intervention de deux ministres du Travail pour finalement accepter de revoir leur Code ? Pour finalement adopter des révisions qui n'adressent pas les vrais problèmes !
- Si ce système est d'intérêt public, peut-il continuer à être UNE ENTENTE EXCLUSIVE PRIVÉE ?
- Se pourrait-il que la raison d'être du BSDQ de lutter contre le marchandage des soumissions soit devenue, avec les années, un outil pour réduire la concurrence au profit de ceux qui exercent le contrôle sur ces trois associations ?
- Peut-on sérieusement penser que ceux qui profitent de ce régime depuis 20 ans et qui leur permet d'exclure une très grande partie de leur compétition accepteront facilement d'ouvrir la concurrence dans leur marché ? Qu'ils permettront aux entrepreneurs généraux d'accepter les soumissions reçues hors BSDQ à moindres coûts et d'écarter les prix hors marchés qu'ils reçoivent au BSDQ.
- Compte tenu de l'état des finances publiques, des dépassements de coûts à répétition des projets publics, le Québec a-t-il les moyens de continuer à soutenir un tel système qui vise particulièrement les projets publics ?
- Alors que la Loi sur les contrats des organismes publics donne un droit aux concurrents compétents de participer aux contrats publics, se pourrait-il que le BSDQ restreigne ce droit à de nombreux sous-traitants par ses barrières à l'entrée ?
- Le gouvernement peut-il laisser le ministère du Travail continuer de fermer les yeux et laisser un tel système exister en vertu de lois dont il a la responsabilité, sans en revoir la véritable raison d'être et la gouvernance de ce système ?

3.10 RECOMMANDATIONS

Deux organismes publics ont pris la peine d'étudier le Code et le fonctionnement du BSDQ. Le ministère du Travail en a étudié le fonctionnement en 2004 et a fait des recommandations dont les plus importantes n'ont jamais été mises en application. La Commission Charbonneau a entendu des témoins dont les parties à l'entente, questionné le BSDQ sur son fonctionnement, reçu le mémoire de la CEGQ et a pris connaissance de statistiques d'utilisation.

La recommandation de la Commission Charbonneau est essentielle puisqu'un tel organisme doit être sous la surveillance d'une autorité publique avec obligation de reddition de compte, etc .

Ce projet de loi prévoit déjà la recommandation de la Commission Charbonneau que l'AMP devra établir les règles de fonctionnement du système électronique d'appel d'offres (SEAO) en collaboration avec le secrétariat du Conseil du trésor⁵⁰. Pourquoi alors ne pas appliquer la recommandation 1.2 de la Commission Charbonneau au système qui gère l'octroi des contrats aux sous-traitants dans les marchés publics de construction, puisque dans certains projets plus de 80% des travaux de construction sont confiés à de sous-traitants ?

3.10.1 LA RECOMMANDATION 1.2 DE LA COMMISSION CHARBONNEAU

Nous recommandons de donner suite à la recommandation 1.2 de la Commission Charbonneau par l'ajout de l'article suivant :

18-6⁰ Imposer des règles au Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) et d'agir, à titre de membre observateur du conseil d'administration.

3.10.2. MODIFIER LES LOIS DES CORPORATIONS CMMTQ ET CMEQ

Pour que cette recommandation soit appliquée, des modifications devront être apportées aux deux lois qui autorisent le Bureau des soumissions déposées.

Voici des propositions d'amendement à apporter à ces deux lois :

- a) Amendement à la Loi sur les maîtres électriciens (Chapitre M-3)

Amender l'article 24 : Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.

Comme suit :

24. Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire ainsi qu'avec la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.

⁵⁰ Article 18. 5⁰ du projet de loi 108

Remplacer l'article 30 : Un exemplaire de chaque entente doit être remis sans délai au gouvernement par l'intermédiaire du ministre.

Par le texte suivant :

30. Pour qu'elle soit en vigueur, l'entente devra être soumise à un processus rigoureux d'approbation de tous ses utilisateurs et approuvée par l'Autorité des marchés publics (AMP) qui pourra imposer le contenu de l'entente de même que les règles de fonctionnement du Bureau des soumissions déposées pour les contrats de construction qui relèvent de sa juridiction.

Le Bureau des soumissions devra également prévoir sur son conseil d'administration un siège pour les donneurs d'ouvrage publics désigné par l'AMP ainsi qu'un nombre de sièges répartis également entre les entrepreneurs destinataires et les soumissionnaires.

b) Amendement à la Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie (Chapitre M-4)

Amender l'article 23 : Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire ainsi qu'avec la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.

Comme suit :

23. Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire ainsi qu'un regroupement d'entrepreneurs destinataires des soumissions pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.

Remplacer l'article 29 : Un exemplaire de chaque entente doit être remis sans délai au gouvernement par l'intermédiaire du ministre.

Par le texte suivant :

Pour qu'elle soit en vigueur, l'entente devra être soumise à un processus rigoureux d'approbation de tous ses utilisateurs et approuvée par l'Autorité des marchés publics (AMP) qui pourra imposer le contenu de l'entente de même que les règles de fonctionnement du Bureau des soumissions déposées pour les contrats de construction qui relèvent de sa juridiction.

Le Bureau des soumissions devra également prévoir sur son conseil d'administration un siège pour les donneurs d'ouvrage publics désigné par l'AMP ainsi qu'un nombre de sièges répartis également entre les entrepreneurs destinataires et les soumissionnaires.

Explications :

Le premier amendement vise à mettre en application la première recommandation du ministère du Travail dans son rapport sur le BSDQ de 2004. Cette recommandation n'a jamais été mise en vigueur même suite à l'intervention du médiateur nommé par le ministre du Travail.

La présence « officielle » et « indélogeable » des destinataires fera en sorte de forcer le BSDQ à régler plusieurs problématiques et de documenter les situations problématiques.

Le deuxième amendement vise à appliquer la recommandation de la Commission Charbonneau et de l'adapter au vocabulaire des dispositions législatives des lois des deux corporations (CMEQ et CMMTQ)

4.0 L'ASSUJETTISSEMENT DES ORGANISMES PUBLICS À L'AMP

La CEGQ est d'avis que tous les contrats qui engagent des fonds publics et dont les organismes doivent publier leurs appels d'offres sur le SEAO devraient être assujettis à l'Autorité des marchés publics (AMP).

Ce qui inclut notamment les municipalités, les organismes paramunicipaux, les offices municipaux, les sociétés de transport, les organismes sans but lucratif qui accordent des contrats de construction financés par des deniers publics, etc.

Il est impensable de ne pas assujettir les municipalités à l'Autorité des marchés publics alors que de nombreux témoignages présentés devant la Commission Charbonneau ont démontré que les municipalités sont particulièrement exposées aux communications d'influence, aux devis orientés et aux dérogations aux règles qui régissent les marchés publics.

L'assujettissement des municipalités à l'AMP donnera confiance aux fournisseurs à participer à leurs appels d'offres et réduira le coût de leurs acquisitions en plus d'apporter une très grande expertise aux municipalités pour assurer l'intégrité de leurs marchés publics : les concurrents qui disposeront d'un outil pour détecter les dérogations.

Les plaintes des concurrents autorisées dans ce projet de loi aideront grandement les municipalités à ouvrir leurs marchés publics à la concurrence, ce qui réduira les risques de collusion et de corruption.

Ne pas assujettir ces organismes à l'AMP déplacera les fournisseurs dont le plan d'affaire est d'influencer l'octroi des contrats publics vers ces organismes publics non assujettis à l'AMP. Les citoyens et la plupart des fournisseurs ne font pas de distinction entre les marchés publics de commissions scolaires et du ministère des Transports et ceux des municipalités et des offices municipaux. Il ne faut pas oublier que ce sont les mêmes fournisseurs qui participent aux appels d'offres publics et les mêmes contribuables qui paient la note.

4.1 RECOMMANDATION

Nous recommandons de modifier l'article 19 du présent projet de loi et définir comme « organisme public » assujetti à l'Autorité des marchés publics : « tous les organismes qui ont l'obligation de publier leurs appels d'offres sur le site électronique d'appel d'offres (SEAO). »

Dans le cas de la Ville de Montréal, nous recommandons que la Loi qui encadre son Bureau de l'Inspecteur général inclue les mêmes dispositions que le présent projet de loi concernant les plaintes des concurrents.

5.0 ASSURER L'ACCÈS DES CONCURRENTS COMPÉTENTS AUX MARCHÉS PUBLICS

L'Autorité des marchés publics doit donner confiance aux fournisseurs d'y participer en assurant l'accès aux concurrents compétents ainsi qu'aux nouvelles entreprises. Elle doit également maintenir cette confiance en leur assurant un traitement équitable une fois les contrats octroyés. *Ce sont d'ailleurs des principes énoncés dans le document Passeport Entreprise, publié en octobre 2015 par le président du Conseil du trésor :*

La confiance est le principal enjeu d'une plus grande participation des entreprises aux contrats de l'État. Celles-ci seront davantage encouragées à répondre aux appels d'offres publics si elles sont convaincues d'avoir une chance réelle de remporter des contrats, que le processus contractuel est neutre et impartial et qu'elles disposent de la même information que les autres⁵¹.

Dans les projets de construction, nous avons déjà traité de la sous-traitance régie par le BSDQ où le niveau de concurrence varie considérablement selon la spécialité et la région. Au niveau des matériaux et équipements, il est possible pour un organisme public et les rédacteurs de devis d'écarter des concurrents compétents qui peuvent répondre aux exigences et à l'objet de l'appel d'offres. Ils rédigent des devis orientés ou fermés qui limitent à un seul fournisseur la possibilité de participer à l'appel d'offres.

Il est également fréquent que des organismes publics écartent des concurrents compétents et capables de réaliser les contrats de construction. Ils utilisent des critères de préqualification ou de sélection disproportionnés ou sans lien avec l'ouvrage à construire. Si ce n'est pas suffisant, ils peuvent influencer les comités de sélection.

C'est pourquoi la loi qui crée l'AMP doit prévoir tous ces cas de figure et lui permettre de réagir lorsque des plaintes seront portées à son attention.

5.1 LA SÉLECTION DES CONCURRENTS

De plus en plus de marchés publics sont octroyés suite à des appels d'offres où les candidats doivent d'abord se qualifier en vertu de critères d'homologation, de préqualification ou de sélection. Seuls, les candidats choisis peuvent par la suite déposer une soumission avec un prix auprès de l'organisme public. L'AMP qui doit faire en sorte que les fournisseurs aient confiance au processus de marchés publics, doit s'assurer que tous les candidats qui ont manifesté leur intérêt, qui sont compétents et capables de réaliser le contrat proposé puissent participer à toutes les étapes de l'appel d'offres.

⁵¹ Passeport Entreprises – Faciliter l'accès aux contrats de l'État – Publié par M. Martin Coiteux, président du Conseil du trésor – octobre 2015.

Il s'agit d'un élément majeur de la législation des marchés publics qui doit être très bien encadré afin de détecter et prévenir les appels d'offres orientés, le favoritisme et les communications d'influence.

La loi sur les contrats des organismes publics donne aux concurrents qualifiés le droit de participer aux marchés publics. L'Autorité des marchés publics doit protéger ce droit. Or, il peut être retiré à des fournisseurs compétents par des critères de sélection subjectifs, orientés, disproportionnés ou qui n'ont rien à voir avec la capacité des concurrents à réaliser les prestations demandées. L'exercice de ce droit peut également être découragé par des documents de qualification d'une ampleur déraisonnable et trop complexe par rapport à la nature des prestations à fournir. Ce droit peut également être retiré injustement par comités de sélection qui peuvent écarter sans raison certains concurrents.

Les critères sont des jugements de valeur assez importants pour écarter des candidats compétents et capables de fournir le bien ou réaliser les travaux décrits à l'appel d'offres. Les organismes publics du Québec ont présentement libre cours pour établir leurs propres critères en vue de sélectionner les concurrents qui pourront par la suite participer à l'appel d'offres. Un agent public peut donc évincer d'un appel d'offres de bons citoyens corporatifs, compétents et capables de fournir les prestations recherchées sur des bases subjectives, de préjugés et perceptions alors que la LCOP leur garantit l'accès aux marchés publics.

Au cours des dernières années, la CEGQ a observé plusieurs situations où des organismes publics transforment des appels d'offres publics en « appels d'offres sur invitation », où des concurrents compétents et capables de réaliser les ouvrages sont écartés. Ces organismes utilisent des critères inappropriés par rapport à l'ouvrage à construire et confient par la suite ces décisions à des comités de sélection qu'ils contrôlent ou influencent. Ceci se fait sans imputabilité des acteurs publics concernés et en absence de recours de la part de ces concurrents évincés. La situation est telle que la CEGQ a déposé au Secrétariat du Conseil du trésor une étude⁵² qui illustre comment certains organismes publics dont plusieurs commissions scolaires utilisent l'appel d'offres en deux étapes dans le but de changer un appel d'offres public en appel d'offres sur invitation et écarter de nombreux concurrents compétents.

Les concurrents ainsi écartés perdent confiance aux marchés publics et abandonnent ce créneau d'affaires. D'autres pourront être tentés par des communications d'influence, agir sur les critères de sélection et les comités de sélection.

L'absence de surveillance des critères de sélection et des comités de sélection ouvre la porte au favoritisme, à la collusion, ce qui est contraire aux objectifs visés par le présent projet de loi.

De plus, l'ampleur des documents à compléter par rapport aux livrables et l'introduction de critères subjectifs découragent les fournisseurs puisque l'organisme public passe le message « que les dés sont pipés » en faveur de certains concurrents qui connaissent les « réponses gagnantes ». Et que dire de ceux qui sont informés des réponses gagnantes ou déjà assurés d'être sélectionnés ! Ne s'agit-il pas d'une forme de collusion ?

⁵² Réflexions sur les appels d'offres en deux étapes. Déposé au SCT en mai 2016.

D'où l'importance de permettre à l'AMP d'évaluer la pertinence de sélectionner des candidats, compte tenu que dans certains secteurs un organisme qualifie déjà les entreprises - à titre d'exemple la Régie du bâtiment pour les projets de construction - et d'encadrer les critères aux fins de sélection des candidats. Voici d'ailleurs quelques principes imposés ailleurs dans le monde aux organismes publics pour orienter le choix des critères en vue de sélectionner des candidats pour des marchés publics :

- **L'objet de chaque critère** doit être raisonnable et avoir un lien rationnel avec l'objet du marché. Les spécifications ne peuvent avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture du marché à la concurrence. Lorsqu'une exigence ou un critère a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, il doit être objectif et nécessaire à l'objet du marché ainsi qu'à la nature des prestations à réaliser.
- **Le poids de chaque critère** doit être établi selon son importance dans l'exécution du marché et divulgué aux concurrents, car ils sont susceptibles d'influencer la présentation de leurs offres.
- **La pluralité des critères** est également essentielle et doit toucher plusieurs aspects du marché.
- L'absence de référence de l'exécution de marchés de même nature ne peut seule justifier l'élimination d'une candidature.
- L'examen des candidatures, fondé sur les garanties professionnelles, techniques et financières des soumissionnaires doit permettre d'apprécier **l'aptitude du candidat à exécuter le marché.**

L'octroi des contrats publics à l'aide de critères et de comités de sélection doit faire l'objet d'une attention particulière par L'AMP. Nous comprenons que les critères de sélection pourront faire l'objet de plaintes auprès de l'organisme public et, le cas échéant, auprès de l'AMP. **Mais aucune plainte n'est prévue suite à la décision d'un comité de sélection.** Le Comité de sélection a-t-il appliqué les critères publiés dans le document d'appel d'offres et le cas échéant a-t-il utilisé son pouvoir discrétionnaire l'intérêt public ? Pourrait-on utiliser les décisions des comités de sélection pour contourner les objectifs visés par ce projet de loi ?

C'est la raison pour laquelle nous recommandons d'appliquer pour la sélection des candidats, les exigences de publication et les recours similaires à celles proposées pour les contrats gré à gré.

Comme les contrats gré à gré peuvent retirer le droit à des fournisseurs compétents de participer à un appel d'offres public, ce projet de loi prévoit qu'un organisme public devra dorénavant informer les fournisseurs qui ont démontré un intérêt de sa décision au moins sept (7) jours avant l'adjudication du contrat. Ceci dans le but de permettre aux concurrents qui n'ont pu participer à l'appel d'offres de déposer une plainte après de l'AMP avant l'octroi du contrat.

La sélection des candidats qui pourront par la suite participer au processus d'un (ou plusieurs) appel d'offres public par des comités de sélection est tout à fait similaire aux contrats gré à gré, puisqu'elle peut priver des candidats compétents de leur droit de participer aux marchés publics.

5.2 MATÉRIAUX ET ÉQUIPEMENTS SPÉCIFIÉS DANS LES CONTRAT DE CONSTRUCTION

La réalisation d'un projet de bâtiment nécessite l'implication de nombreux intervenants tels qu'ingénieurs, architectes, entrepreneur général, sous-traitants et plusieurs dizaines de fournisseurs de matériaux et équipement, dont certains valent des dizaines et parfois des centaines de milliers de dollars. En mode traditionnel, la conception des plans et devis est confiée à des professionnels (ingénieurs et architectes) et la réalisation est par la suite confiée à un entrepreneur général, ces octrois de contrats faisant l'objet d'appels d'offres publics.

Mais qu'en est-il des produits et équipements qui composent ces ouvrages ? Certains d'entre eux peuvent faire l'objet de spécifications fermées ou orientées à l'intérieur des documents d'appel d'offres adressés aux entrepreneurs généraux. De telle sorte qu'un seul fournisseur ou fabricant pourra fournir certains de ces équipements et les entrepreneurs généraux auront tous le même prix à inclure dans leurs soumissions adressées aux organismes publics. Les bâtiments sont exposés à ce type de spécifications puisqu'un nombre important de matériaux et de systèmes entrent dans la composition d'un bâtiment et qu'il n'y a pas deux bâtiments semblables. Nous faisons ici référence aux éléments tels que : la quincaillerie, les ascenseurs, les appareils d'éclairage, les systèmes de ventilation, de plomberie, de chauffage et toiture, les contrôles, la maçonnerie et certains revêtements tels les revêtements métalliques, la céramique et même la peinture. Ces produits n'ont qu'à être spécifiés dans les devis rédigés par les professionnels pour leur assurer, dans certains cas, l'accès aux marchés publics sans concurrence.

Alors qu'un contrat de construction de 100 000\$ doit faire l'objet d'un appel d'offres public auquel répondront les entrepreneurs, un équipement de ventilation de ou de chauffage d'une valeur de 500 000\$ spécifié dans un devis d'ingénieur ne fera l'objet d'aucune concurrence à moins que des produits équivalents soient également indiqués ou autorisés. Or, ce n'est pas toujours le cas et même lorsque les documents de soumission permettent l'autorisation de produits équivalents, la décision revient au professionnel qui a spécifié le produit. De plus, les dispositions du devis qui encadrent la gestion des produits équivalents sont souvent inapplicables compte tenu des délais pour déposer les soumissions et des nombreux addendas qui sont émis. Malgré les directives du Secrétariat du Conseil du trésor qui incitent les organismes publics à spécifier des produits équivalents, il est fréquent que des produits et équipements qui valent des dizaines et même des centaines de milliers de dollars se retrouvent dans les appels d'offres publics sans concurrence.

Les entrepreneurs généraux qui sont au cœur du processus d'appel d'offres constatent des augmentations de coût de l'ordre de 30% et parfois davantage lorsqu'un produit ou équipement est spécifié sans équivalents ou sans possibilité d'en proposer. Certains représentants de ces produits tentent donc de faire spécifier leur équipement ou leur produit dans les devis et si possible tenter d'écartier les produits concurrents en proposant aux rédacteurs de devis des spécifications « fermées ».

La spécification d'un matériau, d'un système ou d'un équipement dans le devis d'un projet public est l'équivalent d'une « homologation » pour un projet spécifique. Ce qui est couvert par les dispositions de l'article 59 du présent projet de loi :

59. Les dispositions des chapitres III à V, lorsqu'elles concernent un processus d'adjudication, s'appliquent à un processus d'homologation et à un processus de qualification de prestataires de services ou d'entrepreneurs, avec les adaptations nécessaires.

Nous saluons les dispositions de ce projet de loi qui prévoit que toute personne intéressée par un appel d'offres public peut loger une plainte :

« toute personne ou société de personnes intéressée, ainsi que la personne qui les représente, peut porter plainte à l'Autorité relativement à un processus d'adjudication d'un contrat public lorsque après s'être plainte auprès de l'organisme public du fait que les documents d'appel d'offres public prévoient des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif, elle est en désaccord avec la décision de l'organisme public. »

Cette disposition corrigera d'importantes lacunes dans l'octroi des contrats publics, incitera les rédacteurs de devis à rechercher des produits équivalents, limitera les communications d'influence entre les vendeurs d'équipements et les professionnels et fera économiser des centaines de milliers de dollars aux contribuables.

5.3 RECOMMANDATIONS

Pour la sélection des candidats avec ces critères et des comités de sélection, nous recommandons d'appliquer les mêmes exigences de publication et les recours similaires à ceux proposés pour les contrats gré à gré par l'ajout de l'article 21.07 à la Loi sur les contrats des organismes publics.

21.07 L'organisme public doit transmettre sa décision par voie électronique au moins sept jours avant la date prévue de conclusion du contrat à toute entreprise ayant participé au processus d'homologation, de qualification ou de sélection. Si ce délai ne peut être respecté, la date prévue de conclusion du contrat doit être reportée d'autant de jours qu'il en faut pour que ce délai minimal soit respecté.

L'organisme public doit de plus informer l'entreprise de son droit de formuler une plainte en vertu de l'article 34 de la Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics (indiquer ici l'année et le numéro de chapitre de cette loi) dans les trois jours suivant la réception de la décision.

Nous recommandons également l'ajout de l'article 27 .2.1⁰ au présent projet de loi.

27.2,1° ordonner à l'organisme public d'accepter un concurrent évincé d'un processus d'homologation, de qualification ou de sélection lorsqu'il est d'avis qu'un plaignant ayant manifesté son intérêt est qualifié et a démontré sa capacité de réaliser ce contrat selon les besoins et les obligations énoncées dans le document d'appel d'offres.

Nous recommandons également que l'AMP soit autorisée à encadrer les critères de sélection aux fins d'homologation, présélection ou sélection de candidats qui participent aux marchés publics. Cette recommandation s'inscrit dans les principes du Passeport Entreprises de donner confiance aux fournisseurs qualifiés de participer aux appels d'offres publics, les assurer qu'ils recevront un

traitement équitable et permettre également aux nouvelles entreprises d'avoir accès aux marchés publics.

Nous recommandons l'ajout à l'article 27 du présent projet de loi cet alinéa supplémentaire :

7^o Imposer aux organismes publics des règles quant aux critères qui peuvent être utilisés pour homologuer des produits, préqualifier ou sélectionner des candidats aux marchés publics.

6.0 LA GESTION DES PLAINTES PAR LES ORGANISMES PUBLICS ET L'AMP

CHAPITRE IV - PLAINTES

Nous saluons l'introduction de plaintes auprès de l'organisme public suivies, le cas échéant auprès de l'Autorité des marchés publics. Cette importante disposition, pièce angulaire de ce projet de loi, qui consiste à donner aux concurrents qualifiés une démarche à suivre pour porter plainte et signaler des situations où ils ne sont pas traités de façon intègre et équitable. Les concurrents ont l'expertise, la connaissance et l'intérêt pour détecter les dérogations aux règles de marchés publics, pour dénoncer les situations de collusion, de favoritisme et toutes autres anomalies qui feraient en sorte de mettre en cause l'intégrité du contrat que l'organisme public s'apprête à octroyer.

De nombreux pays, notamment ceux de l'Union européenne (28 pays) et le niveau fédéral aux États-Unis, ont introduit de tels recours dans leurs marchés publics avec succès depuis le début des années 1990. Ces recours rapides et efficaces dissuadent les principaux intéressés à transgresser les règles de marchés publics.

Les plaintes prévues dans ce projet de loi placeront sous surveillance les agents responsables des acquisitions de même que les rédacteurs de devis et les dirigeants des organismes publics. Ils devront respecter les règles de passation de marché au risque de voir leurs documents d'appel d'offres immédiatement identifiés par des concurrents lésés. Ils devront émettre un addenda pour corriger les conditions « *qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif* », sous peine de voir leurs appels d'offres suspendus, voire annulés, et devoir justifier les motifs derrière ces dérogations.

Il est plus efficace et efficient que la plainte soit d'abord adressée à l'organisme public. Ce qui lui permettra de corriger les dérogations involontaires et poursuivre normalement son processus d'appel d'offres.

Toutefois, certains éléments qui seront soulevés par des concurrents seront issus de décisions volontaires de l'organisme public et ce dernier insistera pour les conserver. Ce sont ces situations qui risquent davantage de faire l'objet de plaintes auprès de l'AMP.

Nous avons analysé le processus de plaintes autorisées en vertu de ce projet de loi ainsi que les délais associés à chacune des étapes. Les délais ne doivent pas faire en sorte de retarder indument le processus d'appel d'offres, toutefois ils doivent être réalistes et applicables pour permettre le

traitement des plaintes et informer les concurrents des nouvelles dates pour déposer leurs soumissions. Nous vous invitons à prendre connaissance du schéma que nous avons préparé⁵³ qui montre le cheminement d'une plainte et le processus de traitement par l'organisme public et l'Autorité des marchés publics.

Les délais mentionnés dans ce projet de loi pour déposer une plainte ou y répondre n'indiquent pas s'il s'agit de jours de calendrier ou de jours ouvrables. Les articles 83 et 183 font mention de délai de 7 et 10 jours, il pourrait donc s'agir de jours de calendrier.

Toutefois les délais mentionnés aux articles 33, 35, 36, 46 et 83 sont de 1, 2 ou 3 jours. Dans ces cas le projet de loi doit spécifier qu'il s'agit de jours ouvrables.

6.1 LES PLAINTES PEUVENT-ELLES RETARDER LES APPELS D'OFFRES PUBLICS ?

Certains diront que les recours des concurrents seront nombreux et pourraient permettre à certains fournisseurs de déposer des plaintes injustifiées, ce qui pourrait paralyser le système d'appel d'offres.

Pour mieux comprendre l'effet de ces plaintes sur le déroulement des appels d'offres publics, nous avons consulté des spécialistes européens où de tels recours sont en application depuis plusieurs années. Nous avons demandé à M. Fournier de Laurière⁵⁴, s'il y a eu un engouement pour ces recours lorsqu'ils ont été mis en place.

Il n'y a pas eu engorgement contrairement à ce que les gens du ministère de la Justice s'attendaient. On a eu par contre diminution importante des recours sur le fond. On est gagnant quant à l'utilisation de l'appareil judiciaire. Ça prend environ une journée à entendre un référé contractuel ou précontractuel. Il faut dire que les juges sont inquisitoires : ils gèrent vraiment leur cour, ils sont la « police de l'audience », ils interviennent pour faire en sorte que ça roule bien et éviter que quelqu'un ne prenne trop de temps pour réexpliquer son argumentaire.

Les expériences des pays étrangers où de tels recours ont été implantés démontrent qu'il n'y a pas lieu de restreindre ou compliquer les dépôts de plaintes des concurrents. Au surplus, l'obligation de déposer dans un premier temps la plainte à l'organisme public permet de régler la très grande majorité des dérogations involontaires aux règles de marchés publics. L'AMP risque donc de recevoir en grande partie les situations présumées de dérogations volontaires, qui seront beaucoup moins nombreuses. Au surplus, il est prévu⁵⁵ que l'AMP peut rejeter toute plainte qu'elle considère abusive, frivole ou manifestement mal fondée.

6.2 RECOMMANDATIONS

Afin de rendre le processus de plaintes efficient, nous recommandons de préciser « jours ouvrables » aux délais mentionnés aux articles 33, 35, 36, 46 et 83 du présent projet de loi :

⁵³ Annexe 2 : Schéma du processus de plaintes

⁵⁴ M. Fournier de Laurière est juge. Il a présidé la Cour administrative d'appel à Paris qui recevait les référés contractuels et précontractuels sur les marchés publics et qui a également contribué à rédiger la législation française de ces recours dans l'octroi des marchés publics en France.

⁵⁵ Article 41 de projet de loi

Article 33 du projet de loi 108

33. Toute personne ou société de personnes intéressée, ainsi que la personne qui les représente, peut porter plainte à l'Autorité relativement à un processus d'adjudication d'un contrat public lorsque, après s'être plainte auprès de l'organisme public du fait que les documents d'appel d'offres public prévoient des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif, elle est en désaccord avec la décision de l'organisme public.

*La plainte doit être reçue par l'Autorité au plus tard trois jours **ouvrables** suivant la réception par le plaignant de la décision de l'organisme public.*

Article 35 du projet de loi 108

35. Toute personne ou société de personnes intéressée, ainsi que la personne qui les représente, peut porter plainte à l'Autorité relativement à un processus d'adjudication d'un contrat public lorsque, à la suite d'une plainte visée à l'article 33, elle n'a pas reçu la décision de l'organisme public deux jours avant la date limite de réception des soumissions.

La plainte doit être reçue par l'Autorité une journée **ouvrable** avant la date limite de réception des soumissions inscrite au système électronique d'appel d'offres.

Article 36 du projet de loi 108

36. Toute personne ou société de personnes intéressées, ainsi que la personne qui les représente, peut également porter plainte à l'Autorité relativement à un processus d'adjudication d'un contrat public lorsque, après avoir été informée d'une modification apportée aux documents d'appel d'offres pendant la période débutant deux jours avant la date limite de réception des plaintes indiquée dans le système électronique d'appel d'offres, elle est d'avis que cette modification prévoit des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif.

*La plainte doit être reçue par l'Autorité au plus tard deux jours **ouvrables** avant la date limite de réception des soumissions inscrite au système électronique d'appel d'offres.*

Article 46 du projet de loi 108

46. Au terme de l'examen d'une plainte visée aux sections I et II, l'Autorité transmet sa décision motivée par écrit au plaignant et à l'organisme public visé.

Lorsque la décision de l'Autorité à l'égard d'une plainte visée aux articles 33, 35 et 36 permet la poursuite du processus d'adjudication, l'organisme public doit s'assurer qu'un délai d'au moins sept jours est accordé pour déposer une soumission si la décision entraîne une modification aux documents d'appel d'offres. Ce délai est d'au moins deux jours **ouvrables** lorsque la décision n'entraîne aucune modification aux documents d'appel d'offres. L'organisme public inscrit s'il y a lieu au système électronique d'appel d'offres une nouvelle date limite de réception des soumissions respectant ces délais.

Article 83 du projet de loi 108 - Article 21.0.5 de la Loi sur les contrats des organismes publics

« 21.0.5. L'organisme public doit transmettre sa décision au plaignant par voie électronique après la date limite de réception des plaintes, mais au plus tard trois jours **ouvrables** avant la date limite de réception des soumissions. Il doit, au besoin, reporter la date limite de réception des soumissions.

Lorsque l'organisme public a reçu plus d'une plainte pour un même appel d'offres, il doit transmettre chacune de ses décisions au même moment.

L'organisme public doit reporter la date limite de réception des soumissions d'autant de jours qu'il en faut pour qu'un délai minimal de sept jours reste à courir à compter de la date de transmission de sa décision.

L'organisme public doit de plus, le cas échéant, informer chaque plaignant de son droit de formuler une plainte en vertu de l'article 33 de la Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics (*indiquer ici l'année et le numéro de chapitre de cette loi*) dans les trois jours suivant la réception de la décision.

7.0 TRAITEMENT PAR L'AMP DES ATTESTATIONS DE RENDEMENT INSATISFAISANT

Nous comprenons que l'AMP tiendra un registre des rendements insatisfaisants émis par les organismes publics et le rendra disponible à ces derniers aux fins d'évaluation de la qualité d'une soumission.

Cette disposition nous préoccupe puisque la nature des contrats de construction, le fonctionnement de l'Industrie de la construction et les conditions contractuelles entre les organismes publics et les entrepreneurs généraux exposent ces derniers à recevoir des évaluations de rendement insatisfaisant injustifiées et de servir de boucs émissaires aux projets mal planifiés et sous-financés, aux conceptions déficientes et aux relations personnelles qui se sont envenimées.

Au Québec, la réglementation qui régit l'Industrie de la construction force les entrepreneurs généraux à confier à des sous-traitants la très grande majorité des travaux (souvent plus de 80 %), dans la plupart des cas à plus de vingt-cinq (25) sous-traitants différents. De plus, en vertu du fonctionnement du BSDQ, les entrepreneurs généraux n'ont pas vraiment le choix des sous-traitants à qui ils devront confier la réalisation des travaux, et ce, peu importe que l'appel d'offres public prévoit une qualification ou une sélection des entrepreneurs généraux.

En mode traditionnel, le niveau de qualité des ouvrages est défini dans les plans et devis préparés par des professionnels (architectes et ingénieurs) à qui l'organisme public a confié le mandat de les préparer. Par la suite, l'organisme public octroie un contrat à un entrepreneur général avec une obligation de résultat quant au prix et au délai d'exécution basé sur les documents pour lesquels il a déposé une soumission.

Bien que ce soient des contrats forfaitaires, ces contrats sont évolutifs où le donneur d'ouvrage peut apporter des changements en cours de réalisation de travaux. D'ailleurs les contrats de construction des organismes publics et la réglementation⁵⁶ prévoient cette possibilité. Or, il est fréquent que des centaines de changements doivent être émis durant la réalisation des travaux et que les entrepreneurs soient incités ou forcés à exécuter des travaux supplémentaires, sans entente sur le prix et le délai d'exécution. Ce qui augmente les possibilités de mécontentes quant à la portée des travaux, leur prix, les conséquences sur le calendrier des travaux et les impacts sur les travaux à venir. Il peut également survenir des différends quant à l'interprétation des documents préparés par les professionnels et l'impact des changements sur leur responsabilité. Ce qui peut avoir un impact sur l'obtention des futurs contrats.

⁵⁶ Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics.

L'entrepreneur général est donc exposé à se voir attribuer une évaluation de rendement insatisfaisant suite à un grand nombre de changements, des relations personnelles qui ont mal tourné ou au dépôt d'une réclamation dans laquelle il fait ressortir les lacunes de gestion de l'organisme public et de ses professionnels, ou d'une mauvaise performance d'un sous-traitant qu'il n'a pas choisi.

La qualité des relations d'affaires entre les parties prenantes est tributaire de la nature des contrats, de la qualité de la planification et des plans et devis, de la compétence de l'organisme public à planifier et réaliser des contrats de construction, de la volonté des professionnels et des acteurs publics à prendre des décisions, de la capacité de l'organisme public de gérer plusieurs changements et les personnalités des personnes à l'emploi des professionnels, des organismes publics, des sous-traitants, des fournisseurs et de l'entrepreneur général.

Actuellement un fournisseur qui reçoit une évaluation de rendement insatisfaisant d'un organisme public ne peut déposer de soumission auprès de cet organisme public pour deux années. Un registre d'évaluations de rendement insatisfaisant compilé par l'AMP et disponible aux organismes publics pourra être utilisé par ces derniers pour sélectionner des fournisseurs et des entrepreneurs. Il s'agirait donc de retirer le droit à des fournisseurs de participer à des appels d'offres publics. Sont-ils vraiment incompetents ou ont-ils été victimes de documents de soumission de mauvaise qualité, de relations personnelles qui ont mal tourné ou de représailles d'acteurs publics ou de leurs représentants ?

Un organisme public pourrait-il « exercer la pression » d'une évaluation de rendement insatisfaisant s'il ne renonce pas à déposer une réclamation ou à se faire payer certains changements qu'il a dû apporter aux documents d'appel d'offres ? Auquel cas, de quel recours dispose l'entrepreneur ? Les dispositions de l'article 47 de ce projet de loi pourraient-elles s'appliquer pour mettre les fournisseurs à l'abri de tels comportements ?

Compte tenu de l'importance que prendront les évaluations de rendement insatisfaisant sur le traitement intègre et équitable des concurrents et sur le comportement des parties impliquées dans un contrat de construction il faut revoir ces dispositions de sorte que le processus de révision prévu à l'article 57⁵⁷ puisse se faire auprès de l'Autorité des marchés publics

Dispositions actuelles concernant l'évaluation de rendement insatisfaisant de l'entrepreneur :

ÉVALUATION DU RENDEMENT

55. Un organisme public doit consigner dans un rapport l'évaluation d'un entrepreneur dont le rendement est considéré insatisfaisant.

56. L'organisme public doit compléter son évaluation au plus tard 60 jours après la date de la fin du contrat et transmettre à l'entrepreneur un exemplaire de l'évaluation.

⁵⁷ Article 57 du Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics.

57. *L'entrepreneur peut, dans un délai de 30 jours suivant la réception du rapport constatant le rendement insatisfaisant, transmettre par écrit à l'organisme public tout commentaire sur ce rapport.*

58. *Dans les 30 jours suivant l'expiration du délai prévu à l'article 57 ou suivant la réception des commentaires de l'entrepreneur, selon le cas, le dirigeant de l'organisme public maintient ou non l'évaluation effectuée et en informe l'entrepreneur. S'il ne procède pas dans le délai prescrit, le rendement de l'entrepreneur est considéré satisfaisant.*

Cet appel auprès de l'APM assurera un traitement intègre et équitable des participants aux marchés publics en ne permettant pas de les écarter par des motifs injustifiés.

7.1 RECOMMANDATIONS

Nous recommandons d'ajouter l'article 20.6⁰ au projet de loi 108 :

20. 6⁰ De recevoir et de réviser les plaintes des fournisseurs qui se sont vus attribuer une attestation de rendement insatisfaisant par un organisme public selon les modalités déterminées par le gouvernement en 23.13 1⁰.

Nous recommandons que les dispositions de l'article 47 du présent projet de loi s'appliquent également à l'évaluation de rendement insatisfaisant.

8.0 LES RETARDS DE PAIEMENT AUX ENTREPRENEURS

La Coalition formée des associations qui regroupent les entrepreneurs de l'Industrie de la construction a déposé une étude d'impact économique qui fait état de la dégradation des délais de paiement aux entrepreneurs.

Le délai moyen pour le paiement des entrepreneurs au Québec est de 80 jours, ce délai tend de plus à s'agrandir par rapport aux autres secteurs économiques. Cette étude réalisée par Raymond Chabot Grant Thornton évalue à 7G\$ le montant dû aux entrepreneurs à plus de 30 jours de la facturation. Ce montant a un impact économique de 1G\$ sur l'économie du Québec.

Au Canada, le délai moyen de recouvrement des comptes clients dans l'industrie de la construction dépassait de 11,3 jours en 2002 celui de l'ensemble des autres secteurs économiques. En 2011, cet écart s'est accru, passant à 20,6 jours. Les secteurs comportant le pourcentage le plus élevé de comptes clients dépassant 120 jours sont ceux du secteur institutionnel.

Saisie de cette problématique, la Commission Charbonneau a ainsi réagi :

Pour la Commission, une telle situation comporte trois problèmes majeurs. Premièrement, elle confère un pouvoir important aux surveillants de chantier, puisque ces derniers doivent notamment approuver les paiements progressifs. Selon la vitesse d'approbation de ceux-ci, ces professionnels peuvent intimider ou favoriser des entrepreneurs en construction, contribuant de cette manière aux stratagèmes de corruption privée.

Deuxièmement, une telle situation contribue à restreindre la concurrence dans l'industrie, favorisant ainsi la création et le maintien d'ententes collusoires. En effet, ayant déjà payé leur main-d'oeuvre, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, les entrepreneurs doivent supporter financièrement ces délais de paiement. Ce manque de liquidités limite leur nombre et leur croissance en restreignant leur capacité à entreprendre de nouveaux mandats. À cet égard, en 2013, plus des trois quarts des entrepreneurs auraient refusé de répondre à au moins un appel d'offres, jugeant les clauses de paiement abusives ou anticipant des problèmes de paiement

De plus, les retards de paiement pénalisent davantage les PME qui n'ont pas toujours facilement accès au crédit. Elles sont donc davantage à risque de connaître des difficultés financières. Cela n'est pas de nature à les encourager à s'engager dans de nouveaux marchés

Troisièmement, une telle situation favorise l'infiltration du crime organisé dans l'industrie de la construction. En effet, une PME confrontée à des difficultés financières découlant de comptes clients trop importants pourrait être tentée de recourir à d'autres sources de financement non traditionnel. De fait, c'est ce qui arrive. Le financement non traditionnel est utilisé par une proportion notable d'entreprises de construction en raison des retards de paiement

À ces trois problèmes importants s'en ajoute un quatrième, cette fois-ci pour l'État. Cette situation incite les entrepreneurs à prendre en compte ce risque financier dans le prix des soumissions déposées. En d'autres termes, ces frais de financement sont transférés aux DOP, et donc aux contribuables.

Les commissaires recommandent donc au gouvernement :
D'adopter des dispositions législatives ou réglementaires afin de proposer, dans le cadre d'un contrat principal et des sous-traitances, une norme sur les délais de production des décomptes progressifs et des paiements afin de diminuer l'emprise des surveillants de chantier et des DOP sur les entreprises oeuvrant dans l'industrie de la construction ainsi que la possible infiltration du crime organisé.

8.1 RECOMMANDATION

Nous recommandons au gouvernement de donner suite à la recommandation 15 de la Commission Charbonneau et adopter une législation pour contrer les retards dans les paiements aux entrepreneurs qui exécutent les contrats de construction dans les secteurs public et privé.

9.0 LES RESPONSABLES DE L'OBSERVATION DES RÈGLES CONTRACTUELLES

L'article 118 de ce projet de loi prévoit que le Conseil du trésor peut établir des politiques pour déterminer des conditions concernant la désignation des responsables de l'observation des règles contractuelles et établir des mesures visant à les soutenir et à favoriser la cohérence dans l'exécution de leurs fonctions.

La CEGQ tente régulièrement de communiquer avec des responsables de l'observation des règles contractuelles pour leur faire part de dérogations aux règles de marchés publics puisqu'en vertu de

l'article 21.0.2. de la Loi sur les contrats des organismes publics, le responsable de l'observation des règles contractuelles a notamment pour fonctions:

1° de veiller à l'application des règles contractuelles prévues par la présente loi et par ses règlements, ses politiques et ses directives;

2° de conseiller le dirigeant de l'organisme et de lui formuler des recommandations ou des avis sur leur application;

3° de veiller à la mise en place de mesures au sein de l'organisme afin de voir à l'intégrité des processus internes;

4° de s'assurer de la qualité du personnel qui exerce les activités contractuelles;

5° d'exercer toute autre fonction que le dirigeant peut requérir pour voir à l'observation des règles contractuelles.

Or identifier la personne qui occupe cette fonction dans un organisme public relève d'un exploit. Qui plus est, la plupart d'entre elles ne peuvent faire de liens entre les dispositions de l'appel d'offres et les règles de marchés publics. Elles réfèrent donc les problèmes au gestionnaire responsable de l'appel d'offres. Le processus tourne donc en rond !

De plus, dans les petites organisations, ces responsables sont appelés à questionner leurs collègues de travail sur leurs choix dans la préparation de leurs documents d'appel d'offres. Ce qui n'est pas à la portée de tous.

L'adoption du présent projet de loi occasionnera des plaintes auprès des organismes publics de la part de concurrents auparavant exclus des appels d'offres. L'organisme public devra répondre aux plaintes au plus tard 3 jours avant la date prévue pour le dépôt des soumissions.

9.1 RECOMMANDATION

C'est pourquoi nous recommandons de revoir le rôle du responsable de l'observation des règles contractuelles, de le rendre imputable de ses actions lorsqu'il est interpellé et rendre publics les noms et les coordonnées des personnes qui exercent cette fonction dans les organismes publics, comme c'est le cas pour les responsables de l'accès à l'information.

10.0 SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

Articles du mémoire	Article / Loi	Recommandations
2.1		Nous recommandons que l'Autorité des marchés publics relève de l'Assemblée nationale au même titre que le Vérificateur général.
3.10.1	Art 18.06 PL 108	Nous recommandons de donner suite à la recommandation 1.2 de la Commission Charbonneau par l'ajout de l'article suivant :

Articles du mémoire	Article / Loi	Recommandations
		18-6 ⁰ Imposer des règles au Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) et d'agir, à titre de membre observateur du conseil d'administration.
3.10.2	<p>Art 24 Loi sur les maîtres électriciens (M-3)</p> <p>Art 30</p>	<p>Amender l'article 24 : Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.</p> <p>Comme suit :</p> <p><i>24. Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire ainsi qu'avec la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.</i></p> <p>Remplacer l'article 30 : Un exemplaire de chaque entente doit être remis sans délai au gouvernement par l'intermédiaire du ministre.</p> <p>Par le texte suivant :</p> <p><i>30. Pour qu'elle soit en vigueur, l'entente devra être soumise à un processus rigoureux d'approbation de tous ses utilisateurs et approuvée par l'Autorité des marchés publics (AMP) qui pourra imposer le contenu de l'entente de même que les règles de fonctionnement du Bureau des soumissions déposées pour les contrats de construction qui relèvent de sa juridiction.</i></p> <p><i>Le Bureau des soumissions devra également prévoir sur son conseil d'administration un siège pour les donneurs d'ouvrage publics désigné par l'AMP ainsi qu'un nombre de sièges répartis également entre les entrepreneurs destinataires et les soumissionnaires.</i></p>
	Art 23 - Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie (M-4)	<p>Amender l'article 23 : Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction et la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.</p> <p>Comme suit :</p> <p><i>23. Le conseil peut conclure une entente avec une chambre de construction ou un fiduciaire <u>ainsi qu'un regroupement d'entrepreneurs destinataires des soumissions</u> pour l'établissement d'un bureau des soumissions déposées relatives à certaines catégories de travaux dans un territoire déterminé.</i></p> <p>Remplacer l'article 29 : Un exemplaire de chaque entente doit être</p>

Articles du mémoire	Article / Loi	Recommandations
	Art 29	<p>remis sans délai au gouvernement par l'intermédiaire du ministre. Par le texte suivant :</p> <p><i>Pour qu'elle soit en vigueur, l'entente devra être soumise à un processus rigoureux d'approbation de tous ses utilisateurs et approuvée par l'Autorité des marchés publics (AMP) qui pourra imposer le contenu de l'entente de même que les règles de fonctionnement du Bureau des soumissions déposées pour les contrats de construction qui relèvent de sa juridiction.</i></p> <p><i>Le Bureau des soumissions devra également prévoir sur son conseil d'administration un siège pour les donneurs d'ouvrage publics désigné par l'AMP ainsi qu'un nombre de sièges répartis également entre les entrepreneurs destinataires et les soumissionnaires.</i></p>
4.1	Art 19 PL 108	<p>Nous recommandons de modifier l'article 19 du présent projet de loi et définir comme « organisme public » assujetti à l'Autorité des marchés publics : « tous les organismes qui ont l'obligation de publier leurs appels d'offres sur le site électronique d'appel d'offres (SEAO). »</p>
4.1	Art 19 PL 108	<p>Dans le cas de la Ville de Montréal, nous recommandons que la Loi qui encadre son Bureau de l'Inspecteur général inclue les mêmes dispositions que le présent projet de loi concernant les plaintes des concurrents.</p>
5.3	Art 21.07 LCOP	<p>Pour la sélection des candidats avec ces critères et des comités de sélection, nous recommandons d'appliquer les mêmes exigences de publication et les recours similaires à ceux proposés pour les contrats gré à gré par l'ajout de l'article 21.07 à la Loi sur les contrats des organismes publics.</p> <p><i>21.07 L'organisme public doit transmettre sa décision par voie électronique au moins sept jours avant la date prévue de conclusion du contrat à toute entreprise ayant participé au processus d'homologation, de qualification ou de sélection. Si ce délai ne peut être respecté, la date prévue de conclusion du contrat doit être reportée d'autant de jours qu'il en faut pour que ce délai minimal soit respecté.</i></p> <p><i>L'organisme public doit de plus informer l'entreprise de son droit de formuler une plainte en vertu de l'article 34 de la Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics (indiquer ici l'année et le numéro de chapitre de cette loi) dans les trois jours suivant la réception de la décision.</i></p>

Articles du mémoire	Article / Loi	Recommandations
5.3	Art 27.2.1 ⁰ PL 108	Nous recommandons également l'ajout de l'article 27 .2.1 ⁰ au présent projet de loi. <i>27.2,1° ordonner à l'organisme public d'accepter un concurrent évincé d'un processus d'homologation, de qualification ou de sélection lorsqu'il est d'avis qu'un plaignant ayant manifesté son intérêt est qualifié et a démontré sa capacité de réaliser ce contrat selon les besoins et les obligations énoncées dans le document d'appel d'offres.</i>
5.3	Art 27 PL 108	Nous recommandons l'ajout à l'article 27 du présent projet de loi cet alinéa supplémentaire : <i>7° Imposer aux organismes publics des règles quant aux critères qui peuvent être utilisés pour homologuer des produits, préqualifier ou sélectionner des candidats aux marchés publics</i>
6.1		Afin de rendre le processus de plaintes efficient, nous recommandons de préciser « jours ouvrables » aux délais mentionnés aux articles 33, 35, 36, 46 et 83 du présent projet de loi :
	Art 33 PL 108	2 ^e alinéa, remplacer « trois jours » par « trois jours ouvrables »
	Art 35 PL 108	2 ^e alinéa, remplacer « une journée » par « une journée ouvrable »
	Art 36 PL 108	2 ^e alinéa, remplacer « deux jours » par « deux jours ouvrables »
	Art 46 PL 108	2 ^e alinéa, remplacer « deux jours » par « deux jours ouvrables »
	Art 83 PL 108	1 ^e alinéa, remplacer « trois jours » par « trois jours ouvrables »
7.1	Art 20.6 ⁰ PL 108	Nous recommandons d'ajouter l'article 20.6 ⁰ au projet de loi 108 : 20. 6 ⁰ De recevoir et de réviser les plaintes des fournisseurs qui se sont vus attribuer une attestation de rendement insatisfaisant par un organisme public selon les modalités déterminées par le gouvernement en 23.13 1 ⁰ .
	Art 47 PL 108	Nous recommandons que les dispositions de l'article 47 du présent projet de loi s'appliquent également à l'évaluation de rendement insatisfaisant
9.1	Art 2.0.2 LCOP	Nous recommandons de revoir le rôle du responsable de l'observation des règles contractuelles et de rendre publics les noms et les coordonnées des personnes qui exercent cette fonction dans les organismes publics, comme c'est le cas pour les responsables de l'accès à l'information.

ANNEXE 1 : STATISTIQUES SUR LES NIVEAUX DE CONCURRENCE AU BSDQ

Étude réalisée par la CEGQ sur plus de 2000 projets où les soumissions des entrepreneurs spécialisés ont été déposées au BSDQ.

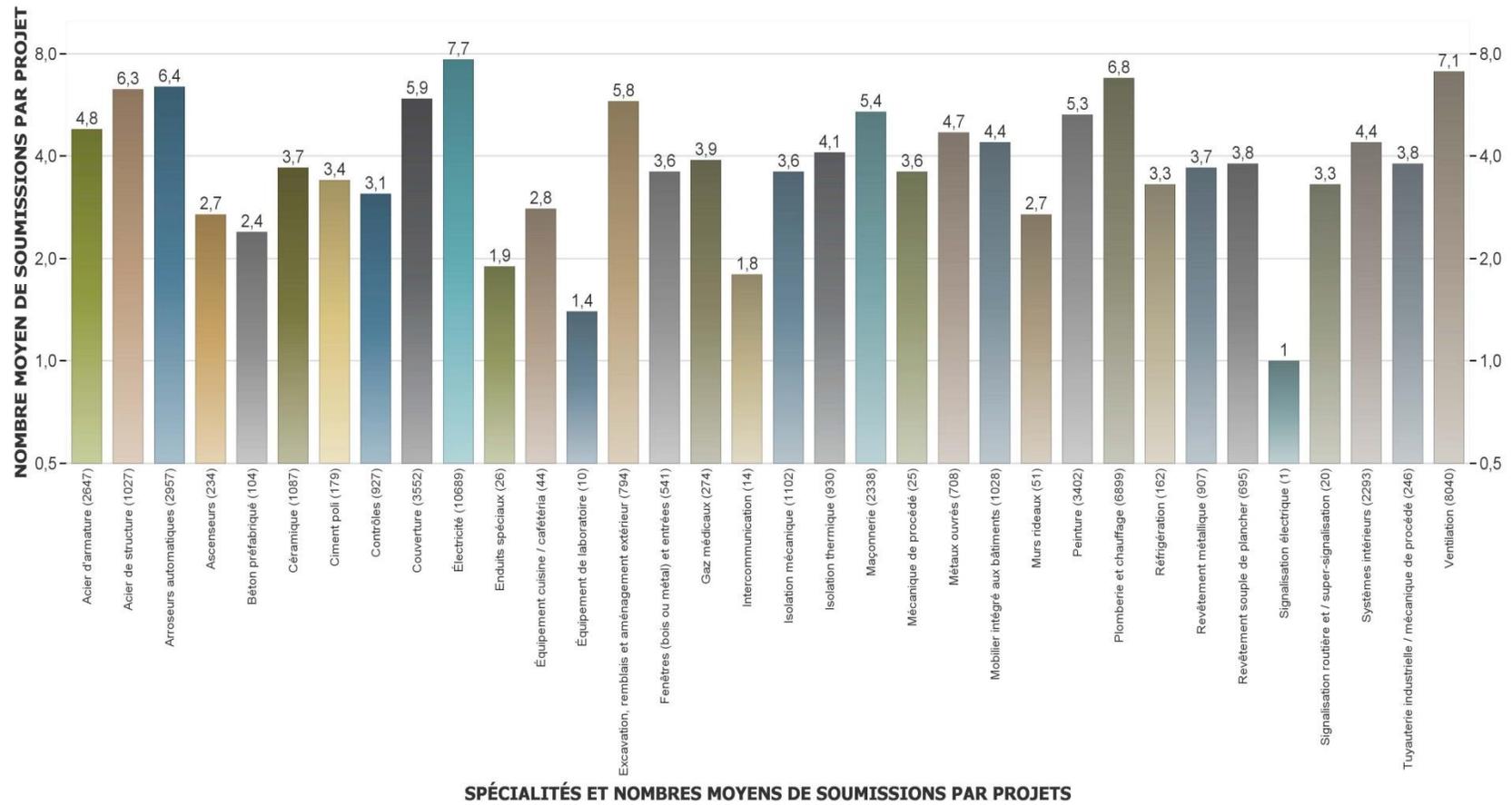
Spécialités du BSDQ	Nombre de soumissions analysées	Nombre moyen de soumissions au BSDQ par spécialité et par projet.
Équipement de laboratoire	10	1,4
Enduits spéciaux	25	1,8
Intercommunication	14	1,8
Béton préfabriqué	104	2,5
Murs rideaux	48	2,5
Ascenseurs	227	2,6
Équipement cuisine / cafétéria	42	2,6
Contrôles	901	3
Réfrigération	150	3,1
Ciment poli	176	3,5
Fenêtres (bois ou métal) et entrées	517	3,5
Revêtement métallique	872	3,5
Isolation mécanique	1101	3,6
Mécanique de procédé	25	3,6
Céramique	1064	3,7
Revêtement souple de plancher	680	3,7
Tuyauterie industrielle / mécanique de procédé	236	3,7
Gaz médicaux	270	3,8
Isolation thermique	923	4,1
Systèmes intérieurs	2261	4,3
Mobilier intégré aux bâtiments	1011	4,4
Métaux ouvrés	673	4,5
Acier d'armature	2600	4,8
Peinture	3363	5,2
Maçonnerie	2305	5,3
Excavation, remblais et aménagement extérieur	770	5,7
Couverture	3515	5,9
Acier de structure	1007	6,2
Arroseurs automatiques	2934	6,4
Signalisation routière et / super-signalisation	20	6,7
Plomberie et chauffage	6845	6,8
Ventilation	8015	7,1
Électricité	10613	7,7

PARTICIPATION DES SOUS-TRAITANTS AU BSDQ

Année(s): 2012 - 2013 - 2014 - 2015 - 2016

Région(s): Toutes

Nombre de Projets: 2 040



ANNEXE 2 : SCHÉMA DU DÉROULEMENT DES PLAINTES – PROJET DE LOI 108

Voir document en annexe

ACRONYMES

- AMP** Autorité des marchés publics
AO Appel d'offres
DAO Documents d'appel d'offres
DRP Date de réception des plaintes
DDS Date de dépôt des soumissions
LCOP Loi sur les contrats des organismes publics
OP Organisme public
RCTC Règlement sur les contrats de travaux de construction

Ligne A

Date fixée pour le dépôt des soumissions à l'OP Le nombre de jours est fixé par l'OP mais il ne peut être inférieur à 15 jours (*art. 4 (6°) du RCTC*).

Ligne B

Date limite de réception des plaintes (DRP) - Article 183 du projet de loi 108 - Article 4. 6.10 du RCTC

L'entreprise peut se plaindre à l'OP dès la publication de l'AO. La date limite fixée pour la réception des plaintes est déterminée en vertu de *l'article 4 (6.1°) du RCTC*.

- L'OP doit ajouter à la date de publication de l'avis d'appel d'offres (au début) une période équivalente à la moitié du délai de réception des soumissions. Ce délai doit être d'au moins 10 jours à compter de la date de publication.
- *Après ce délai, plaintes possibles uniquement à l'égard des addendas et directement à l'AMP.*

Ligne C

Transmission par l'OP de sa décision au plaignant (*art. 83 du PL n°108*)

- La décision de l'OP doit être transmise après la *DRP (art. 21.0.5, 1er al. de la LCOP)*.
- L'OP attend de recevoir toutes les plaintes avant de transmettre chacune de ses décisions au même moment (*art. 21.0.5, 2e al. de la LCOP*).
- L'OP doit transmettre sa décision au plus tard 3 jours avant la *DDS (art. 21.0.5, 1er al. de la LCOP)*.
- La *DDS* est reportée au besoin pour qu'il y ait un délai minimal de 7 jours à courir entre la date de transmission de la décision de l'OP au(x) plaignant(s) et la *DDS*.

1En cas d'addenda :

- **Si l'addenda est publié avant la *DRP* et que cet addenda modifie la *DDS*, la *DRP* doit être reportée** = la moitié du nombre de jour de report de la *DDS (art. 9, 3e al. du RCTC)*.
- Si l'addenda est susceptible d'avoir une incidence sur les prix : un délai de 7 jours doit être respecté entre la publication de l'addenda et la *DDS (la règle actuelle se poursuit – art. 9, 2e al. du RCTC)*.
- Si l'addenda est publié moins de 3 jours avant la *DDS*, l'OP doit obligatoirement reporter la *DDS* de 2 jours même si cet addenda n'est pas susceptible d'influencer les prix (*art. 9, 4e al. du RCTC*).

PLAINTÉ À L'AMP

Dérogation

Addenda publié pendant la période débutant 2 jours avant la *DRP* jusqu'à la *DDS* (*art. 36 du PL n°108*)

- Plainte directe auprès de l'AMP **sur cet addenda** (*art. 36, 1er al. du PL n°108*).
- L'AMP doit recevoir la plainte au plus tard 2 jours avant la *DDS (art. 36, 2e al. du PL n°108)*.
- L'AMP reporte au besoin la *DDS* (temporairement) (*art. 43, 1er al. du PL n°108*).

Ligne E

Plaignant en désaccord avec la décision de l'OP concernant sa plainte : Article 36 du PL 108

- Une plainte est possible auprès de l'AMP (*art. 33, 1er al. du PL n°108*).
- L'AMP doit recevoir la plainte au plus tard 3 jours suivant la réception de la décision de l'OP par le plaignant (*art. 33, 2e al. du PL n°108*).
- L'AMP reporte au besoin la *DDS* (temporairement) (*art. 43, 1er al. du PL n°108*).

Ligne G

Suite à la décision de l'AMP, l'OP détermine une nouvelle *DDS* en s'assurant d'un délai d'au moins 7 jours si la décision entraîne une modification aux documents d'AO (sinon, délai d'au moins 2 jours) (*art. 46, 2e al. du PL n°108*).

Dérogation

Plaignant qui n'a pas reçu la décision de l'OP suite à sa plainte. Article 35 du PL 108

- Une plainte est possible auprès de l'AMP s'il n'a pas reçu la décision de l'OP 2 jours avant la *DDS (art. 35, 1er al. du PL n°108)*.
- L'AMP doit recevoir la plainte au moins une journée avant la *DDS (art. 35, 2e al. du PL n°108)*.
- L'AMP reporte au besoin la *DDS* (temporairement) (*art. 43, 1er al. du PL n°108*).