



CFP– 003M
C.P. – PL 66
Accélération de
certains projets
d'infrastructure

PROJET DE LOI NO 66

Loi concernant l'accélération de certains projets d'infrastructure

Travailler à l'intégrité de nos marchés publics en améliorant son surveillance

MÉMOIRE DÉPOSÉ À
LA COMMISSION DES FINANCES PUBLIQUES

Au sujet de la Ligue d'action civique

La Ligue d'action civique est un OBNL rassemblant depuis 2011 des citoyens vigilants, des élus, des organisateurs de toutes les familles politiques québécoises qui ont décidé d'apporter ensemble des solutions face aux révélations ayant mené à la mise sur pied de la Commission d'enquête sur l'industrie de la construction – et depuis, aux révélations émanant de ladite Commission.

La Ligue a pour mission, en ce qui a trait aux municipalités, commissions scolaires ou autres entités locales, de valoriser une administration publique saine, de susciter une vigilance et une participation plus importante des citoyens ainsi que de soutenir leur engagement politique.

La Ligue est financée essentiellement par ses quelques centaines de membres, dont la plupart sont actifs depuis plusieurs années localement ou plus largement sur le front de la lutte à la corruption.

Pour préserver sa neutralité et sa coalition, la Ligue n'intervient pas habituellement sur la scène publique en ce qui touche le gouvernement fédéral ou du Québec. La Ligue affiche la même réserve relativement aux villes québécoises importantes où elle compte des membres individuels parmi les élus de toutes les factions locales.

Plus récemment, la Ligue fut présente à l'Assemblée nationale pour défendre ses positions relativement au projet de loi, elle a aussi apporté son concours à la mise sur pied du Comité public de suivi des recommandations de la commission Charbonneau.

I. Introduction

L'introduction du projet de loi 61 nous avait renversés. Plusieurs dispositions étaient dangereuses lorsqu'appliquées pour l'intégrité des marchés publics.

Le projet de loi 61 répond à toutes nos appréhensions de ce côté-là. Il va même plus loin. Nous comprenons que le gouvernement a pensé à l'importance de se doter de mécanismes plus efficaces de surveillance des contrats publics lorsque ce dernier en lance énormément d'un seul coup, ce qui semble être l'intention de départ. En effet, une telle accélération de projets d'infrastructure pourrait rendre tentant au crime organisé de s'y introduire ou d'y consolider sa présence.

Avant tout chose, nous saluons la décision du gouvernement d'imposer la remise de documents de la part des sous-traitants. L'article 4, par exemple, est un excellent ajout aux pouvoirs de l'Autorité des marchés publics. Nous vous recommandons d'ailleurs de les incorporer directement à la Loi sur l'Autorité des marchés publics (LAMP).

Ce mémoire ne portera d'ailleurs que sur les mesures supplémentaires proposées pour l'Autorité des marchés publics (ci-après AMP). Nous voyons d'un très bon œil l'ensemble des modifications retenues, mais nous pensons qu'une autre devrait être ajoutée au projet de loi 66. C'est ainsi que nous essayerons de vous convaincre d'ajouter au pouvoir de l'AMP la possibilité de faire son travail non seulement envers les organismes publics, mais aussi à l'endroit des contractants et sous-contractants, à travers 3 propositions d'amendement « prêt-à-adopter ».

II. Extension de la juridiction de l'Autorité des marchés publics

Malgré ces bons changements, nous remarquons que le gouvernement fait encore l'impasse sur un pouvoir important pour les organismes de surveillance des marchés publics : la possibilité de surveiller les contractants et les sous-contractants.

Nous allons maintenant vous démontrer que l'AMP fait totalement l'impasse sur les problèmes qui peuvent surgir du privé pour ne se concentrer qu'exclusivement sur les organismes publics, que ce soit dans la LAMP ou dans le projet de loi 66.

Voici, concrètement et expliqué, ce que dit l'article 21 de la LAMP. Il donne les fonctions de l'AMP. Ces fonctions pour son paragraphe 1 et de facto son paragraphe 2 sont d'agir à la suite d'une plainte. Or le chapitre sur les plaintes de la loi ne parle que des manquements de l'organisme public. Aussi, les deux paragraphes ne peuvent être appliqués qu'en raison de manquement de l'organisme public. Le paragraphe 3 est la fonction de maintien de cohérence des processus contractuels, le 4 est la fonction d'examen de la gestion contractuelle des organismes publics, la fonction 5 la veille et la 6 et 7 sont en gros « le reste » qui concerne grosso modo les registres d'entreprises interdites et autorisées. L'article 22 ne s'applique que dans le cas où le paragraphe 4 (gestion contractuelle de l'organisme public) s'applique. Donc la fonction de vérification que donne l'article 22 ne s'applique QUE dans le cas d'un manquement d'un organisme public. Les articles 22 à 28 parlent de cette vérification d'organismes publics. Les ordonnances et recommandations (articles 29 à 33) de facto ne portent que sur ce que devra faire l'organisme public en question pour donner suite à la vérification ou à l'enquête.

En résumé, toute la question de la vérification et ce qui en découle ne peut porter que sur les manquements des organismes publics parce que ce sont eux qui sont explicitement visés au paragraphe 4 de l'article 21 ou plus subtilement aux paragraphes 1 et 2 de ce même article.

Le projet de loi 66 ne résout pas ce problème visiblement. En premier lieu, il ajoute avec son article 4 la possibilité pour l'AMP de forcer les contractants et sous-contractants de lui donner des documents pertinents. C'est une bonne chose. Cela étant, il ne peut le faire que lorsque sont activés

l'article 3 du projet de loi (fonction de veille), le paragraphe 1 ou 2 de l'article 21 de la LAMP (plainte en vertu d'un manquement de l'organisme public) ou paragraphe 5 (fonction de veille).

Ensuite, l'article 5 permet à l'AMP de ne pas passer par une plainte pour faire ses fonctions de vérification et d'enquête et ajoute l'aspect que « l'organisme public n'apparaît pas à agir, à l'égard de ce processus ou de ce contrat, en conformité avec le cadre normatif ». Ici encore, nous comprenons que l'AMP est un surveillant non pas des marchés publics, mais seulement des organismes publics.

L'article 6 sur les pouvoirs directs qu'a l'AMP sur le processus contractuelle est lui aussi très clair : l'AMP peut ordonner des mesures correctrices à l'organisme public, suspendre un contrat. Bref, ce que peut faire le bureau de l'inspecteur général de la Ville de Montréal (BIG) lui aussi. Il y a cependant une différence énorme entre les deux. La LAMP prévoit que ces pouvoirs de résiliation, suspension et correction ne sont possibles que dans le cadre d'une vérification ou d'une enquête au sens de la loi et donc dans le cadre d'un manquement de l'organisme public (pour faire suite à une plainte ou un examen de l'organisme public). Le projet de loi 66 ajoute que ces pouvoirs se feront aussi lorsque l'AMP voit qu'un organisme public n'apparaît pas à agir en conformité avec le cadre normatif.

De son côté, le BIG peut effectuer une annulation, une résiliation ou une suspension de processus dans deux cas : 1) «S'il constate le non-respect d'une des exigences des documents d'appel d'offres ou d'un contrat, ou que des renseignements donnés dans le cadre du processus de passation d'un contrat sont faux» ou 2) «s'il est d'avis que la gravité des manquements constatés justifie l'annulation, la résiliation ou la suspension».

Dans la Charte de la Ville de Montréal, il n'est pas précisé qui commet la faute ce qui permet une latitude très appréciable pour le BIG. Cela lui a permis par exemple de résilier un contrat avec un sous-contractant transportant de la neige qui avait surfacturé la Ville de Montréal.

Nous ajoutons par ailleurs que lors des débats sur le pouvoir du BIG, le ministre expliquait l'article 8 (« L'inspecteur général a pour mandat de surveiller les processus de passation des contrats et l'exécution de ceux-ci par la ville ou par une personne morale visée au paragraphe 1^o du cinquième alinéa de l'article 57.1.9. ») :

“Alors, cet article est important, il circonscrit le mandat de l'inspecteur général. Le premier volet du mandat est de surveiller les processus de passation des contrats et l'exécution de ceux-ci. Les contrats de la ville sont ainsi surveillés de même que les contrats des personnes liées à la ville, c'est-à-dire celles qui soit font partie du périmètre comptable de la ville, soit ont un conseil d'administration composé d'une majorité de membres nommés par la ville ou un de ses mandataires, soit ont la majorité de leurs parts ou actions votantes détenues par la ville ou un de ses mandataires. Il y en a 18, je pense, si ma mémoire est bonne.”

Deux volets donc : dans un premier temps, à quelle phase du processus? Passation et exécution et ensuite, dans un second temps, les processus et contrats de qui? De la Ville et des personnes liées.

Enfin, un troisième argument démontre la différence de philosophie entre le BIG et l'AMP. On peut le trouver dans l'article 57.1.8 : « L'inspecteur général recommande au conseil toute mesure visant à prévenir les manquements à l'intégrité dans le cadre de la passation des contrats par la ville ou dans le cadre de leur exécution. ». Le BIG ici recommande des mesures sur l'exécution des contrats par le privé, pas par le public, évidemment.

En bref, le BIG s'occupe du privé, pas l'AMP.

La Commission Charbonneau souhaitait l'établissement d'un acteur qui soit capable de surveiller les marchés publics et de soutenir les donneurs d'ouvrage publics (DOP). Or, ces marchés sont composés eux-mêmes du privé qui, comme l'a montré la Commission Charbonneau, peut être composé de firmes à problèmes : collusionnaires, corruptrices ou fraudeuses. Assainir les marchés publics impose que le législateur et l'AMP élargissent l'idée qu'ils se font du travail de ce dernier en ajoutant à ses pouvoirs et à sa vision l'ensemble des acteurs privés lors d'un contrat public. Concrètement, nous voulons que l'Autorité des marchés publics ne se concentre plus uniquement sur les organismes publics, mais qu'elle touche aussi aux contractants, comme peut le faire le BIG.

Nous tenons aussi à préciser que ce n'est pas uniquement le contractant qui peut poser problème, mais aussi le sous-contractant

La notion de sous-contrat public est totalement inexistante au sein de la LAMP. Une exception se trouve dans l'idée que l'AMP doit donner une certification aux entreprises pour avoir le droit de contracter avec l'état québécois que ce soit pour le contrat principal ou un sous-contrat, pour des

contrats d'un certain montant¹. Il nous semble voir dans ce pouvoir une assise sur laquelle nous pouvons nous appuyer pour comprendre que l'intégrité des marchés publics passe aussi par les sous-contrats. Après tout, si nous semblons dire que ce n'est pas le problème de l'État de voir ce qui se passe du côté de ces derniers, nous ne voulons quand même pas que les sous-contractants soient des acteurs interdits dans nos marchés publics. Nous proposons ici de supprimer cette incohérence et d'embrasser pleinement l'idée que les sous-contrats sont payés par l'argent public, sont offerts à des entreprises qui, même si c'est indirectement, ont le privilège de faire affaire avec l'État.

Il n'est pas difficile de comprendre, au vu de la liste des infrastructures prévues en annexe, que le montant en sous-contrat risque d'être gigantesque, et ce même si seulement une partie de la liste se réalise.

Nous ajoutons aussi que l'Autorité des marchés publics a été pensée par la Commission Charbonneau aussi comme un vérificateur de la sous-traitance dans les marchés publics comme le montre la page 93 du tome 3 du rapport : « Afin de réaliser ce mandat, l'AMP aurait cependant besoin d'accéder à des informations de qualité en temps opportun sur les soumissionnaires et les adjudicataires; les modes de sollicitation, les règles d'adjudication et de réalisation des projets; les comités de sélection; les professionnels intervenant dans les projets; les sous-traitants retenus par les entrepreneurs, etc. ». C'était un « tout en un ».

Enfin, nous rappelons encore que la notion de sous-contrat public se trouve dans les fonctions et pouvoirs du BIG comme nous l'avons démontré plus haut.

¹ Cela dépasse le cadre de cette loi, mais nous tenons à vous signifier qu'il est aberrant de penser qu'une entreprise problématique puisse obtenir un contrat public et donc de l'argent public parce que le montant de ce contrat serait en dessous d'un seuil. On ne veut pas faire affaire avec de mauvaises entreprises, point à la ligne. Nous vous proposons de réfléchir à l'abolition des seuils.

III. Recommandations et analyse

Dans cette section, nous présentons l'ensemble de nos recommandations. Est écrit en rouge ce que nous ajouterions. Tout ce qui provient de la loi est *en italique*.

Recommandation 1 : modifier l'article 4 pour qu'il se lise désormais :

*Un soumissionnaire, un contractant, un sous-contractant et toute autre personne ou société de personnes doivent, sur demande de l'Autorité des marchés publics, lui transmettre ou autrement mettre à sa disposition dans le délai qu'elle indique tout document et tout renseignement concernant un contrat public ou un sous-contrat public jugés nécessaires à l'exercice de ses fonctions **prévues à l'article 5** et au premier alinéa de l'article 3 de la présente loi ou aux paragraphes 1°, 2° ou 5° du premier alinéa de l'article 21 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics.*

Nous ajoutons la nécessité de transmettre les documents lorsque l'AMP décide d'examiner un contrat public ou un sous-contrat public avec le nouveau pouvoir que nous lui conférons en modifiant l'article 5 (avec la prochaine recommandation).

Recommandation 2 : modifier l'article 5 pour qu'il se lise désormais :

*En outre des fonctions qui lui sont attribuées conformément aux paragraphes 1° et 2° du premier alinéa de l'article 21 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics, l'Autorité des marchés publics a pour fonction d'examiner un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public ou l'exécution d'un tel contrat **ou d'un sous-contrat public**.*

1. *Lorsque l'organisme public concerné n'apparaît pas agir, à l'égard de ce processus ou de ce contrat, en conformité avec le cadre normatif.*
2. ***Lorsque l'Autorité des marchés publics constate le non-respect d'une exigence des documents d'appel d'offres, d'un contrat, ou du cadre normatif par le contractant ou lorsque des renseignements donnés dans ce cadre sont faux.***

3. Lorsque l'Autorité des marchés publics constate le non-respect du cadre normatif par le sous-contractant ou lorsque des renseignements donnés dans ce cadre sont faux.

Dans le cadre du premier alinéa, lorsque l'examen de l'Autorité porte sur un processus d'adjudication ou d'attribution en cours, les articles 48 et 49 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics et le deuxième alinéa de l'article 50 de cette loi s'appliquent, selon le cas, avec les adaptations nécessaires.

En premier lieu, nous modifions la juridiction de l'Autorité des marchés publics pour qu'elle puisse examiner l'adjudication, l'attribution ou l'exécution d'un contrat public, non pas dans le cadre d'un non-respect des règles de l'organisme public par l'organisme public – comme c'est le cas en ce moment, tel que nous l'avons démontré longuement dans la partie II. de ce présent mémoire -, mais parce qu'elle découvre un manquement du contractant à la vue des exigences des appels d'offres, du contrat ou du cadre normatif.

De la même manière, nous ajoutons à son viseur les sous-traitants lorsque l'Autorité constate un manquement de ce dernier vis-à-vis des normes applicables.

Aussi, afin d'éviter que les articles 48, 49 et 50 s'appliquent lorsque c'est un contractant qui est contacté pour son travail avec un sous-contractant, nous précisons qu'on ne parle ici que du premier alinéa, qui concerne le public.

L'article 48 prévoit de parler de reporter les dépôts de soumissions et de conclusion du contrat. Nous pensons que si ce pouvoir est approprié pour le public, il ne l'est pas pour le privé. Nous voyons mal l'Autorité des marchés publics aller voir un contractant pour l'ordonner de reporter son travail avec un sous-contractant.

L'article 49 prévoit le délai pour la décision de l'AMP, après avoir reçu des observations d'un organisme public et de la possibilité d'avoir un délai supplémentaire. Il ne s'appliquera pas dans les cas présentés.

L'article 50 prévoit l'envoi de la décision de l'AMP à l'organisme public. Avec les ajustements, nous parlerions d'envoi de la décision au contractant. Pour la même raison que l'article 49, nous croyons qu'il ne faut pas assujettir l'AMP à cet article.

Lorsque nous adoptons une telle modification à l'article 5, nous modifions de facto la portée de l'article 6. Ainsi, l'arrêt d'un contrat par l'Autorité des marchés publics pourra aussi se faire en fonction de l'examen du travail d'un contractant ou d'un sous-contractant prévu désormais à l'article 5.

La recommandation 1 qui modifie la capacité de l'AMP d'obtenir des documents devient alors plus clair : nous voulons qu'elle puisse exiger lesdits documents lorsqu'elle constate que le contractant ou le sous-contractant ne respecte pas sa part du marché.

Recommandation 3 : Ajouter un alinéa 3 à l'article 6 et qu'il se lise comme suit :

4. Recommander à un contractant des mesures correctrices, de réaliser des suivis adéquats ou de mettre en place toute autre mesure telles des mesures de surveillance ou d'accompagnement visant à s'assurer que l'exécution d'un contrat public est conforme aux exigences des documents d'appel d'offres ou des autres documents contractuels;

Nous proposons en sus d'ajouter un pouvoir non contraignant à l'endroit des contractants lorsqu'une problématique est constatée à l'égard des sous-contractants. En soi, une enquête est intéressante pour l'AMP dans son travail et dans sa compréhension des marchés publics, mais nous pensons que d'émettre des recommandations pour un contractant serait une excellente chose.

Premièrement, nous pensons qu'un pouvoir coercitif envers le contractant, s'il peut se révéler fort utile, a des implications trop importantes dans l'idée qu'il implique sur le rapport entre contractant, sous-contractant et organisme public. Nous n'y sommes pas opposés par principe, mais nous préférons rester extrêmement prudents en la matière. Aussi, nous préférons vous recommander un pouvoir non coercitif qui pourra quand même grandement aider.

Deuxièmement, un pouvoir de recommandation est utile quoi qu'il en soit. Nous croyons qu'un sous-contractant peut travailler activement contre un contractant et par extension contre l'organisme public et l'intérêt public. Ce dernier ne pourra qu'être content que l'Autorité des marchés publics, experte en la matière, lui propose des moyens de se protéger des mauvaises intentions potentielles de son sous-traitant.

Troisièmement, cela peut aider l'AMP à déterminer la bonne foi d'un contractant. Si elle n'impose rien, elle peut quand même surveiller l'application ou la non-application de ses recommandations ce qui peut l'aider dans une enquête plus large ou pour démontrer, si cela s'avère utile ultérieurement, la mauvaise foi de son interlocuteur. L'inverse est tout aussi vrai, une organisation privée peut démontrer sa bonne foi en mettant en place les recommandations.

Recommandation 4 : *Que l'ensemble des nouveaux pouvoirs donnés par le projet de loi 66 soient directement transférés dans la loi sur l'Autorité des marchés publics.*

Nous sommes tellement en accord avec l'ensemble des modifications apportées que nous nous expliquons mal qu'elles ne soient pas directement intégrées à la LAMP. Il nous semble qu'il n'est pas nécessaire de procéder par projet pilote. Si vous souhaitez que l'AMP travaille plus activement sur l'ensemble des projets en annexe du projet de loi 66, il nous semble qu'il n'y aura pas de soucis à se faire. L'AMP sait très bien que les grands projets d'infrastructure sont plus "dangereux" et que leur multiplication jouera, tel que nous l'avons dit dans l'introduction, sur les intentions des joueurs privés. Les pouvoirs que vous lui octroyez uniquement dans le cadre des projets en annexe n'aideront pas à lui faire changer d'avis sur l'importance de les surveiller. Intégrer l'ensemble de vos bonnes idées à l'ensemble du travail produit par l'AMP, ainsi que d'augmenter les ressources financières de l'AMP afin qu'elle soit prête à cette multiplication des projets aura le meilleur effet sur son travail.