

LE BUREAU DES SOUMISSIONS DÉPOSÉES DU QUÉBEC: CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES

Claude Fluet

École des sciences de la gestion
Université du Québec à Montréal

*Étude présentée à la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec
Septembre 2003*

1. Introduction

Le Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ) est un organisme privé établi par la Corporation des maîtres électriciens du Québec (CMEQ), la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec (CMMTQ) et l'Association de la construction du Québec (ACQ) pour traiter la transmission des offres de services des entrepreneurs spécialisés aux entrepreneurs généraux dans le cadre de projets de construction. Bien que des bureaux de soumissions existent ailleurs en Amérique du Nord, la situation au Québec est unique par la quasi-obligation qui est faite aux entrepreneurs généraux, pour certaines spécialités dites « assujetties », de ne passer de contrats qu'avec des entrepreneurs spécialisés transmettant leurs soumissions par l'entremise du BSDQ et conformément à son Code de soumissions, sous peine d'amendes et de poursuites civiles. Elle est unique aussi par les exigences d'admissibilité imposées aux offres de services des spécialisées indépendamment de la volonté des parties et des maîtres d'ouvrage.

Le BSDQ résulte d'une entente entre des associations d'entrepreneurs aux fins de réguler la concurrence. Cette entente échappe cependant au pouvoir d'enquête du Commissaire de la concurrence puisqu'elle découle – du moins en partie – de législations québécoises conférant un pouvoir d'autoréglementation à la CMEQ et la CMMTQ. Les pratiques découlant de cette entente n'ont par ailleurs fait l'objet d'aucune analyse avantages-coûts de la part des pouvoirs publics québécois, contrairement aux énoncés de politique gouvernementale en matière d'allégement réglementaire.¹ Le fait que les pratiques découlant du Code de soumissions du BSDQ soient contestées au sein même de l'industrie de la construction justifie également qu'on s'interroge sur leur bien-fondé.

La section 2 développe la problématique étudiée dans ce rapport. La section 3 présente les arguments les plus courants pour justifier l'obligation de recourir au BSDQ. La section 4 discute de la relation entre concurrence, modes de passation des contrats et formation des prix. La section 5 identifie les dispositions du Code de soumissions les plus susceptibles d'avoir un impact défavorable sur les prix. Enfin, la section 6 conclut.

2. Problématique

Les contrats dans l'industrie du bâtiment sont habituellement à forfait. Pour un projet donné, le propriétaire ou *maître d'ouvrage* – ou en son nom l'architecte ou l'ingénieur ayant préparé les plans et devis – lance un appel d'offre auprès d'entrepreneurs généraux. L'entrepreneur général adjudicataire agit alors en tant qu'entrepreneur principal, responsable de l'exécution du projet et du prix du produit. Le plus souvent, une partie des travaux (la plomberie, la maçonnerie, etc.) est sous-traitée à des entrepreneurs spécialisés qui peuvent à leur tour engager des sous-sous-traitants. Dans certains cas, par exemple si le projet consiste surtout en travaux d'une seule spécialité, l'entrepreneur principal peut être lui-même un spécialisé.

Dans la préparation de leurs soumissions, les entrepreneurs généraux se fondent sur leurs propres estimations du prix des travaux spécialisés à effectuer, sur des soumissions obtenues de sous-traitants potentiels ou la négociation de prix et de mandats avec ces derniers. De façon générale, en Amérique du Nord comme en Europe, les modes d'obtention des soumissions et offres de services à destination des entrepreneurs généraux sont très variés, selon l'importance ou la complexité des travaux, et peuvent être plus ou moins formels: télécopieur, courriel, bureaux de dépôt de soumissions, enchères électroniques par internet, etc. Dans ce contexte, un *bureau de dépôt de soumissions* est une agence privée recevant les soumissions écrites adressées aux entrepreneurs principaux par les spécialisés.

¹ Par extension, la réglementation inclut les règles édictées par des organismes non gouvernementaux auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires, notamment en ce qui concerne les limitations de la concurrence pouvant découler des pouvoirs d'autoréglementation conférés à des associations de producteurs (cf. Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation – Synthèse*, Paris, 1997).

Diversité des bureaux de dépôt de soumissions

Le terme *bureau de dépôt* n'a pas de signification technique précise puisqu'il y a une grande diversité de modalités de fonctionnement selon les bureaux. Le dénominateur commun est qu'il s'agit d'un établissement créé par une association professionnelle, en l'occurrence le plus souvent un regroupement d'entrepreneurs spécialisés, avec pour mandat d'assurer la transmission des offres des spécialisés aux généraux selon la procédure de l'appel d'offres sous pli cacheté. Les modalités communes à l'ensemble des bureaux sont les suivantes. Pour un projet donné et sur lequel plusieurs entrepreneurs généraux peuvent être eux-mêmes en concurrence, le bureau reçoit les enveloppes scellées contenant les soumissions des entrepreneurs spécialisés intéressés. À l'heure de clôture annoncée, le bureau achemine les soumissions adressées aux entrepreneurs généraux participants. Cette opération s'effectue généralement peu de temps avant (par exemple 48 heures) l'heure de clôture pour le dépôt des offres des entrepreneurs généraux au maître d'ouvrage. Dans une seconde étape, le bureau ouvre les enveloppes contenant les doubles des soumissions des spécialisés et compile les offres. Il communique alors aux spécialisés participants l'ensemble des offres faites pour les travaux sur lesquels ils ont soumissionné.

Au-delà de ces caractéristiques de base, les bureaux de dépôt peuvent différer considérablement. À un extrême, un bureau n'est guère plus qu'un point de chute pour l'acheminement des offres et l'échange d'information préalable à des relations contractuelles potentielles, sans autre engagement de la part des participants que ce que prévoient les documents d'appels d'offres et le droit commun ou la jurisprudence en matière d'appels d'offres. À l'opposé, certains bureaux ont appliqué ou tenté d'appliquer des règles contraignantes. Par exemple, un bureau pouvait imposer des conditions d'admissibilité pour les offres des sous-traitants; il pouvait imposer aux entrepreneurs généraux participants, pour les travaux où ils étaient en appel d'offres, de ne contracter qu'avec les spécialisés participants ou encore exiger qu'ils acceptent nécessairement la soumission la plus basse sans autres considérations, etc.

Un bureau de dépôt peut représenter pour les entrepreneurs destinataires un moyen commode de recevoir rapidement un grand nombre d'offres de sous-traitance. L'historique des bureaux en Amérique du Nord montre cependant que ceux-ci ont généralement été mis sur pied sur l'initiative d'associations d'entrepreneurs spécialisés. L'objectif premier était d'éliminer ou réduire les négociations ou marchandages sur les prix entre spécialisés et généraux, notamment les séquences d'offres et contre-offres successives stigmatisées par les associations de spécialisés comme des pratiques « déloyales » contraires à l'éthique de l'industrie.² De fait, depuis leur apparition dans les années 1930, la plupart des bureaux de dépôt en Amérique du Nord ont été, à un moment ou un autre, associés à des pratiques restrictives visant à imposer aux entrepreneurs généraux l'obligation de ne contracter avec des spécialisés que par des soumissions fermes transmises par l'intermédiaire des bureaux, compte tenu par ailleurs de conditions d'admissibilité sur les soumissions au motif d'assurer la comparabilité des offres. Les bureaux n'ayant généralement pas de moyens légaux de coercition, malgré le lobbying pour faire adopter des législations ou réglementations en ce sens, les méthodes pour

² Dans l'industrie, on parle de *bid peddling* et de *bid shopping*.

faire respecter l'obligation d'utiliser les bureaux allaient des pressions «morales» aux menaces de boycott contre les généraux et spécialisés refusant de se conformer ou aux menaces de boycott contre leurs fournisseurs.³

Aux États-Unis, les pratiques les plus restrictives ont à terme toujours été mises en échec par les lois sur la concurrence. Selon la jurisprudence américaine actuelle, l'établissement par un groupe d'entrepreneurs d'un bureau de dépôt de soumissions susceptible d'imposer des sanctions, de quelque nature que ce soit, aux entrepreneurs refusant de participer ou de se conformer serait considéré en soi comme une infraction au *Sherman Act*. Au Canada, tous les bureaux de soumissions (à l'exception de celui du Québec) qui avaient comme effet de limiter la concurrence ont soit été fermés ou se sont pliés aux recommandations des organismes supervisant la concurrence⁴.

Abstraction faite du Québec, la règle générale au Canada est que les entrepreneurs généraux et spécialisés peuvent contracter comme ils l'entendent, sauf quand le maître d'ouvrage exige que les offres des corps de métiers passent par un bureau de dépôt. À titre d'exemple, les directives pour l'octroi de contrats par le gouvernement fédéral précisent que les offres des sous-traitants ne doivent être présentées par l'entremise d'un bureau de dépôt que si l'autorité contractante le spécifie. De plus, le recours aux bureaux de dépôt doit se limiter aux spécialités indiquées dans les documents d'appel d'offres. Enfin, les bureaux de dépôt ne doivent limiter en aucune façon le nombre de sous-traitants soumissionnaires ni exiger de garanties (de soumission ou contractuelles) ou disqualifier les soumissions ne répondant pas à ces exigences.⁵

Le Bureau des soumissions déposées du Québec

Dans ce paysage, le Québec fait figure d'exception. Depuis 1964, la *Loi sur les maîtres électriciens* et la *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie* (des corps de métier ayant l'exclusivité de certains travaux) contiennent des dispositions permettant à ces corporations d'établir un bureau de soumissions pour encadrer la manière de contracter de leurs membres. Les articles 24 et 28 de la *Loi sur les maîtres électriciens* (respectivement articles 23 et 27 de la *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*) se lisent comme suit.

³ Les méthodes employées sont décrites dans G. H. Schueller, « Bid depositories », *Michigan Law Review* 58(4), 1960, 497-530. Voir aussi W. H. Orrick, « Trade associations are boycott-prone. Bid depositories as a case study », *Hastings Law Journal* 19, 1968, 505-26. Aux États-Unis, dès 1932, des projets de loi privés ont été déposés périodiquement au Congrès, jusqu'à maintenant sans succès, dans le but de rendre obligatoires les bureaux de dépôts pour les contrats de construction relevant du gouvernement fédéral. Le dernier en date est le *Construction Quality Assurance Act* revendiqué notamment par l'American Subcontractors Association.

⁴ En 1976, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce canadien a mené une enquête sur les Bureaux de soumissions déposées dans l'industrie du bâtiment, en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

⁵ Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, *Politiques sur les marchés. Appendice N – Bureaux de dépôts de soumissions*, avril 1992. Ces directives s'inspirent des recommandations dans *Bureaux de soumissions déposées dans l'industrie du bâtiment*, Commission sur les pratiques restrictives du commerce, Ottawa, 1976.

24. *Le conseil [de la Corporation] peut 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.*

À compter de l'entrée en vigueur d'une telle entente, aucun membre ne peut, sans se rendre coupable d'un acte dérogatoire à l'honneur du métier et être passibles des peines disciplinaires prévues par les règlements, sous réserve de tous recours civils qui peuvent naître de telles infractions :

a) soumissionner de quelque manière pour l'exécution des travaux dans les catégories définie par une entente, autrement que de la façon qu'elle prescrit;

b) contracter pour l'exécution de tels travaux autrement qu'aux prix et conditions de sa soumission déposée suivant cette entente;

c) accorder quelque réduction sur le prix de sa soumission ou verser quelque commission, ristourne, participation ou autre avantage ayant pour effet d'en réduire le prix véritable;

d) chercher à obtenir des renseignements sur une soumission avant qu'elle ne soit ouverte.

28. *Toute personne qui a obtenu, en contravention des dispositions de l'entente, un contrat d'exécution de travaux qui tombent dans l'une ou l'autre des catégories de travaux mentionnés à l'entente, encourt une pénalité égale à 5% du prix du contrat...*

L'objectif de ces dispositions est explicite. En excluant toute autre forme de passation de contrats et toute forme de négociation, l'établissement d'un bureau de dépôt des soumissions vise à « discipliner » la concurrence en matière de prix. Une analyse plus détaillée des conséquences de ces dispositions sur la formation des prix est présentée dans les sections qui suivent.

Les lois régissant la Corporation des maîtres électriciens du Québec (CMEQ) et la Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie (CMMTQ) permettent également à ces corporations d'offrir les services du bureau de dépôt qu'elles auront mis sur pied à d'autres groupes ou associations (article 26 de la *Loi sur les maîtres électriciens*, respectivement article 25 de la *Loi sur les maîtres mécaniciens en tuyauterie*):

26. *Les parties à l'entente peuvent autoriser le bureau des soumissions à rendre, aux conditions qu'elles auront arrêtées, les mêmes services à des personnes exerçant une autre profession ou un autre métier.*

Le Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ), dans une forme proche de sa forme actuelle, résulte d'une entente conclue en 1967 entre la CMEQ, la CMMTQ et la Fédération de la construction du Québec, aujourd'hui Association de la construction du Québec (ACQ).⁶ L'ACQ est une fédération formée de douze associations à adhésion volontaire de fournisseurs, d'entrepreneurs généraux et d'entrepreneurs spécialisés. Ces derniers sont largement majoritaires dans les instances de l'association.

⁶ Au Québec, un premier bureau de soumissions avait vu le jour en 1957 sur l'initiative d'un groupe d'entrepreneurs en électricité et en plomberie de la région de Montréal.

Le BSDQ depuis 1993

Jusqu'en 1993, le recours au BSDQ pour l'acheminement des offres des spécialisés était laissé à la discrétion des entrepreneurs ou des maîtres d'ouvrage, sauf pour les électriciens et mécaniciens en tuyauterie étant donné leurs lois professionnelles et le droit accordé à leurs corporations d'imposer un bureau de dépôt. Un entrepreneur général pouvait en tout temps se soustraire à toute obligation relevant du BSDQ pour les spécialités de son choix en se déposant une soumission à lui-même (soit l'équivalent du prix de réserve que nous verrons plus loin). Cette méthode indiquait aux soumissionnaires concernés l'intention de l'entrepreneur général d'être libéré de ses obligations de contracter avec eux, mais laissait toujours la possibilité aux sous-traitants de contracter avec cet entrepreneur général. De plus, les dispositions du Code rendaient impossible l'imposition d'amendes et de poursuites au civil contre les entrepreneurs généraux.

En novembre 1993, la CMEQ, la CMMTQ et l'ACQ, profitant du fait qu'ils ne font l'objet d'aucune surveillance par un organisme de contrôle, s'entendaient cependant pour modifier les règles du BSDQ de façon à rendre l'utilisation du bureau de dépôt quasi obligatoire pour près de quarante autres spécialités (maçonnerie, couverture, etc.). Le Code du BSDQ⁷ prévoit maintenant qu'un conseil d'administration d'une association régionale de l'ACQ peut assujettir régionalement au BSDQ n'importe quelle spécialité – à l'exception de la plomberie et de l'électricité qui le sont déjà – sans aucune obligation de consulter les entrepreneurs spécialisés concernés, les entrepreneurs généraux et les donneurs d'ouvrage.⁸

Les nouvelles dispositions du Code représentent des changements majeurs à contre courant de ce qui se passe ailleurs en Amérique du Nord. Ainsi, le Code de soumission est maintenant beaucoup plus restrictif en ce qui concerne les conditions pour présenter une soumission, ce qui équivaut à l'établissement de nouvelles barrières à l'entrée dans l'industrie. Il oblige maintenant les entrepreneurs généraux à s'engager par contrat à en respecter les règles, sous peine de ne plus avoir la possibilité de recevoir les soumissions des électriciens et des plombiers. Il abolit la possibilité pour les entrepreneurs généraux de se soustraire aux règles du Code pour les spécialités de leurs choix. Il oblige les entrepreneurs généraux et spécialisés – à l'exception des électriciens et des plombiers – qui ont recours au BSDQ à accepter de se faire discipliner par l'ACQ, même s'ils ne sont pas membres de cette association. Enfin, il facilite (et encourage) les poursuites au civil entre les utilisateurs du BSDQ.

En principe, sauf encore une fois pour les électriciens et les mécaniciens en tuyauterie, le recours au BSDQ est facultatif puisque l'ACQ n'a pas d'autorité légale pour le rendre obligatoire et qu'aucun regroupement de spécialisés ne dispose des mêmes pouvoirs que la CMEQ ou la CMMTQ pour l'imposer à leurs membres. En pratique, l'utilisation du BSDQ est toutefois imposée de la façon suivante. Depuis novembre 1993, le Code de soumissions du BSDQ contient une disposition obligeant les entrepreneurs généraux à signer un engagement d'adhésion au BSDQ comme condition préalable pour l'obtention de soumissions en électricité et en plomberie. Comme ces soumissions

⁷ Annexe 1 du Code du BSDQ

⁸ L'obligation d'utiliser le BSDQ s'applique pour les soumissions de 10 000 \$ et plus et ne vise que les relations entre entrepreneurs principaux et spécialisés, et non par exemple les relations entre spécialisés et leurs sous-sous-traitants.

ne sont pas disponibles autrement que par l'entremise du BSDQ, l'adhésion des entrepreneurs généraux est donc obligatoire à toutes fins utiles. En signant le formulaire d'adhésion, l'entrepreneur général s'engage à se conformer au Code du BSDQ, ce qui inclut notamment l'engagement de ne plus passer de contrats dans les spécialités assujetties qu'avec des sous-traitants acheminant leurs soumissions par l'entremise du bureau de dépôt.⁹ De plus, l'entrepreneur destinataire

«... déclare exiger la fourniture d'un cautionnement de soumission et d'une lettre d'intention [engagement par une société de cautionnement à délivrer un cautionnement d'exécution au soumissionnaire] ou d'une garantie de soumission suivant les dispositions établies dans ce Code et ses annexes.

...accepte en cas de contravention de sa part aux dispositions du Code de payer, à titre de dommages-intérêts et fixée d'avance, une pénalité égale à cinq pour cent (5%) du prix de tout contrat conclu en violation du Code. À défaut par lui de payer la pénalité ci-dessus, une poursuite peut en conséquence être intentée contre lui par l'une des parties...»

Le dispositif forçant le recours au bureau de dépôt est complété par un formulaire d'engagement de même nature pour les entrepreneurs spécialisés désirant présenter des soumissions par l'entremise du BSDQ. En signant le formulaire d'adhésion, un spécialisé – dans l'une des spécialités assujetties – s'engage à ne plus recevoir de contrats de la part d'un entrepreneur principal (ou directement d'un maître d'ouvrage) que conformément au Code du BSDQ et accepte de se voir imposer une pénalité de 5% pour tout contrat obtenu par d'autres voies ou d'être passible de poursuite en ce cas.

L'ensemble de ces dispositions est surprenant eu égard aux lois sur la concurrence. Nonobstant les déclarations d'intention¹⁰, le Code de soumissions est une entente entre concurrents pour réguler la concurrence. À ce titre, on pourrait présumer que cette entente a déjà fait l'objet d'une enquête de la part du Bureau de la concurrence. En vertu du principe de « défense de la conduite réglementée » établi par la jurisprudence, le Bureau de la concurrence n'a cependant pas juridiction pour enquêter sur des conduites qui pourraient s'avérer contraires à la *Loi sur la concurrence*, lorsqu'elles sont autorisées par une législation fédérale ou provinciale.¹¹

Il est peu probable que le législateur québécois a prévu l'extension de l'obligation d'utiliser le bureau de dépôt pour les spécialités qui ne tombent pas sous la juridiction de la CMEQ et de la CMMTQ. Les effets des restrictions aux pratiques contractuelles de ces deux corps de métier méritent examen par eux-mêmes. L'extension de ces restrictions à d'autres corps de métier, par un moyen proche d'une forme de boycott des en-

⁹ L'adhésion au BSDQ comporte une cotisation annuelle de 100 \$ et est réputée en vigueur tant qu'elle n'a pas été formellement révoquée. La révocation ne prend effet que trente jours après que le BSDQ en a été informé.

¹⁰ Selon le préambule du Code, celui-ci vise en particulier «...à permettre au public et particulièrement au maître de l'ouvrage de bénéficier des bienfaits d'une saine concurrence... ».

¹¹ Le Bureau de la concurrence a toutefois fait enquête en 1997-98 sur l'adoption par le BSDQ d'une liste restrictive de sociétés de cautionnement. Dans sa correspondance avec l'ACQ, le Commissaire à la concurrence a précisé que la décision de ne pas porter le Code du BSDQ devant le Tribunal de la concurrence n'avait pas pour effet d'en avaliser les dispositions relativement à la *Loi sur la concurrence*.

trepreneurs généraux qui refuseraient de se conformer, soulève encore plus d'interrogation. En effet, l'adhésion « forcée » des entrepreneurs généraux au Code de soumissions est obtenue par la menace de leur fermer l'accès aux entrepreneurs électriciens et plombiers, ce qui relève d'une tactique classique de boycott et s'apparente aussi aux mesures coercitives – contraires aux lois sur la concurrence – forçant la vente de produits liés.

Dans les faits, une proportion non négligeable de contrats entre entrepreneurs généraux et spécialisés est conclue en contravention au Code du BSDQ, ce qui laisse présumer que ces contrats sont plus avantageux pour les parties puisqu'elles s'exposent à des sanctions en procédant de la sorte. Selon le rapport annuel du BSDQ, celui-ci reçoit annuellement entre 500 et 600 plaintes à cet égard, logées par des spécialisés contre des concurrents ou des entrepreneurs généraux, ce qui donne lieu à environ 900 rapports d'enquête de la part du BSDQ. Lorsqu'une plainte est jugée recevable, le contrevenant est mis en demeure de payer la pénalité de 5% à titre de dommages-intérêts, à défaut de quoi l'une des parties à l'entente (par exemple l'ACQ) intente une poursuite civile. En vertu de leur lettre d'engagement, les entrepreneurs participants s'exposent aussi à des poursuites civiles de la part d'entrepreneurs spécialisés participants qui s'estimeraient lésés par une infraction au Code de soumissions. Il y a peu de détails publiés sur ces plaintes, sauf lorsque l'affaire aboutit devant les tribunaux plutôt que d'être réglées hors cours. Les quelques causes ainsi rendues publiques font état de contrats conclus à des conditions plus avantageuses que le prix de la plus basse soumission conforme déposée au BSDQ.

3. L'adhésion forcée au Code de soumissions

Si toutes les dispositions du Code de soumissions et des lettres d'engagement des entrepreneurs étaient intégralement respectées, la situation dans l'industrie se présenterait comme suit. Premièrement, tous les entrepreneurs généraux auraient l'obligation pratique d'adhérer au BSDQ et par conséquent ne pourraient recevoir d'offres, pour les tranches de travaux relevant des spécialités assujetties, que par l'entremise du BSDQ et conformément à son Code de soumissions.¹² Les offres en question ne pourraient donc provenir que d'entrepreneurs spécialisés décidant d'adhérer au BSDQ, puisque l'adhésion est requise pour présenter une soumission. De plus, en vertu de leur lettre d'engagement et des dispositions du Code, les entrepreneurs spécialisés en question ne pourraient contracter avec les maîtres d'ouvrage eux-mêmes que par le biais de soumissions déposées au BSDQ.

En pratique, la majorité des entrepreneurs spécialisés oeuvrant dans les spécialités assujetties n'adhèrent pas au BSDQ, soit parce qu'ils ne le veulent pas ou qu'ils ne peuvent satisfaire certaines exigences (telles les cautionnements) comme on le verra plus loin. Ces entrepreneurs non engagés – à l'exception des plombiers et des électriciens – sont libres de travailler dans tous les secteurs sans restrictions sans s'exposer à des mesures disciplinaires ou légales. Le problème se pose cependant aux entrepreneurs

¹² On peut évidemment exclure le cas d'entrepreneurs généraux qui ne recevraient jamais d'offres de services en électricité ou plomberie et qui, en conséquence, n'auraient pas besoin d'adhérer au BSDQ.

généraux, puisqu'en vertu de leur engagement au BSDQ ils ne peuvent contracter avec les sous-traitants non engagés sans s'exposer à payer l'amende à l'ACQ ou à des poursuites au civil. En vertu du Code de soumission, les spécialisés non engagés au BSDQ seraient donc en pratique exclus du marché des entrepreneurs généraux, mais ils pourraient présenter des offres directement aux maîtres d'ouvrage ou à d'autres spécialisés, vraisemblablement plus importants, dans le cadre de contrats de sous-sous-traitance.

Une première conséquence du Code de soumission serait donc la segmentation de l'offre des spécialisés, selon que ceux-ci sont adhérents du BSDQ ou non adhérents. Pour tout ce qui concerne les rapports avec les entrepreneurs généraux, les non-adhérents ne pourraient concurrencer les entrepreneurs spécialisés adhérents. Sauf pour ceux qui font directement affaire avec les maîtres d'ouvrage (ou qui opèrent dans des secteurs ne tombant pas sous la coupe du BSDQ), l'essentiel du marché des non-adhérents serait des contrats de sous-sous-traitance avec des spécialisés adhérents. Cette segmentation du marché, qui correspond en gros à l'organisation de l'industrie au Québec, aurait évidemment pour effet de réduire la concurrence dans les offres de service adressées aux entrepreneurs généraux.

Quelques arguments de base sont néanmoins communément invoqués pour justifier les bureaux de dépôt et en particulier le Code de soumissions du BSDQ, y compris l'obligation faite aux entrepreneurs généraux de ne passer de contrats avec les entrepreneurs spécialisés que par l'entremise du BSDQ. En définitive, ces arguments se rattachent à deux catégories de questions. Premièrement, peut-on justifier le caractère *obligatoire* du Code de soumissions ? Plus précisément, l'obligation de se conformer au Code est-elle nécessaire pour prévenir des pratiques indésirables relativement aux intérêts bien compris du maître d'ouvrage, eu égard aux prix et à la qualité des travaux de construction ? Deuxièmement, même si on répondait par la négative à la première question et qu'en conséquence le recours au Code puisse être facultatif, serait-il dans l'intérêt du maître d'ouvrage d'exiger qu'on s'y conforme, dans ses dispositions actuelles ? Si la réponse à cette seconde question était positive, l'obligation de se conformer au Code ne porterait pas tellement à conséquence. Sinon, il convient d'examiner les dispositions du Code qui le rendent indésirable du point de vue des intérêts du maître d'ouvrage. La présente section vise à répondre d'abord à la première question, les deux prochaines sections à la seconde.

L'analogie avec les règles d'octroi de contrats du secteur public

Un argument fréquent est celui selon lequel le Code de soumissions ne fait que reproduire dans le domaine privé une procédure couramment utilisée par les pouvoirs publics, à savoir l'obligation de la mise en concurrence par appel de soumissions fermes et adjudication au plus bas soumissionnaire conforme. Le fait que cette procédure soit requise pour les marchés publics en démontrerait la légitimité, et donc l'utilité, pour l'attribution de contrats entre parties privées. Cet argument est fallacieux.

D'une part, les règles et directives relatives à l'attribution de contrats par l'État ou les collectivités visent à résoudre des problèmes propres aux marchés publics et elles sont déterminées par l'*acheteur*. À l'inverse, le Code du BSDQ est déterminé par l'équivalent d'une coalition de *fournisseurs* et ses dispositions les plus marquantes semblent avoir pour principal objectif d'éviter une trop grande concurrence en prix entre fournisseurs.

Les directives en matière de contrats publics visent évidemment l'obtention de prix favorables, mais elles le font aussi en fonction de contraintes propres aux marchés publics. Les plus évidentes de ces contraintes ont trait à l'obligation de transparence, de façon à éviter le favoritisme voire la corruption. Ces considérations n'ont aucune pertinence pour les contrats entre parties privées: si un acheteur favorise un fournisseur lui offrant un mauvais rapport qualité-prix, ce sera nécessairement à ses dépens – et non aux dépens des tiers payeurs que sont les contribuables. Il se peut évidemment qu'une procédure comme celle du BSDQ s'avère souhaitable du point de vue de l'acheteur, mais on ne voit pas alors pourquoi il faudrait l'imposer.

D'autre part, le Code de soumissions du BSDQ diffère sur un point essentiel des procédures d'appels d'offres utilisées dans le secteur public. En effet, le Code oblige les entrepreneurs généraux participants à accepter la plus basse soumission, sans autres considérations et quel que soit le prix de cette soumission. Dans un appel d'offres public en revanche – comme d'ailleurs dans les appels d'offres de maîtres d'ouvrage privés à l'endroit des entrepreneurs généraux – un budget est normalement annoncé et l'acheteur se réserve le droit de refuser les soumissions si aucune ne respecte la cible budgétaire. La cible budgétaire joue dans ce cas le rôle d'un *prix de réserve* de la part de l'acheteur, au-delà duquel celui-ci peut refuser toutes les soumissions reçues¹³ et retourner en appel d'offres. Ce nouvel appel d'offres est ouvert à tous les entrepreneurs généraux du Québec. En revanche, même dans le cas où un nouvel appel d'offre est autorisé par le BSDQ, le Code de soumissions limite la concurrence aux sous-traitants qui ont déposé une soumission lors du premier appel d'offres¹⁴. Comme le montre la prochaine section, la possibilité pour l'acheteur d'avoir implicitement ou explicitement un prix de réserve joue un rôle fondamental et elle a des conséquences importantes sur les propriétés des procédures d'appel d'offres.

Le Code de soumission du BSDQ diffère également sur plusieurs autres points des procédures pour les contrats publics. Par exemple, dans le secteur public le soumissionnaire ne peut retirer sa soumission après l'avoir déposée sans devoir verser au donneur d'ouvrage le montant du cautionnement de soumission (habituellement 10% du montant de la soumission). Au BSDQ un soumissionnaire peut retirer sa soumission jusqu'à 8 heures avant que l'entrepreneur général ne dépose sa propre soumission au donneur d'ouvrage¹⁵, sans devoir payer aucune pénalité sinon celle prévue au Code qui est de 1% du montant de la soumission avec un maximum de 5 000\$. Il est clair qu'une telle disposition peut donner lieu à des abus. Par ailleurs, la soumission adressée à un donneur d'ouvrage public par un entrepreneur général inclut tous les travaux et ne comporte pas de « dédoublement », au risque de pénaliser la soumission. En comparaison, dans la procédure du BSDQ, une soumission adressée par un sous-traitant à un entrepreneur général doit inclure tous les travaux (matériaux et installation) d'une section de

¹³ Les appels d'offres publics contiennent généralement l'indication suivante : « Le propriétaire ne s'engage à accepter ni la plus basse, ni aucune des soumissions reçues. » Pour les contrats publics de construction au Québec, la possibilité de ne pas donner suite à un appel d'offres, après l'ouverture des soumissions, est explicitement prévue à l'article 19 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et organismes publics* (Conseil du trésor, Québec).

¹⁴ Sauf si deux soumissions ou moins ont été reçues par le BSDQ dans cette spécialité ou que le projet a été reporté d'un an.

¹⁵ Chapitre F du Code du BSDQ

devis et de ce fait le risque de dédoublement est élevé. Par exemple, plusieurs sous-traitants devront inclure dans leurs soumission le coût des échafaudages (maçon, revêtement métallique, fenêtres, etc.), alors qu'en pratique les mêmes échafaudages pourraient servir pour différents travaux, d'où des coûts totaux plus élevés par suite des dédoublements. Il en est de même pour une multitude d'éléments qui peuvent être spécifiés dans plus d'une section de devis.

L'analogie avec les règles du secteur public néglige aussi le fait que la plupart des codes de marchés publics prévoient en réalité une grande diversité de méthodes d'attribution de contrats, chacune avec ses avantages et ses inconvénients.¹⁶ Cette diversité vise à pallier le caractère mécanique – et donc indésirable dans certaines circonstances – de l'appel d'offres avec adjudication au plus bas soumissionnaire : par exemple, appel d'offres restreint ou « sur invitation » ne s'adressant qu'à des fournisseurs ayant donné satisfaction à d'autres occasions; appel de soumissions avec attribution sur la base de l'offre « globalement la plus avantageuse », ce qui implique une pondération (parfois implicite et laissée à la discrétion de l'autorité contractante) entre des éléments de prix et de qualité; des modalités de contrats négociés de gré à gré, etc.¹⁷

Cette diversité vise à procurer les avantages, en fonction des circonstances, que permet la liberté contractuelle caractérisant les relations entre parties privées. Évidemment, plus une procédure est souple (ou moins elle est transparente), plus elle ouvre la porte dans le cas des marchés publics à des abus indéfendables du point de vue la collectivité. Le problème ne se pose justement pas de la même manière dans les contrats entre parties privées. Ainsi, un acheteur privé peut parfaitement trouver son compte à « favoriser » un ou des fournisseurs, même si leurs prix sont plus élevés, de façon à les inciter à donner satisfaction dans le contexte d'une relation à long terme (c'est-à-dire sur plusieurs contrats successifs). Cet arbitrage prix-qualité est particulièrement difficile à spécifier dans le cadre de procédures formalistes, où par souci de transparence peu de discrétion est laissée à l'autorité contractante. C'est d'ailleurs ce qui constitue la principale limite des ces procédures.

Négociations et marchandages sur les prix

Le Code de soumission du BSDQ et l'obligation de s'y conformer visent explicitement à éliminer les négociations ou marchandages sur les prix. À l'encontre des prix négociés, on invoque généralement les arguments suivants: (i) la possibilité de négocier ou plus spécifiquement de renégocier des prix dissuaderait les fournisseurs de fournir d'emblée leur « meilleur prix » ; (ii) elle dissuaderait les fournisseurs « sérieux » de

¹⁶ Cf. M. Mougeot M. et F. Naegelen (1997), « Marchés publics et théorie économique : un guide de l'acheteur », *Revue d'économie politique* 107(1), 3-31.

¹⁷ On peut consulter les directives des Conseils du trésor au Canada, la *Federal Acquisition Regulation* pour les contrats fédéraux aux États-Unis, le *Code des marchés publics* en France, etc. Par exemple, pour les appels d'offres sur invitation, l'article 85 du règlement sur les contrats publics au Québec prévoit la possibilité de négocier le prix avec le fournisseur ayant présenté la plus basse soumission, lorsque ce prix accuse un écart important avec l'estimation initiale de l'acheteur. Le Code du BSDQ permet de négocier également avec le plus bas soumissionnaire. Toutefois, en cas d'impasse l'entrepreneur général est quand même tenu de lui octroyer le contrat au montant de sa soumission.

supporter les coûts de préparation d'une soumission réfléchie, sachant qu'on pourrait utiliser leur offre pour aller négocier des rabais auprès de concurrents; (iii) les marchandages de rabais se font au détriment des spécialisés et au profit des entrepreneurs généraux, sans que le maître d'œuvre en bénéficie; (iv) ils se font aussi au détriment de la qualité des prestations de service des entrepreneurs spécialisés et donc en définitive au détriment du maître d'ouvrage.¹⁸

Ces arguments seront en partie discutés dans la section qui suit. Cependant, même si l'on admettait leur bien-fondé, aucun d'eux ne justifierait l'*obligation* de recourir au bureau de dépôt. En effet, s'il est vrai que le respect du Code de soumissions favorise l'obtention d'offres au « meilleur prix », des soumissions plus réfléchies ou des prestations de plus grande qualité, il devrait être dans l'intérêt du maître d'ouvrage de spécifier dans les documents d'appels d'offre que les soumissions des entrepreneurs spécialisés aux entrepreneurs généraux soient déposées conformément au Code. Si cet intérêt était réel, le Code devrait laisser entière liberté au maître d'ouvrage. Or au Québec cette liberté n'existe pas puisque le Code s'applique nonobstant la volonté du donneur d'ouvrage¹⁹ pour toutes les spécialités assujetties.

On peut concevoir que le maître d'ouvrage puisse avoir intérêt à faire valoir dans les documents d'appel d'offres qu'il respectera certains engagements ou que les entrepreneurs généraux qui recevront les soumissions les respecteront (par exemple, l'engagement d'attribuer le contrat au plus bas soumissionnaire, peut-être sous condition d'un prix de réserve). De tels engagements peuvent être utiles pour l'acheteur s'ils incitent les fournisseurs potentiels à soumissionner de manière appropriée, même si *après coup* l'acheteur pouvait être tenté de revenir sur les engagements pris, une fois les soumissions reçues. Ces engagements sont de nature contractuelle et relèvent en conséquence du droit commun. La possibilité de recours en justice, pour manquement aux engagements précisés dans des documents d'appels d'offres, fournit alors une certaine assurance que les engagements en question seront respectés. Les recours individuels en justice sont cependant coûteux, de sorte qu'on peut concevoir qu'il soit utile de recourir à une agence comme le BSDQ. Il reste que rien dans cette argumentation ne justifie l'obligation préalable de se conformer au Code de soumissions.²⁰

Enfin, même en supposant que le maître d'ouvrage omette par mégarde d'exiger que les soumissions des spécialisés soient faites conformément au Code, est-il dans l'intérêt du maître d'ouvrage qu'on impose aux entrepreneurs généraux de s'y conformer ? Les justifications à cet effet sont également fragiles. En effet, d'une part les entrepreneurs généraux sont en concurrence relativement au prix qu'ils soumettront au maître d'ouvrage. Ils n'ont donc pas intérêt, dans leurs relations avec des sous-traitants, à choisir un mode d'attribution de contrats qui augmenterait leur propre prix de revient. D'autre part, l'entrepreneur général adjudicataire est responsable de la qualité

¹⁸ Certains de ces arguments apparaissent explicitement dans le préambule du Code de soumissions. On en trouve une discussion dans J. F. Stewart, « Bid depositories and antitrust », *Journal of Forensic Economics* 2(3), 1989, 31-54.

¹⁹ Article B-2 du Code.

²⁰ On peut ajouter que, même en l'absence de toute menace de sanction légale, des parties peuvent avoir intérêt à respecter les engagements pris. Par exemple, un entrepreneur qui y manquerait acquerrait rapidement une réputation en conséquence, ce qui constituerait un handicap lors d'appels d'offres ultérieurs s'il est vrai que les engagements en question jouent un rôle utile.

d'ensemble des travaux vis-à-vis du maître d'ouvrage, de sorte que toute lacune à cet égard sera à ses dépens et qu'il n'a donc pas intérêt de se mettre dans la situation de recevoir des prestations de mauvaise qualité. Autrement dit, les entrepreneurs généraux sont dans la même situation que le maître d'ouvrage lui-même.

4. Appels d'offres et concurrence

L'une des justifications du Code de soumissions est que chaque soumissionnaire serait incité à fournir d'emblée son « meilleur prix ». Il est exact que, dans certaines circonstances et sous des conditions précises, la procédure standard de l'appel d'offres sous pli cacheté avec adjudication au plus bas soumissionnaire permet à l'acheteur de minimiser son coût d'achat. Même dans les conditions les plus favorables, l'affirmation relative au « meilleur prix » porte néanmoins à confusion car elle néglige les comportements stratégiques dans l'élaboration d'une soumission et en particulier l'effet du nombre de soumissionnaires et le rôle du prix de réserve de l'acheteur. L'intérêt d'une procédure formelle d'adjudication, comparativement à d'autres méthodes de passation des contrats, dépend à la fois du détail de la procédure et des circonstances ou conditions dans lesquelles elle est utilisée. Cette section discute des propriétés de base des procédures d'appels d'offres, avant d'aborder les dispositions spécifiques du Code du BSDQ dans la prochaine section.

*Procédures formelles d'appels d'offres*²¹

La situation la plus simple est celle où un acheteur fait face à un nombre donné de fournisseurs potentiels et où les conditions suivantes sont satisfaites: (i) le bien ou service à livrer est parfaitement défini; (ii) les fournisseurs considérés ne diffèrent que par leur coût de production et sont tous également en mesure de produire le bien ou service en question, en ce sens qu'il n'y a pas de différences de « qualité » ou de garanties financières entre fournisseurs; (iii) chaque fournisseur connaît parfaitement son coût de production (mais pas nécessairement celui de ses concurrents), autrement dit il n'y a aucune incertitude sur les coûts. Ces conditions ne seront bien sûr pas toujours satisfaites et on les nuancera par la suite.

Le coût de production s'interprète ici comme le *coût d'opportunité* du fournisseur, c'est-à-dire ce qu'il doit sacrifier en temps, en ressources, en occasions d'affaires, etc. pour livrer le bien ou service.²² En l'absence d'autres considérations, le coût d'opportunité détermine le *prix de réserve* du fournisseur au sens où celui-ci serait prêt à conclure un contrat à n'importe quel prix supérieur à son prix de réserve (plutôt que de n'avoir

²¹ Il y a une énorme littérature scientifique sur ces questions. On peut consulter en particulier R. Preston McAfee, « Auctions and bidding », *Journal of Economic Literature* 25, 1987, 699-738 ; F. Naegelen, *Les mécanismes d'enchères*, Economica, Paris, 1988; P. Klemperer, « Auction theory : a guide to the literature », *Journal of Economic Surveys* 13(3), 1999, 227-286.

²² Les coûts d'opportunité varient entre fournisseurs parce qu'ils ont des capacités de production différentes, parce qu'au moment de l'appel d'offres différents fournisseurs ont des carnets de commande diversément remplis, etc.

aucun contrat), mais refuserait tout contrat à un prix inférieur. Le problème de l'acheteur est qu'il ne connaît pas les prix de réserve des fournisseurs et qu'il n'est donc pas en mesure d'identifier celui qui serait susceptible de lui faire la meilleure offre.

Quelle que soit la procédure utilisée pour l'appel d'offres, un fournisseur n'a jamais intérêt à proposer un prix inférieur à son prix de réserve ou coût d'opportunité. Dans l'*appel d'offres sous pli cacheté* (et adjudication au plus bas soumissionnaire), les stratégies de soumission sont complexes puisque aucun fournisseur ne connaît les coûts de ses concurrents et donc les offres qu'ils présenteront. Dans l'élaboration de sa soumission, chaque fournisseur met en balance deux objectifs contradictoires. D'une part, il recherche le surplus le plus élevé possible s'il gagne, ce qui l'incite à soumissionner haut; d'autre part, il cherche à maximiser sa probabilité de gagner, ce qui l'incite à soumissionner bas (bien que jamais en deçà de son prix de réserve). Son prix de soumission est donc de la forme:

$$\text{prix soumis} = \text{coût d'opportunité} + \text{marge stratégique.}$$



Figure 1

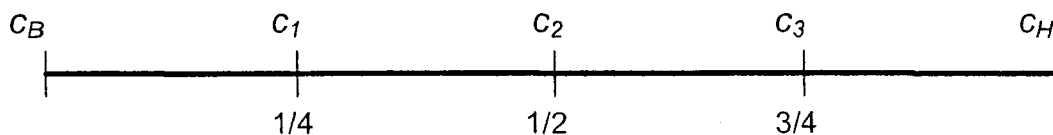


Figure 2

La «marge stratégique» reflète l'arbitrage que fait le fournisseur entre les deux objectifs que l'on vient de décrire. Cet arbitrage dépend de l'intensité de la concurrence. L'étude des comportements stratégiques dans cette procédure montre que la marge incluse dans les prix de soumission est d'autant plus faible que le nombre de soumissionnaires est grand. En effet, plus le nombre de concurrents est élevé, plus un niveau de marge donné risque de faire perdre le contrat, ce qui incite chaque soumissionnaire à réduire cette marge dans le choix de son «meilleur prix». Autrement dit, plus le nombre de participants à l'appel d'offres est grand, plus chacun d'eux est incité à proposer un prix proche de son coût d'opportunité. Il s'ensuit que le prix payé par l'acheteur est d'autant plus faible que le nombre de soumissionnaires est élevé.

Un mécanisme formel d'adjudication plus facile à analyser est la procédure appelée *enchère inversée*. Pour certains biens ou services, celle-ci est maintenant fréquente dans sa version électronique en direct sur internet.²³ Comme dans l'enchère orale bien connue pour la vente d'objets d'art, mais de manière inversée, les fournisseurs se font concurrence en rajustant leur prix à la baisse par rapport au plus bas prix annoncé par un concurrent. Le processus prend fin lorsque aucune nouvelle offre plus basse n'est présentée et que l'heure de clôture prévue expire. Dans ce processus, la stratégie de chaque participant est de sous-enchérir tant que le plus bas prix offert par ses concurrents demeure supérieur à son propre coût d'opportunité. Bien que l'enchère inversée ne soit pas la procédure formelle la plus courante, elle présente l'intérêt de constituer un cas limite des processus informels de négociation séquentielle où les fournisseurs potentiels sont mis en concurrence en étant informés des offres faites par leurs concurrents. De façon approximative, la négociation séquentielle aura donc des propriétés analogues à celle de l'enchère inversée. De plus, il sera utile de comparer les propriétés de l'enchère inversée à l'appel d'offres standard avec enveloppes scellées.

L'issue d'une procédure d'enchère inversée est illustrée à la figure 1, où l'on suppose que les coûts de production possibles sont compris dans l'intervalle entre la borne inférieure c_B et la borne supérieure c_H . Dans l'exemple, il y a trois soumissionnaires dont les coûts ou prix de réserve sont C_1 , C_2 et C_3 . Dans le déroulement de l'enchère, le fournisseur 3 se retire dès que le plus bas prix offert tombe en dessous de C_3 et le fournisseur 2 dès que ce prix tombe en dessous de C_2 . C'est par conséquent le fournisseur 1 qui emporte le contrat avec un prix égal à C_2 moins le montant minimal requis par la procédure pour sous-enchérir. En faisant abstraction du décrétement requis (lequel peut être considéré comme négligeable), l'acheteur paie donc essentiellement C_2 . Par rapport à son coût d'opportunité, le plus bas soumissionnaire obtient un surplus égal à la différence entre C_2 et C_1 .

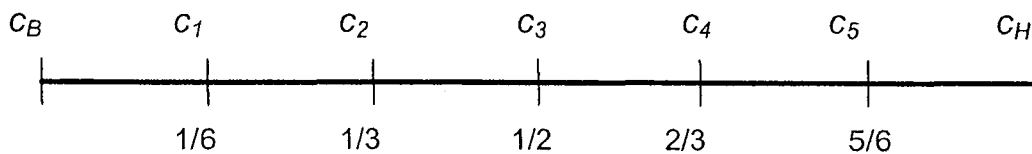


Figure 3

Sur un grand nombre d'enchères du même genre, on peut considérer que le coût de production d'un fournisseur type est une valeur prise au hasard dans l'intervalle des coûts a priori possibles compris entre c_B et c_H . S'il y a trois fournisseurs et que chaque valeur possible dans l'intervalle est également probable, le coût le plus bas sera en

²³ Un communiqué du BSDQ précise que cette forme d'appel d'offres va à l'encontre de son Code de soumissions. L'électronique en moins, cette procédure, dite «enchère publique au moins-disant à la chandelle», la chandelle faisant office d'horloge, était utilisée en France dès le milieu du 14^e siècle pour l'attribution des contrats d'ouvrages publics.

moyenne c_1 situé au quart de l'intervalle, le deuxième coût le plus bas sera en moyenne c_2 situé à la demie de l'intervalle et ainsi de suite tel que représenté à la figure 2. Avec la procédure de l'enchère inversée, l'acheteur paiera donc en moyenne c_2 , soit un excédent moyen égal à $c_2 - c_1$ par rapport au coût en moyenne le plus bas. En généralisant cet exemple, il est facile de voir l'effet du nombre de soumissionnaires sur le prix payé en moyenne par l'acheteur. D'une part, avec un plus grand nombre de soumissionnaires, il y a plus de chances qu'il y en ait un avec un coût de production se rapprochant de la borne inférieure c_B des coûts de production possibles. D'autre part, l'excédent moyen payé par l'acheteur par rapport au coût le plus bas sera d'autant plus petit que le nombre de soumissionnaires est élevé. La figure 3 illustre cet effet en présentant la moyenne c_1 du coût le plus bas, la moyenne c_2 du second coût le plus bas, etc. pour le cas où il y aurait cinq soumissionnaires.

L'enchère inversée et l'appel d'offres standard sont des procédures très différentes. Néanmoins, dans les conditions spécifiées ci-dessus et sous l'hypothèse que les soumissionnaires visent à maximiser leur espérance de surplus, un résultat fondamental de l'analyse des processus d'enchères et d'appels d'offres montre que l'acheteur paie en moyenne le même prix avec l'une ou l'autre de ces procédures.²⁴ Dans l'appel d'offres standard, l'acheteur paie donc en moyenne c_2 comme dans les figures 2 ou 3, bien qu'en moyenne le plus bas coût soit égal à c_1 . Comme dans l'enchère inversée, un plus grand nombre de soumissionnaires réduit le prix payé en moyenne par l'acheteur, de même que le surplus gagné en moyenne par l'adjudicataire.

Prix de réserve de l'acheteur et minimisation du coût de production

Dans les procédures ci-dessus, quel que soit le nombre de soumissionnaires, le contrat de production est attribué au fournisseur qui a le coût d'opportunité le plus bas. Même si l'acheteur paie plus que ce coût, cette propriété est évidemment désirable puisqu'elle correspond à une utilisation efficace des ressources. Cependant, il est fréquent que l'acheteur soit aussi en mesure de se procurer le service autrement, par exemple en le produisant lui-même ou en l'obtenant d'un fournisseur non soumissionnaire dont il connaît le coût. Dans ce cas, les procédures d'appel d'offres décrites ci-dessus ne garantissent pas que le service sera produit au moindre coût sauf si, au début de la procédure, l'acheteur a la possibilité d'annoncer un *prix de réserve* égal au coût qu'il devrait supporter s'il obtenait autrement le service. Dans l'enchère inversée, le prix de réserve de l'acheteur équivaut à la « mise à prix » initiale. Dans l'appel d'offres standard, il correspond à l'annonce par l'acheteur qu'il rejettera toute soumission supérieure à son prix de réserve.

La figure 4 reproduit l'exemple d'enchère inversée de la figure 1 avec l'ajout du coût, dénoté par c_A , auquel l'acheteur peut se procurer le service sans recourir aux soumissionnaires participant à l'appel d'offres. Lorsque l'acheteur annonce le prix de réserve c_A , c'est encore le fournisseur 1 qui emporte le contrat puisqu'il a le plus bas coût. Son prix de soumission sera toutefois maintenant égal à c_A (moins le décrétement requis par la procédure), plutôt que C_2 , car il sait qu'il ne peut emporter le contrat avec une soumis-

²⁴ Ce résultat, connu comme le « théorème d'équivalence-revenu », est dû au prix Nobel d'économie W. Vickrey, « Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders », *Journal of Finance* 16, 1961, 8-37.

sion plus élevée. Le prix auquel le contrat est octroyé est donc plus bas que ce qu'on obtiendrait en l'absence d'un prix de réserve pour l'acheteur. Dans l'exemple de la figure 5, aucun des trois fournisseurs n'a un coût inférieur à c_A , de sorte qu'aucun contrat ne sera octroyé, l'acheteur se procurant le service autrement. En l'absence d'un prix de réserve, l'acheteur aurait dû se procurer le service au prix C_2 , moins le décremént requis.

L'introduction d'un prix de réserve de l'acheteur a donc pour effet de diminuer le prix qu'il devra payer en moyenne, en plus d'assurer que le service ne sera pas produit de façon inefficace, c'est-à-dire à un coût plus élevé que ce qui serait autrement possible. Les mêmes considérations s'appliquent pour l'appel d'offres sous pli cacheté. Il est clair néanmoins que l'appel de soumissions conserve toute son utilité, même si l'acheteur a la possibilité de se procurer autrement le service. En effet, l'autorité contractante ne sait pas au préalable s'il existe des fournisseurs capables de produire à un coût moindre. Autrement dit, pour être efficace, la décision de se procurer le service autrement ou d'attribuer le contrat à l'un des soumissionnaires ne peut être prise qu'à l'issue du processus d'appel d'offres.



Figure 4



Figure 5

Pour résumer, dans les circonstances considérées ci-dessus, (i) l'enchère inversée et l'appel d'offres standard conduisent *en moyenne* au même prix pour l'acheteur; (ii) ce prix et le surplus obtenu par l'adjudicataire sont d'autant plus faibles que le nombre de soumissionnaires est élevé; (iii) l'annonce d'un prix de réserve par l'acheteur diminue en moyenne le prix qu'il devra payer; (iv) l'annonce d'un prix de réserve est nécessaire pour garantir que le bien ou service sera toujours produit au moindre coût.

Attitude à l'égard du risque

Les situations que l'on vient de décrire sont particulièrement simples. Des facteurs additionnels doivent généralement être pris en compte pour déterminer les propriétés des mécanismes d'adjudication. Un premier facteur est l'attitude à l'égard du risque. On dit qu'un décideur a de l'*aversion pour le risque* s'il préfère un gain obtenu avec certitude à une perspective de gain risquée lui procurant le même montant en moyenne seulement; par exemple, s'il préfère 10000 \$ pour sûr à la perspective risquée lui donnant une chance sur deux de gagner soit zéro soit 20000 \$.²⁵ En pratique, l'impact de l'aversion pour le risque est d'autant plus important que l'incertitude est grande et que les montants en jeu sont élevés par rapport à la richesse du décideur.

L'aversion au risque chez les soumissionnaires influence le calcul stratégique sous-jacent à l'élaboration de leur soumission dans l'appel d'offres sous pli cacheté, avec pour conséquence que l'équivalence *en moyenne* entre l'enchère inversée et l'appel d'offres standard n'est plus vérifiée. L'appel d'offres standard confronte les soumissionnaires à une plus grande incertitude puisqu'ils ne connaissent pas les prix que présenteront les concurrents, contrairement à l'enchère inversée où le meilleur prix proposé est observable par tous. Dans l'enchère inversée, un fournisseur a intérêt à sous-enchérir par rapport au plus bas prix offert tant que ce dernier demeure supérieur à son prix de réserve. Son attitude à l'égard du risque n'a donc pas d'effet sur sa stratégie. Par contre, dans la procédure sous pli cacheté, l'effet de l'aversion pour le risque est d'inciter chaque soumissionnaire à réduire sa «marge stratégique» afin d'augmenter sa probabilité de gagner (ce qui réduit son risque en quelque sorte), quitte à gagner moins s'il emporte le contrat. Autrement dit, les participants soumissionneront de façon plus agressive. Il s'ensuit que, en présence d'aversion pour le risque chez les soumissionnaires, l'appel d'offres standard conduit en moyenne à des prix plus bas que l'enchère inversée.

Incertitude sur les coûts

Une autre complication, souvent importante dans les contrats de construction, a trait au fait que les soumissionnaires ne connaissent pas nécessairement avec certitude leurs propres coûts de production, contrairement à ce qui a été supposé jusqu'à maintenant. L'incertitude peut être due aux caractéristiques mêmes du projet, au fait que les travaux à réaliser ne s'effectueront que dans plusieurs mois, de sorte que les coûts d'opportunité du fournisseur sont plus difficiles à estimer, etc. Si les fournisseurs sont neutres à l'égard du risque – ou de manière équivalente si les montants en jeu sont petits par rapport à leur richesse – les conclusions précédentes ne sont pas modifiées, chaque fournisseur déterminant son prix de réserve sur la base de son coût d'opportunité attendu en moyenne. Par contre, si l'effet de l'aversion pour le risque est important, le prix de réserve des fournisseurs inclura une «prime de risque» en sus du coût d'opportunité attendu.²⁶ Dans l'enchère inversée, l'acheteur paiera alors plus cher qu'en l'absence d'incertitude sur les coûts, puisque les prix de réserve des soumissionnaires in-

²⁵ Le décideur est *neutre au risque* s'il est indifférent entre ces deux perspectives de gain.

²⁶ Par exemple, si 50000 \$ est le coût attendu en moyenne, toutes les valeurs entre 45000 \$ et 55000 \$ étant jugées également probables, le prix de réserve du fournisseur (en deçà duquel il refuserait le contrat) pourrait être de 53000 \$, soit le coût attendu plus une prime de risque de 3000 \$.

cluront une prime de risque. Il en va de même dans l'appel d'offres standard, les prix soumis étant maintenant de la forme:

$$\text{prix soumis} = \text{coût attendu} + \text{prime de risque} + \text{marge stratégique.}$$

En présence d'aversion au risque chez les fournisseurs, tout ce qui permet de réduire l'incertitude sur les coûts ou l'impact de l'aversion pour le risque est à l'avantage de l'acheteur, puisque cela se traduira par des primes de risque plus faibles dans les prix soumis. L'incertitude sur les coûts peut être réduite par des documents d'appel d'offres plus précis (par exemple une définition plus précise du produit ou service à livrer), par un délai plus court entre la date de l'appel d'offres et celle de la réalisation des travaux, etc. L'impact de l'aversion pour le risque peut par ailleurs être réduit par un découpage différent du projet soumis à des appels d'offres.²⁷ Le cas échéant, la réduction de l'incertitude sur les coûts n'est possible que par un échange direct d'information entre acheteur et fournisseur ou par le recours à des contrats négociés, ce qui sort du cadre des procédures formalistes d'adjudication examinées ici. Pour limiter les effets de l'incertitude sur les coûts, il peut aussi être avantageux de renoncer à la formule des contrats à forfait, de manière à permettre un meilleur partage des risques entre acheteur et fournisseur.

Dans beaucoup de situations, l'incertitude d'un fournisseur relativement à son coût de production est due à la fois à des circonstances qui lui sont propres et à des caractéristiques du projet qui sont susceptibles d'avoir les mêmes effets chez tous ses concurrents. Lorsque l'incertitude porte ainsi sur un facteur de coût *commun* à tous les fournisseurs, la possibilité qu'aurait un fournisseur de prendre connaissance des prix soumis par ses concurrents lui procurerait de l'information sur son propre coût de production. Par exemple, sachant que ses concurrents sont réticents à soumissionner bas, le fournisseur devrait en conclure que tous font une estimation élevée du facteur de coût commun. Rationnellement, il devrait donc tenir compte de cette information dans sa propre estimation. La conséquence est que les prix de réserve des fournisseurs sont modifiés par l'information qu'ils pourraient recevoir relativement aux offres de leurs concurrents.

Dans les situations de ce genre, l'appel d'offres standard et l'enchère inversée ont des propriétés très différentes. En effet, l'appel d'offre sous pli cacheté ne permet aucun « échange d'information » entre soumissionnaires. En revanche, dans le déroulement séquentiel de l'enchère inversée, chaque fournisseur observe les prix auxquels certains concurrents seraient prêts à réaliser le projet. On peut montrer que, si les fournisseurs sont neutres à l'égard du risque, l'enchère inversée conduit alors en moyenne à des prix plus bas que l'appel d'offres sous pli cacheté lorsque l'incertitude sur les coûts porte en partie sur des facteurs communs à tous les soumissionnaires. Comme l'aversion pour le risque a par elle-même l'effet contraire, à savoir des prix plus bas en moyenne avec l'appel d'offres standard, il n'est dès lors pas possible de dire en général laquelle des deux procédures permet les prix les plus bas s'il y a à la fois aversion pour le risque et incertitude sur des éléments de coût communs.

²⁷ Toutes choses égales par ailleurs, un projet de 50000 \$ en moyenne commandera une prime de risque plus élevée que la somme des primes de risque sur deux projets de 25000 \$ réalisés par des fournisseurs différents.

En résumé, (i) l'incertitude sur les coûts, combinée à l'aversion au risque des fournisseurs, conduit à des prix de réserve d'autant plus élevés que l'impact de l'aversion au risque est important; (ii) à niveau d'incertitude donné, l'impact de l'aversion au risque sur les prix de réserve est d'autant plus grand que les coûts attendus des projets sont élevés par rapport à la richesse des soumissionnaires; (iii) lorsque ces effets sont importants, l'appel d'offres standard ne constitue pas nécessairement la méthode la plus avantageuse d'attribution de contrats ; en particulier, des procédures informelles ou négociées d'attribution des contrats peuvent s'avérer plus avantageuses pour l'acheteur, ainsi que des formules de contrats autres qu'à forfait.

Coûts de participation et garanties

Toutes choses égales par ailleurs, le nombre de soumissionnaires participant à un appel d'offres dépend des coûts de participation pour les fournisseurs potentiels. Outre les frais de soumission proprement dits²⁸, les coûts de participation comprennent les coûts en temps et en ressources pour la préparation des soumissions, notamment pour l'élaboration des estimés du coût des travaux. Les coûts de participation incluent aussi le coût des garanties financières (cautionnement de soumission, etc.) exigées pour le dépôt de soumission.

Des coûts de participation élevés réduisent le nombre moyen de soumissionnaires. Les coûts de participation étant irrécupérables, il n'est rentable de les engager que sur la base du gain net espéré par le dépôt d'une soumission. Comme l'a montré la discussion ci-dessus, le gain espéré (c'est-à-dire la probabilité d'emporter le contrat fois l'écart entre prix de soumission et prix de réserve du soumissionnaire) est lui-même d'autant plus petit que le nombre anticipé de participants à l'appel d'offres est grand. Des coûts de participation élevés, réduisant le nombre moyen de soumissionnaires, se traduisent donc par des prix plus élevés en moyenne pour l'acheteur.

Les garanties financières et cautionnements exigés peuvent constituer une partie non négligeable du coût de participation. Ces points seront discutés plus à fond dans la section qui suit. Le rôle de ces garanties est double : d'une part, protéger l'acheteur contre les conséquences financières du manquement aux obligations du fournisseur adjudicataire ; d'autre part, inciter l'adjudicataire à respecter ses engagements. En effet, si les soumissions ne représentaient pas des engagements fermes (donc susceptibles d'être pénalisant si les coûts d'exécution s'avéraient plus élevés que prévu), les participants pourraient avoir intérêt à soumettre des prix « irréalistes », sachant qu'ils pourraient après coup se désister sans pénalité pour le cas où les coûts d'exécution auraient été sous-estimés.²⁹ Il est important de noter toutefois que les garanties financières formelles ne représentent qu'une façon d'assurer le respect des engagements. Dans les marchés où les relations entre fournisseurs et acheteurs ne sont pas anonymes et où des relations contractuelles sont susceptibles d'être renouées sur plusieurs contrats

²⁸ Au BSDQ, la contribution de service est de 3/8 de 1% sur les premiers 100 000 \$ de la soumission, avec des pourcentages dégressifs pour les montants additionnels.

²⁹ L'absence d'engagement ferme ou de pénalité en cas d'inexécution entraîne alors effectivement une forme de concurrence malsaine dans laquelle les offres des soumissionnaires ne sont pas crédibles. Cf. D. F. Spulber, «Auctions and contract enforcement», *Journal of Law, Economics, and Organization* 6(2), 1990, 325-344.

successifs, un fournisseur a un «capital de réputation» à défendre, ce qui peut représenter pour l'acheteur une garantie tout aussi crédible que les garanties financières formelles.

5. Le Code de soumissions du BSDQ

Le Code contient trois principales catégories de dispositions susceptibles de limiter la concurrence et donc de générer des prix plus élevés que ce qui serait autrement possible : (i) l'obligation d'accepter la soumission la plus basse et l'impossibilité pour l'entrepreneur général de se prévaloir d'un prix de réserve; (ii) les exigences de cautionnement ou garanties financières imposées aux sous-traitants soumissionnaires; (iii) les restrictions sur la nature des contrats entre entrepreneurs généraux et spécialisés. En pratique, les conséquences de ces dispositions ne seront pas toujours d'égale importance et dépendront notamment de l'importance des travaux compris dans l'appel d'offres. Les deux dernières catégories ont pour effet de réduire le nombre de soumissionnaires; cet effet sera d'autant plus important que l'ampleur des tranches de travaux en appel d'offres est grande. Par ailleurs l'absence d'un prix de réserve pour l'entrepreneur général a un effet à la hausse d'autant plus marqué sur les prix de soumission que le nombre de soumissionnaires est restreint. Il va de soi que l'ensemble des ces dispositions n'a de conséquence que par suite de la quasi-obligation de recourir au BSDQ pour recevoir les offres des spécialisés.

L'obligation d'accepter la plus basse soumission

À quelques nuances près, le Code impose à l'entrepreneur général adjudicataire l'obligation d'accepter la plus basse soumission conforme, sans autres considérations (art. J-2 du Code et article J-3, J-4 et J-6). Bien qu'à première vue une telle exigence puisse sembler aller de soi, la section précédente a montré qu'elle n'est généralement pas compatible avec la minimisation des coûts d'exécution des travaux. C'est pourquoi les procédures d'appel d'offres prévoient en général une forme implicite ou explicite de prix de réserve pour l'acheteur. L'impossibilité de se prévaloir d'un prix de réserve aura un effet négligeable lorsque le nombre de participants à l'appel d'offres est élevé, mais il peut être important lorsque ce nombre est restreint. Par conséquent, l'effet à la hausse sur les prix de soumission sera particulièrement significatif dans les situations où les exigences de cautionnement ou la nature des contrats ont pour effet d'évincer bon nombre de fournisseurs potentiels.

Le Code de soumissions actuel ouvre une porte de sortie à l'entrepreneur général en lui permettant de ne pas prendre possession de soumissions, pour une tranche donnée de travaux, s'il déclare au préalable son intention d'exécuter lui-même les travaux (art. J-8). Le libellé de cette disposition est cependant particulièrement restrictif en ce qu'il oblige l'entrepreneur général à réaliser l'ensemble des travaux de la spécialité assujettie. Dans l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux suite aux plaidoiries de l'ACQ, cela signifie aussi que l'entrepreneur général doit réaliser les travaux en question avec

sa propre main-d'œuvre et sans possibilité de location d'équipement ou d'embauche de main-d'œuvre auprès d'un autre entrepreneur. De plus, même en faisant abstraction du libellé restrictif de l'article J-8, celui-ci n'est pas assimilable à l'option d'un prix de réserve puisque la décision d'exécuter les travaux soi-même doit être prise dans l'ignorance des soumissions qui auraient pu être présentées lors de l'appel d'offres. Cette contrainte est directement incompatible avec la réalisation des travaux au meilleur coût.

L'obligation d'accepter la plus basse soumission conforme n'existait pas avant la modification du Code en 1993. Comme dans les autres bureaux de dépôt en Amérique du Nord, le Code prévoyait auparavant la possibilité qu'un entrepreneur général « s'adresse une soumission à lui-même », tout en lui permettant de prendre possession des offres des sous-traitants si ceux-ci souhaitaient lui adresser leurs soumissions. L'entrepreneur décidait alors d'exécuter ou non les travaux lui-même (ou de les faire réaliser autrement en sous-traitant ailleurs) en fonction des soumissions reçues lors de l'appel d'offres. À cet égard, compte tenu des dispositions ayant pour effet de restreindre le nombre de soumissionnaires, l'objectif des clauses actuelles du Code est de forcer l'acceptation d'une soumission présentée par un sous-traitant adhérent au BSDQ, indépendamment du caractère raisonnable ou non des prix proposés.

Un argument souvent mis de l'avant par le BSDQ est à l'effet que, en vertu de la clause G-6 du Code, un entrepreneur général peut demander à un sous-traitant de lui faire parvenir un prix déjà convenu entre les parties et s'engager à ne prendre possession que de cette soumission. Il est important de noter que cette possibilité est tout le contraire d'un prix de réserve et qu'elle équivaut à renoncer d'entrée de jeu à toute mise en concurrence – et donc à l'obtention d'information sur les prix qui pourraient être offerts par d'autres. En pratique, on observe en fait que très peu d'entrepreneurs spécialisés acceptent de se plier à cette façon de faire. En effet, cela présuppose que chaque sous-traitant invité par un entrepreneur général n'achemine sa soumission qu'à cet entrepreneur général. En procédant de la sorte, ces sous-traitants réduisent considérablement leurs propres chances de conclure un contrat, puisqu'il faudrait que « leur » entrepreneur général soit également le plus bas soumissionnaire. Pour ce faire, ce dernier devra nécessairement avoir en sa possession les meilleurs prix dans la majorité des spécialités, ce qui est loin d'être assuré. Par exemple, il pourrait détenir le meilleur prix en plomberie et en ventilation, mais pas nécessairement en céramique et en maçonnerie. Dans ce contexte, l'entrepreneur général ne sera pas le plus bas soumissionnaire et par conséquent le plombier et l'entrepreneur en ventilation perdent leur chance de conclure un contrat, même s'ils avaient le meilleur prix. De plus, comme ils sont engagés au BSDQ, ces sous-traitants qui avaient pourtant les meilleurs prix perdent toute chance de conclure un contrat avec l'entrepreneur général adjudicataire, puisqu'ils ne leur ont pas fait parvenir leur soumission.³⁰

³⁰ On peut ajouter que l'entrepreneur général qui opérerait pour cette façon de faire ne pourrait inviter que les sous-traitants qui se qualifient au BSDQ et qui acceptent de se plier aux dispositions du Code.

Exigences de cautionnement et garanties financières

On a vu à la section 2 que, dans sa lettre d'engagement, l'entrepreneur général devait déclarer « *exiger la fourniture d'un cautionnement de soumission et d'une lettre d'intention* » lorsque le Code l'exige, même si les documents d'appel d'offre ne le spécifient pas (art. C-2). Cette exigence s'applique lorsque les prix des soumissions sont de 50 000 \$ et plus. Dans ce cas, une soumission non accompagnée d'un cautionnement de soumission et d'une lettre d'intention est réputée non conforme aux dispositions du Code et ne peut être acceptée par l'entrepreneur destinataire (art. D-10).

Le *cautionnement de soumission*, d'une valeur de 10% du prix de la soumission, garantit à l'entrepreneur général que le sous-traitant signera son contrat aux conditions indiquées, à défaut de quoi le sous-traitant ou sa caution lui versera 10% du prix de la soumission. La *lettre d'intention* désigne l'engagement pris par la société de cautionnement à délivrer un *cautionnement d'exécution* et un *cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre, des matériaux et des services*, chacun pour 50% du prix de la soumission, si l'entrepreneur général adjudicataire le requiert à l'octroi du contrat (art. D-11 et D-12).

Les cautionnements représentent une forme d'assurance pour les bénéficiaires (l'entrepreneur général dans le cas présent), mais sont essentiellement des gages fournis par le débiteur (le sous-traitant) ou ses garants même si une société de cautionnement est impliquée dans la garantie. En effet, selon la convention d'indemnisation entre l'entrepreneur et la caution, celle-ci s'engage conjointement et solidairement avec le sous-traitant à l'égard des bénéficiaires. À cette fin, les cautions exigent de leurs clients des garanties leur assurant qu'elles seront remboursées des montants qui pourraient être déboursés en vertu des cautionnements émis. Ces garanties incluent les avoirs nets de l'entreprise sous-traitante, généralement aussi les avoirs personnels des actionnaires ou administrateurs de l'entreprise et, si ce n'est pas suffisant, l'endossement de garants personnels extérieurs à l'entreprise (par exemple des parents). Il est extrêmement rare qu'une caution n'exige pas de garanties personnelles, ce qui représente donc un risque élevé pour les entrepreneurs concernés et annule les avantages de l'incorporation.

La fourniture de cautionnements représente donc un risque financier pour le sous-traitant, pouvant le dissuader de participer aux appels d'offre par l'entremise du BSDQ, ou une contrainte absolue pour le cas où il ne pourrait fournir les garanties lui permettant d'être agréé par une société de cautionnement. L'impact du risque, notamment la possibilité qu'il puisse retomber sur les avoirs personnels de l'entrepreneur, est d'autant plus grand et la possibilité qu'un cautionnement ne puisse être obtenu d'autant plus grande également que l'entreprise considérée est petite. Indépendamment des frais directement impliqués, les exigences de cautionnement et de lettres d'intention auront donc pour effet d'avantager les sous-traitants de plus grande envergure et avec une valeur nette d'entreprise plus élevée, qui n'ont donc pas les mêmes contraintes de garanties financières et pour lesquels le risque de mise en jeu effective des avoirs personnels est plus faible.

Cet effet opérera même si les exigences du Code ne portent formellement que sur le cautionnement de soumission, lequel ne présente par lui-même qu'un coût et un risque

financier beaucoup plus faible pour le sous-traitant, et sur la lettre d'intention. En pratique, il est fréquent que les cautionnements d'exécution et pour paiement de la main-d'œuvre, des matériaux et services ne soient pas émis, l'entrepreneur général adjudicataire ne les exigeant pas.³¹ Cependant, pour délivrer sa lettre d'intention, la société de cautionnement doit prendre en compte la possibilité que ces cautionnements soient exigés et déterminer en conséquence les garanties financières que devra fournir le sous-traitant.

Les sociétés de cautionnement exigent généralement une valeur nette d'au minimum 150 000 \$, ce qui peut éliminer d'office plusieurs sinon la majorité des sous-traitants.³² De plus, sur la base des garanties financières que peut fournir le sous-traitant, la société de cautionnement établira un plafond pour la marge de travaux en cours, au-delà duquel des cautionnements d'exécution (et donc la lettre d'intention afférente) ne seront pas émis. Autrement dit, même si un entrepreneur spécialisé se qualifie auprès des sociétés de cautionnement et accepte de supporter le risque de fournir un cautionnement, il fera néanmoins face à un plafond de cautionnements possibles, un peu comme pour la limite sur une marge de crédit. Compte tenu des délais souvent très longs entre l'octroi d'un contrat et le début des travaux, le portefeuille de « travaux en cours » susceptibles d'être couverts par des cautionnements peut devenir relativement important, de sorte qu'un « petit » spécialisé peut rapidement se heurter à son plafond de cautionnements possibles.

Pour résumer, l'exigence d'un cautionnement de soumission et plus particulièrement celle de la lettre d'intention aura pour effet d'évincer certains soumissionnaires potentiels, soit parce qu'ils ne peuvent se qualifier soit parce qu'ils préfèrent ne pas courir le risque associé aux cautionnements. L'effet direct est de réduire la concurrence dans les appels d'offres au BSDQ, au profit des entrepreneurs spécialisés de plus grande envergure ne faisant pas face aux mêmes contraintes. La lettre d'intention joue-t-elle néanmoins un rôle utile en protégeant l'entrepreneur général (ou indirectement le maître d'ouvrage)? C'est évidemment possible dans certaines situations, mais cela n'est généralement pas le cas puisque le plus souvent l'entrepreneur général adjudicataire n'exige pas les cautionnements d'exécution et de paiement de main-d'œuvre, matériaux et services lors de l'octroi du contrat. En d'autres termes, les entrepreneurs généraux choisissent le plus souvent d'assumer eux-même le risque de défaut du sous-traitant.³³ En fait, c'est ce que font généralement les entrepreneurs spécialisés eux-mêmes lorsqu'ils sous-traitent à d'autres spécialisés à cette différence près qu'il n'y a pas de condition préalable relative à un cautionnement de soumission ou une lettre d'intention, puisque

³¹ En vertu du Code de soumission, les frais de cautionnement sont en partie à la charge de l'entrepreneur général, à hauteur de 7 \$ du 1000 \$ de cautionnement.

³² Par comparaison, le *Règlement sur la qualification professionnelle des entrepreneurs en construction et des entrepreneurs-propriétaires* n'exige qu'une valeur nette d'au moins 10 000 \$ pour la délivrance d'une licence d'entrepreneur spécialisé.

³³ À l'égard du maître d'ouvrage, l'entrepreneur général est responsable de l'exécution de l'ensemble des travaux. Il est tenu aussi de livrer un immeuble libre de toute hypothèque légale (en faveur des fournisseurs, etc.) et peut être requis de fournir lui-même un cautionnement d'exécution et un cautionnement pour paiement de main-d'œuvre, matériaux et service. En vertu de l'article 54 de la *Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* (R-20), l'entrepreneur général est également solidairement responsable avec l'entrepreneur spécialisé du paiement des salaires du spécialisé.

les contrats de sous-sous-traitance entre « gros » et « petits » spécialisés échappent aux exigences du Code de soumission.³⁴

La nature restrictive des contrats

Le Code permet très peu de flexibilité dans la définition des offres de service. Lorsque dans les documents de soumission présentés par le maître d'ouvrage un chapitre ou division du devis comprend plusieurs sections, une section est réputée constituer une « spécialité » au sens du Code et un sous-traitant ne peut présenter de soumission que pour l'ensemble des travaux de la section (art. D-4).³⁵ Plus précisément, tous les travaux décrits dans une section de devis sont considérés comme faisant partie de la spécialité pertinente et un sous-traitant ne peut dans sa soumission exclure certains des travaux (par exemple l'excavation, le bétonnage, etc.) décrits dans la section (art. D-5). De plus, l'offre du soumissionnaire doit porter sur la totalité de l'opération. Par exemple, pour une section du devis relative à des travaux de maçonnerie, un sous-traitant ne pourrait faire une soumission pour la pose de la brique, à charge pour l'entrepreneur général de s'acquitter de l'achat des matériaux. En d'autres termes, le sous-traitant devra financer lui-même l'achat de tous les matériaux relatifs aux travaux décrits dans la section.

Ces exigences facilitent évidemment la comparaison des offres. Elles visent cependant aussi, ou du moins c'est l'effet qu'elles auront, à faire en sorte que le bloc de travaux sur lequel porte une soumission et l'engagement financier qui lui est associé soient le plus important possible, compte tenu bien sûr du devis considéré. L'effet est donc d'éliminer certains sous-traitants potentiels, soit parce que leur carnet de commandes ou leur capacité courante ne leur permettent pas de faire la totalité des travaux visés (bien qu'ils soient disposés à en faire une partie), soit encore parce que leurs disponibilités financières (marge de crédit, etc.) ne leur permettrait pas de financer l'achat intégral des matériaux ou que cela les expose à un risque trop grand. De plus, en faisant en sorte que le montant de base d'une soumission distincte soit le plus élevé possible, on s'assure que les exigences relatives à la lettre d'intention sont d'autant plus contraignantes puisque les montants en jeu sont plus élevés. Du point de vue de la disqualification de fait de certains soumissionnaires potentiels, les restrictions sur la nature des contrats et les exigences relatives au cautionnement de soumission et à la lettre d'intention jouent donc un rôle complémentaire.

6. Conclusion

Il n'est pas exagéré de dire que, pris globalement, le Code de soumissions 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 la question de savoir pourquoi un tel code existe, on devrait normalement chercher un premier élément de réponse en identifiant ceux qui revendiquent le

³⁴ Sauf en calorifugeage et en contrôle lorsque le donneur d'ouvrage l'exige.

³⁵ Il peut aussi présenter une soumission en combinant plusieurs sections.

Code en question. En l'occurrence, il s'agit d'associations d'entrepreneurs dans lesquelles des entrepreneurs spécialisés sont prépondérants. À défaut de preuves contraires, on doit donc s'attendre à ce que le Code vise avant tout les intérêts de certains entrepreneurs spécialisés.

Si l'on considère notamment le cas des spécialités autres que l'électricité ou la plomberie, on observe cependant que ce ne sont pas tous les entrepreneurs spécialisés qui sont membres de l'ACQ ou qui adhèrent au BSDQ. Les entrepreneurs spécialisés les plus présents dans les instances des associations propriétaires du BSDQ ont plutôt tendance à être des spécialisés d'importance dont les intérêts convergent vers l'existence d'un système leur permettant de ne pas être aussi compétitifs qu'ils devraient l'être dans un libre marché. À défaut de preuves contraires, on devrait donc s'attendre à ce que le Code serve avant tout les intérêts de ces entrepreneurs.

L'examen détaillé des dispositions du Code permet-il d'infirmer ce diagnostic préliminaire? La réponse est manifestement négative. 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 et 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?

En particulier, si les pratiques de soumission définies par le Code étaient véritablement d'intérêt public, on devrait les revendiquer également pour les contrats de sous-sous-traitance entre spécialisés et entre spécialisés et fournisseurs. Ce n'est évidemment pas ce qu'on a cherché à faire, puisque le régime spécial ne vise que les contrats entre spécialisés et entrepreneurs généraux (ou maîtres d'ouvrage pour les adhérents). En fait, les principales dispositions du Code semblent avoir pour objectif – ou ont certainement pour effet – d'une part de limiter la concurrence entre spécialisés dans les offres adressées aux entrepreneurs généraux (et aux maîtres d'ouvrage), d'autre part de favoriser les « gros » spécialisés au détriment des « petits ». Il serait difficile d'expliquer autrement pourquoi toutes ces dispositions ont les caractéristiques qu'elles ont.

La conséquence est évidemment que les prix de soumission sont plus élevés que ce qui serait possible par ailleurs. Il n'y a pas d'étude estimant l'effet sur les prix, mais le fait que les contrats conclus en infraction au Code soient passibles d'une pénalité de 5% du prix du contrat donne un ordre de grandeur. Le prix de réserve effectif d'un acheteur est alors le prix qu'il pourrait obtenir hors BSDQ, plus la pénalité de 5%. Si l'on considère les tracasseries administratives auxquelles s'exposent les contrevenants, le fait qu'ils soient également passibles de poursuites en dommages-intérêts par des soumissionnaires adhérents qui s'estimeraient lésés et les frais légaux qui en découlent, la pénalité effective dans la décision de contrevenir au Code est certainement supérieure à 5% et peut-être plutôt proche de 10% ou même plus. Si cette estimation est raisonnable, l'effet du Code de soumission pourrait donc être équivalent à une augmentation du prix de réserve effectif des entrepreneurs généraux d'environ 10%. Les conséquences sur les coûts de construction ne sont donc pas négligeables si on considère que le système du BSDQ octroie pour une valeur de près d'un milliard de dollars de contrats par année.