

SOUMETTRE UNE OFFRE AUX MUNICIPALITÉS DANS LE CADRE DE LEURS INFRASTRUCTURES DE TRANSPORT : UN JOLI CASSE-TÊTE À L'HORIZON !



Partenaire affaires de l'AQTR

MORENCY
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

M^e PHILIPPE ASSELIN
Morency, société d'avocats,
S.E.N.C.R.L.

Récemment, nous avons pu constater dans l'actualité que la transparence des administrations municipales dans les appels d'offres et l'adjudication des contrats étaient remises en doute. C'est dans ce contexte qu'au mois de mars 2010, le Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux a présenté son rapport, communément appelé « *Rapport Coulombe* ».

Le mandat du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux visait à examiner les règles et les pratiques d'adjudication des contrats municipaux, à recenser les expériences étrangères et à formuler des recommandations au ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire, et ce, de manière à améliorer le régime en place.

En effet, rappelons que les règles et les documents administratifs auxquels se réfèrent les municipalités lorsqu'il s'agit de mettre en place et d'appliquer un processus d'attribution des contrats sont extrêmement complexes et variés. Les étapes à suivre, toutes aussi stratégiques les unes que les autres, se devaient, selon les intervenants de faire l'objet d'une gestion plus rigoureuse et intègre.

LA TRILOGIE DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS

À la suite de quelques contrats d'importance octroyés dans des circonstances pour le moins douteuses, il n'est pas étonnant que le législateur québécois ait été inspiré dans la mise en scène de trois projets de loi modifiant les dispositions législatives concernant le processus d'attribution des contrats ainsi que l'éthique et la déontologie en matière municipale.

La première « œuvre » de cette trilogie est le projet de loi n° 76 sanctionné par l'Assemblée nationale le 1^{er} mars 2010. Les faits saillants de ce projet de loi sont les suivants :

- Tout contrat qui comporte une dépense de 100 000 \$ ou plus doit, avant l'ouverture des soumissions et la conclusion du contrat, avoir fait l'objet d'une estimation établie par la municipalité;

- Toute municipalité doit publier et tenir à jour, sur Internet, une liste des contrats qu'elle conclut et qui comportent une dépense d'au moins 25 000 \$. Les renseignements qui doivent être publiés varient en fonction de la nature et du montant du contrat;

- Malgré la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (L.R.Q. c. A-2.1), et ce, jusqu'à l'ouverture des soumissions, aucun renseignement permettant de connaître le nombre ou l'identité des personnes qui ont présenté une soumission ou qui ont demandé une copie de la demande de soumission ou d'un document auquel elle renvoie ne peut être divulgué par la municipalité;

- Toute municipalité devra adopter une politique de gestion contractuelle. Nous reviendrons sur le contenu de cette politique dans une prochaine section.

Le projet de loi n° 76 a été suivi par le projet de loi n° 102 sanctionné pour sa part le 11 juin 2010. Les éléments de ce projet de loi ayant attiré notre attention sont les suivants :

- L'interdiction de divulguer un renseignement concernant le nom et le nombre de personnes ayant soumissionné ou demandé des documents d'appels d'offres s'applique également à l'exploitant du système électronique d'appel d'offres approuvé par le gouvernement;

- Une municipalité peut modifier un contrat accordé à la suite d'une demande de soumission, mais seulement dans le cas où la modification constitue un accessoire à ce contrat et n'en change pas la nature.

Cette trilogie a été complétée par la présentation, le 10 juin 2010, du projet de loi 109 sur l'éthique et la déontologie municipales. Il est toutefois à noter que ce projet de loi n'est pas encore sanctionné par l'Assemblée nationale et n'est donc pas en vigueur. Cependant, il est tout de même intéressant d'en signaler certains éléments :

- Toute municipalité devra se doter de codes d'éthique et de déontologie applicables aux élus et aux fonctionnaires municipaux. Ces codes devront notamment contenir les principales valeurs de la municipalité en matière d'éthique (intégrité, honneur, prudence, respect) et les règles qui devront guider la conduite des personnes visées. Mentionnons à titre d'exemple la prévention des conflits d'intérêts, du favoritisme, de la malversation, des abus de confiance

ce ou autres inconduites. Par ailleurs, ces codes d'éthique devront également contenir l'interdiction d'accepter tous dons, toutes marques d'hospitalité ou tout autre avantage, quelle que soit sa valeur, qui peut influencer l'indépendance ou le jugement d'un élu ou d'un fonctionnaire municipal;

- La possibilité pour toute personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'un membre du conseil d'une municipalité a commis un manquement aux codes d'éthique et de déontologie d'en saisir le ministre des Affaires municipales, de Régions et de l'Occupation du territoire qui pourra transmettre la demande à la Commission municipale du Québec pour enquête et imposition de sanctions, le cas échéant.

L'INCIDENCE SUR LES CONTRATS À CONCLURE AVEC LES MUNICIPALITÉS

Vous aurez compris, à la lumière des mesures mises en place par le législateur, que les façons de faire d'un entrepreneur et les engagements qu'il aura à prendre dans le cadre de la participation à un appel d'offres auprès d'une municipalité et l'octroi du contrat qui pourrait en résulter changeront inévitablement.

Afin d'alimenter la réflexion des municipalités sur les mesures qui pourraient être insérées dans leur politique d'attribution des contrats qui doit être adoptée, au moment d'écrire ces lignes, au plus tard le 31 décembre 2010, le ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire (MAMROT) a rédigé et produit un document de soutien aux organismes municipaux en juillet dernier.

34

Conformément aux dispositions législatives maintenant en vigueur, le document du MAMROT regroupe sept types de mesures que les municipalités pourront adopter. Certaines mesures risquent d'être lourdes de conséquences pour les entrepreneurs.

1 Exemples de mesures visant à assurer que tout soumissionnaire ou l'un de ses représentants n'a pas communiqué ou tenté de communiquer avec une personne de la municipalité, dans le but de l'influencer, relativement à une demande de soumission :

- Tout appel d'offres devrait prévoir que, dans l'éventualité où une personne a communiqué ou tenté de communiquer dans le but d'influencer la municipalité relativement à une demande de soumission qu'elle a présentée, cette soumission sera rejetée;

- Tout soumissionnaire devrait affirmer solennellement, par un écrit joint à sa soumission, que ni lui ni aucun collaborateur ou employé n'a communiqué ou tenté de communiquer avec la municipalité dans le but de l'influencer ou d'obtenir des renseignements relativement à l'appel d'offres;

- Tout appel d'offres devrait également préciser que la municipalité pourra résilier ou modifier un contrat obtenu par une entreprise qui a communiqué ou tenté de communiquer avec un élu ou l'un de ses préposés dans le but de l'influencer.

2 Exemples de mesures favorisant le respect des lois applicables qui visent à lutter contre le truquage des offres :

- Le responsable de la municipalité en octroi des contrats devrait s'assurer que les soumissionnaires n'ont pas été reconnus coupables d'infractions à une loi visant à contrer le truquage des offres et que l'établissement de lien d'affaires avec le soumissionnaire ne va pas à l'encontre d'une sanction qui lui est appliquée;

- Tout appel d'offres devrait prévoir que, pour être admissible à l'adjudication d'un contrat, un soumissionnaire ainsi que tout sous-traitant qu'il associe à la mise en œuvre de sa soumission ne devraient pas avoir été déclarés coupables de collusion, de manœuvres frauduleuses ou autres actes de même nature ou tenus responsables de tels actes, à l'occasion d'un appel d'offres ou d'un contrat;

- La vérification de la validité des licences et des permis détenus et fournis par le soumissionnaire retenu devrait être effectuée par le responsable en octroi des contrats.

3 Exemples de mesures visant à assurer le respect de la Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme et du Code de déontologie des lobbyistes adopté en vertu de cette loi :

- Dans son document, le MAMROT nous mentionne que ce type de mesures sera proposé ultérieurement.

4 Exemples de mesures ayant pour but de prévenir les gestes d'intimidation, de trafic d'influence et de corruption :

- Adapter les garanties financières exigées à la nature réelle du besoin et éviter de les surévaluer;

- Dans le cas d'un appel d'offres par voie d'invitation écrite, favoriser l'invitation d'entrepreneurs différents afin de maximiser la concurrence et d'effectuer la rotation de ceux-ci;

- Éviter de mettre en présence les fournisseurs potentiels en ne prévoyant pas de participation obligatoire à des visites de chantiers ou en effectuant des visites individuelles sur rendez-vous lorsque celles-ci sont obligatoires;

- Faire varier les volumes et les calendriers relatifs aux marchés faisant l'objet d'appel d'offres et empêcher les soumissionnaires potentiels de prévoir la date de tenue des appels d'offres et de se concerter entre eux afin d'en répartir les bénéfices;

- Dans le cas où il n'y a qu'un ou que deux soumissionnaires, procéder à une enquête de vérification avant l'attribution du contrat en communiquant avec les fournisseurs qui se sont procuré les documents d'appel d'offres afin de connaître les raisons qui ont motivé leur décision de ne pas soumettre de prix;

- Dans certains cas, procéder à une analyse comparative des prix obtenus avec d'autres organismes municipaux de même envergure;

- Prévoir un cautionnement d'exécution des obligations de contrats dans les appels d'offres dans l'éventualité où le contrat est résilié pour cause d'intimidation, de trafic d'influence ou de corruption.

5 Exemples de mesures ayant pour but de prévenir les situations de conflits d'intérêts :

- Prévoir des mesures afin que chaque membre d'un comité de sélection puisse juger les offres avec impartialité et éthique;

- Élaborer des critères servant à l'évaluation. Lorsque le prix des soumissions conformes n'est pas le seul élément décisionnel, pondérer ceux-ci à l'avance et les publier dans les documents d'appel d'offres;

- Éviter tout traitement préférentiel en faveur de certaines catégories ou de la localisation de fournisseurs pouvant limiter la concurrence.

6 Exemples de mesures ayant pour but de prévenir toute autre situation susceptible de compromettre l'impartialité et l'objectivité du processus :

- Éviter de publier des informations pouvant diminuer la concurrence, ce qui risquerait de faciliter l'élaboration de soumissions concertées;

- Tout appel d'offres devrait prévoir que tout soumissionnaire devrait produire une déclaration relative aux communications tenues avec les concurrents dans la présentation de leur soumission. Le défaut de produire cette déclaration devrait avoir pour effet d'entraîner le rejet de la soumission;

- Tout appel d'offres devrait prévoir que tout soumissionnaire devrait produire une déclaration relative à ses intentions de sous-traiter et préciser, le cas échéant, les sous-traitants visés, de façon à limiter toute collusion possible;

- Documenter le marché visé afin de se doter d'une expertise interne sur les prix de ce marché (prix des produits de remplacement, appels d'offres antérieurs, appels d'offres d'autres organismes municipaux, etc.).

7 Exemples de mesures visant à encadrer la prise de toute décision qui a pour effet d'autoriser la modification d'un contrat :

- Porter une attention particulière à la confection du cahier des charges pour éviter d'ouvrir la porte aux dépassements de coûts;

- Faire vérifier, par une entité extérieure au processus d'appel d'offres, la clarté des spécifications afin de s'assurer de leur bonne compréhension;

- Définir les spécifications en tenant compte des produits de remplacement.

UNE ABSENCE D'UNIFORMITÉ

Comme nous avons pu le constater, les municipalités devront donc se plier à un exercice administratif et juridique pour le moins complexe. En effet, par souci de souplesse, le législateur a choisi de ne pas dicter aux municipalités le libellé des textes à adopter, mais a plutôt laissé à celles-ci le soin de les formuler elles-mêmes, de manière à tenir compte de leurs spécificités. Il revient donc à chaque municipalité de rédiger le libellé de ce que seront leurs politiques d'attribution des contrats et leurs codes d'éthique et de déontologie. C'est pourquoi, avant d'envisager de soumettre une offre à une municipalité, tout entrepreneur devrait s'enquérir de cette politique et des codes d'éthique et de déontologie alors en vigueur dans cette municipalité.

Par ailleurs, il est important de mentionner qu'au moment d'écrire ces lignes, tous les contrats d'une municipalité sont visés par l'obligation d'adopter une telle politique, que ces contrats comportent une dépense ou non. Malgré les mises en garde de différents intervenants quant à l'application sans bornes de ces mesures, le législateur québécois n'a toutefois pas prévu d'exception.

Bon casse-tête!