

2010RP-13

**Détecter et prévenir la collusion dans
les marchés publics en construction**
Meilleures pratiques favorisant la concurrence

Youri Chassin, Marcelin Joanis

Rapport de projet
Project report

Montréal
Septembre 2010

© 2010 Youri Chassin, Marcelin Joanis. Tous droits réservés. *All rights reserved.* Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©.
Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source



Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations

CIRANO

Le CIRANO est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Québec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, and grants and research mandates obtained by its research teams.

Les partenaires du CIRANO

Partenaire majeur

Ministère du Développement économique,
de l'Innovation et de l'Exportation

Partenaires corporatifs

Banque de développement du Canada
Banque du Canada
Banque Laurentienne du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
Banque Scotia
BMO Groupe financier
Caisse de dépôt et placement du Québec
Fédération des caisses Desjardins du Québec
Gaz Métro
Hydro-Québec
Industrie Canada
Investissements PSP
Ministère des Finances du Québec
Power Corporation du Canada
Raymond Chabot.Grant Thornton
Rio Tinto
State Street Global Advisors
Transat A.T.
Ville de Montréal

Partenaires universitaires

École Polytechnique de Montréal
HEC Montréal
McGill University
Université Concordia
Université de Montréal
Université de Sherbrooke
Université du Québec
Université du Québec à Montréal
Université Laval

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web.

ISSN 1499-8610 (Version imprimée) / ISSN 1499-8629 (Version en ligne)

Détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics en construction¹

Meilleures pratiques favorisant la concurrence

Youri Chassin², Marcelin Joanis³

Résumé/abstract

Dans la foulée d'allégations de collusion dans les contrats publics en construction, le présent rapport s'intéresse aux meilleures pratiques visant à détecter et prévenir la collusion dans les marchés publics. Sur la base des cadres réglementaires spécifiques, un survol des pratiques actuelles dans les marchés publics et de l'organisation du secteur de la construction est proposé. L'analyse économique de l'appel d'offres comme forme d'enchère, et du fonctionnement d'un cartel, permet aussi de mieux comprendre l'impact de la collusion dans les marchés publics. Ce rapport propose finalement, à partir d'un ensemble de pratiques reconnues, les moyens de détecter et de prévenir la collusion et des pistes d'action à mettre en place dans le cadre des marchés publics québécois.

Mots-clés : Collusion, cartel, construction, contrats, organismes publics, marchés publics, appel d'offres, enchère, concurrence, meilleures pratiques, truquage d'offres, soumissions concertées, formation.

With assertion of collusive behavior in public construction projects, this report looks at the best practices meant to detect and to deter collusion in procurement. Based on regulatory frameworks, an overview of actual processes in public procurement and of construction industry regulation is explored. The economic analysis of tender as a bidding process, and of a cartel's internal logic, helps understand the impact of collusive behavior in public procurement. Also, drawing on best practices, this report suggests the means to detect and to deter collusion with improvements to the Québec's public procurement framework.

Key words: Collusion, cartel, construction, contracts, public bodies, public procurement, tenders, bidding, competition, best practices, bid-rigging, formation.

¹ Nous souhaitons remercier l'Association de la construction du Québec (ACQ), et particulièrement Pierre Hamel, pour nous avoir permis de poursuivre nos recherches et réflexions sur les marchés publics, un travail que nous avons déjà entamé dans un rapport précédent. L'ACQ a rendu ce rapport possible et nous a fourni un corpus substantiel d'études et de documents divers au début de nos travaux. Nous souhaitons aussi souligner l'apport de Marcel Boyer et de Claude Montmarquette pour nous avoir mis sur des pistes intéressantes concernant les enchères, de Joanne Castonguay pour ses indications concernant la gestion des grands projets d'infrastructure publique, et de Roger Galipeau pour la nature pratique de ses réflexions sur les relations contractuelles des administrations publiques. Enfin, nous avons pu rencontrer Jacques Darveau, du Sous-secrétariat aux marchés publics, au Secrétariat du Conseil du trésor, qui s'est montré très ouvert afin de nous fournir toutes les réponses nécessaires. Grâce à eux, ce rapport est meilleur qu'il ne l'aurait été sinon. Bien entendu, les auteurs sont seuls responsables des lacunes de ce rapport.

² Professionnel de recherche, CIRANO.

³ Chercheur, CIRANO et GRÉDI. Professeur, Université de Sherbrooke.

Table des matières

Introduction	2
1. Le cadre réglementaire des marchés publics et du secteur de la construction	6
Le cadre réglementaire des marchés publics	
Quelques éléments particuliers de la réglementation dans le secteur de la construction	
2. Les enchères et les cartels	16
L'appel d'offres comme forme d'enchère	
La procédure d'appel d'offres	
Formation et fonctionnement d'un cartel	
3. Les meilleures pratiques de lutte à la collusion dans les marchés publics	34
Quelques exemples de moyens d'action mis en œuvre à l'international	
4. Conclusion et recommandations	42
Annexe 1 : Le cadre réglementaire des marchés publics	54
Annexe 2 : Les douze règlements de la <i>Loi sur les contrats des organismes publics</i>	60

Introduction

L'actualité de la dernière année a été marquée par des allégations autour de l'industrie de la construction et des contrats accordés par les administrations publiques du Québec⁴. Les soupçons de collusion, d'ingérence politique, de liens avec le monde du crime organisé ou d'intimidation sur les chantiers ont fait la manchette, créant l'impression diffuse que quelque chose ne tourne pas rond, bien que ces affaires n'aient généralement pas de lien entre elles.

Ces allégations font notamment état de coûts de construction plus élevés au Québec que dans d'autres provinces canadiennes et laissent croire à la présence de collusion. Une enquête policière a été lancée et suit toujours son cours. Pendant ce temps, le gouvernement du Québec a mis en place certaines mesures visant à corriger la situation, dont nous verrons la nature plus loin. D'autres mesures pourraient suivre.

C'est donc dans un contexte effervescent que l'Association de la construction du Québec (ACQ) a contacté le CIRANO pour la réalisation d'une étude portant sur les moyens de détecter et d'enrayer la collusion dans les marchés publics, avec une attention particulière aux les contrats publics de construction. Rappelons que l'ACQ est une association d'entrepreneurs en construction à adhésion volontaire fondée en 1989. Elle regroupe à la fois des entrepreneurs généraux et des entrepreneurs spécialisés. Les quatre axes de sa mission sont les suivants⁵ :

- Favoriser l'essor des entreprises de construction en développant des outils de gestion innovateurs et en offrant des activités de réseautage, de formation et de développement de marchés.
- Promouvoir les nouvelles pratiques en matière de construction, santé et sécurité, innovations technologiques et construction durable.
- Représenter, à titre d'agent patronal négociateur, les employeurs œuvrant dans les secteurs institutionnel-commercial et industriel (IC/I).
- Défendre les intérêts des entrepreneurs de la construction IC/I auprès des autorités gouvernementales et socio-économiques du Québec et du Canada.

L'objectif poursuivi

Qu'il y ait ou non collusion entachant les marchés publics n'est pas le propos de ce rapport. Par contre, prévenir et détecter la collusion en adoptant de bonnes pratiques demeure une tâche essentielle pour les administrations publiques responsables de gérer les deniers publics. Il s'agit d'un devoir de vigilance pour lequel des outils existent. Le présent rapport a pour finalité de documenter ces outils, d'expliquer les objectifs qu'ils visent à atteindre et d'établir lesquels pourraient être déployés dans les administrations publiques québécoises pour renforcer leur

⁴ Soulignons le rôle majeur de plusieurs reportages d'Alain Gravel et de Marie-Maude Denis de l'émission *Enquête*, à Radio-Canada, dont celui diffusé le 15 octobre 2009 portant sur la collusion dans l'industrie de la construction. Ce dernier reportage est d'ailleurs disponible en ligne : www.radio-canada.ca/emissions/enquete/2009-2010/Reportage.asp?idDoc=93395

⁵ Tirés du site Internet de l'ACQ, www.acq.org

capacité à lutter contre la collusion dans les marchés publics. Bien que les marchés publics en construction soient privilégiés, on verra que ces outils ont été développés dans un cadre plus large, englobant les marchés publics dans leur généralité.

Présentement, de nombreuses municipalités au Québec se dirigent vers l'adoption ou la révision de leurs politiques de gestion contractuelle suite à l'adoption du projet de loi 76 qui en fait désormais une obligation. Cette politique doit notamment inclure « des mesures favorisant le respect des lois applicables qui visent à lutter contre le truquage d'offres »⁶. Peut-être ce rapport pourra contribuer à leurs réflexions quant aux outils qu'elles choisiront.

La collusion dans les marchés publics

Par sa nature secrète, le phénomène de la collusion s'estime difficilement. Les affaires qui font l'objet d'enquêtes représentent à toutes fins pratiques la seule indication de son importance. Sachant que plusieurs cas peuvent ne jamais être mis au jour, il est particulièrement difficile de caractériser sa présence dans l'économie en général ou dans les marchés publics en particulier. Cependant, l'OCDE estime qu'une « partie significative des opérations des cartels implique le truquage des appels d'offres ou des marchés publics »⁷. On entend par cartel un « groupe d'entreprises indépendantes organisé ou non qui a comme but concerté de diminuer ou d'empêcher la concurrence entre ses participants »⁸.

Les marchés publics seraient donc particulièrement concernés par l'activité des cartels. Les contrats octroyés par les gouvernements présentent en effet des traits distinctifs qui en font des cibles de choix⁹. D'une part, les processus d'attribution des marchés publics sont caractérisés par leur grande transparence. Les exigences réglementaires auxquelles ils sont soumis sont connues et détaillées afin d'éviter tout favoritisme, de lutter contre la corruption et de décourager la fraude. Ironiquement, la divulgation des processus d'attribution renseigne aussi les groupes mal intentionnés qui s'en servent pour leur propre profit, ce qui rend les marchés publics plus vulnérables à la collusion. À titre d'exemple, lorsque l'identité et les montants offerts par les soumissionnaires sont rendus publics, ces renseignements donnent au cartel l'opportunité de vérifier que tous ont bien respecté l'entente collusoire, ou d'organiser les représailles si ce ne fut pas le cas.

D'autre part, les marchés publics souffrent d'une meilleure prévisibilité que les contrats privés parce que les budgets de fonctionnement et d'investissement des organismes publics, en plus d'être connus, sont souvent ajustés sur la base de l'année précédente. Enfin, les marchés publics

⁶ Projet de loi 76, art.14

⁷ OCDE, « Fighting Cartels in Public Procurement », *Policy Brief*, Octobre 2008.

⁸ Il s'agit de la définition du Bureau de la concurrence du Canada, voir :

www.bureaudeconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_02760.html

⁹ OCDE, « Fighting Cartels in Public Procurement », op.cit.

mettent en jeu des sommes considérables qui tournent autour de 16% du PIB dans les pays membres de l'OCDE¹⁰. De telles sommes attisent les convoitises.

L'impact principal de la collusion sur les marchés publics est l'augmentation des prix payés par les organismes publics. L'OCDE fait état d'une augmentation moyenne des prix de l'ordre de 20% à 30%. Ce constat se base notamment sur une étude de John M. Connor, *Price Fixing Overcharges : Legal and Economic Evidence*¹¹, qui se fonde sur 500 cas d'ententes collusoires en comparant les prix des marchés publics lorsque les cartels étaient en place avec les prix obtenus lors de leur démantèlement. Des cas particuliers ont toutefois donné lieu à des augmentations de prix de 60% à 70% aux États-Unis¹². Bien que ces cas ne soient pas spécifiques à l'industrie de la construction ni aux marchés publics québécois, cela montre l'effet négatif que peut engendrer la collusion au détriment des administrations publiques.

Les entreprises qui forment une entente collusoire partagent le même objectif de maximiser leurs profits en augmentant les coûts pour les organismes publics. Comme le fonctionnement d'un cartel s'inscrit généralement dans la durée, il se peut que dans certaines occasions les membres d'un cartel s'entendent pour *réduire* le prix de la soumission gagnante s'il s'agit par exemple de court-circuiter une entreprise qui ne fait pas partie du cartel ou de punir un membre qui n'en a pas respecté les règles¹³. Si l'acheteur public se trouve alors avantage, il faut présumer que le cartel adopte cette stratégie parce qu'elle lui apparaît payante à long terme. Et règle générale, la collusion a la particularité d'être un jeu à somme nulle : ce qui profite au cartel nuit à l'acheteur public! En contexte de ressources limitées, cela signifie aussi que la présence de collusion réduit la quantité et/ou la qualité des services publics offerts au détriment des contribuables, ce qui justifie amplement de lui faire la lutte afin de favoriser la concurrence.

Les thèmes abordés

Les contrats accordés par les administrations publiques québécoises, ou marchés publics, se caractérisent par un cadre réglementaire précis qui en assure la transparence et l'intégrité. Ce cadre formalise bon nombre des processus suivis dans l'attribution des contrats gouvernementaux. Le secteur de la construction aussi se distingue par une réglementation étendue. À travers l'exploration de ces cadres réglementaires respectifs, le premier chapitre de ce rapport présente la réalité des marchés publics en général, et de l'industrie de la construction au Québec en particulier.

¹⁰ Selon le site Internet de l'OCDE :

www.oecd.org/document/57/0,3343,fr_2649_34135_42344377_1_1_1_1,00.html

¹¹ John M. Connor (2007), « Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence », in Richard Zerbe, John Kirkwood (ed.) *Research in Law and Economics*, Vol 22, pp.59-153

¹² OCDE, 2005, *Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998*, p.27

¹³ John Asker, 2010, « A Study of the Internal Organization of a Bidding Cartel », *American Economic Review*, Vol. 100, No 3 (Juin 2010), p. 724-62

Lutter contre la collusion, c'est d'abord en comprendre les tenants et aboutissants. Or, la science économique s'est intéressée au phénomène de la collusion, et à sa présence dans les marchés publics, à travers les théories des enchères et des cartels. Le second chapitre décortiquera les règles qui gouvernent ces deux phénomènes d'un point de vue économique. Il établira aussi, en regard de ce corpus théorique, les étapes du processus d'appel d'offres, les situations favorisant l'apparition des cartels, les stratégies employées et les indices servant à les repérer.

La lutte aux cartels existants doit se doubler d'un exercice de prévention afin de prémunir au mieux les marchés publics contre leur apparition. À cet effet, un ensemble de lignes directrices quant aux meilleures pratiques à mettre en place a été développé dans certaines organisations faisant autorité en la matière, principalement l'OCDE et le Bureau de la concurrence du Canada. Ces pratiques recommandées sont détaillées dans le troisième chapitre de ce rapport, qui se conclura par un chapitre consacré à des recommandations en matière de lutte à la collusion dans les marchés publics au Québec.

Chapitre 1

Le cadre réglementaire des marchés publics et du secteur de la construction

On désigne de façon générique comme marchés publics tous les contrats accordés par les administrations publiques à des entreprises pour se procurer des biens, des services ou encore pour réaliser des travaux de construction.

Au Québec, les marchés publics du gouvernement provincial représentent plus de 14 milliards \$, soit près de 5 % du PIB. Il est bon de noter que cela n'inclut pas les marchés publics fédéraux, qui représentent environ 40 milliards de dollars¹⁴, soit 2,6 % du PIB canadien. Les marchés publics des municipalités québécoises s'élevaient quant à eux à huit milliards de dollars en 2008¹⁵.

Les marchés publics impliquent des sommes importantes et dont le gouvernement est redevable. Ils sont donc encadrés par une législation et une réglementation qui précisent les processus de passation et d'attribution des contrats. Ce chapitre abordera aussi quelques aspects de la réglementation du secteur de la construction au Québec.

Le cadre réglementaire des marchés publics

Ce cadre réglementaire se compose d'abord d'un ensemble d'accords interprovinciaux ou internationaux qui ouvrent les marchés publics du Québec aux entreprises d'autres provinces ou pays. Dans un deuxième temps, les lois et règlements adoptés par les administrations publiques québécoises permettent de décrire les processus suivis dans la passation d'un marché public.

Les accords interprovinciaux et internationaux sur les marchés publics¹⁶

Le Québec s'est doté de quatre accords libéralisant ses marchés publics, soit l'Accord de commerce intérieur (ACI) entre les provinces canadiennes, l'Accord Québec-New York (AQNY), l'Accord Québec-Ontario (AQO) et l'Accord Québec-Nouveau-Brunswick (AQNB).

¹⁴ Selon ce site du MDEIE, sous la question *Quelle est la valeur des marchés publics ?* <http://www.mdeie.gouv.qc.ca/index.php?id=2312>. Ce site donne un aperçu très complet des marchés publics québécois. La valeur du PIB est tirée des comparaisons interprovinciales de l'Institut de la statistique du Québec.

¹⁵ Rapport du groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux (Rapport Coulombe), *Marchés publics dans le milieu municipal*, mars 2010, p.1

¹⁶ Cette description des accords portant sur les marchés publics reprend des extraits de Marcelin Joanis, Youri Chassin et Lydia Yakonowski, *Marchés publics et développement économique au Québec*, Rapport de projet, version mise à jour en mai 2010, 86 pages. On retrouvera à l'Annexe 1 le texte de ce rapport concernant le cadre législatif des marchés publics.

De plus, depuis le 16 février 2010, le Québec et les autres provinces canadiennes sont tenues d'ouvrir leurs marchés publics aux fournisseurs étasuniens en vertu de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics (Accord CA-EUA).

Essentiellement, les accords conclus par le Québec visent l'ouverture réciproque des marchés publics aux entreprises des juridictions concernées au-delà de certains seuils. Les seuils applicables sont, en règle générale, les suivants :

Tableau des seuils généralement applicables dans les accords sur les marchés publics¹⁷

	Ministères et organismes du gouvernement	Éducation et Santé et services sociaux	Municipalités et organismes municipaux	Entités exerçant des activités de nature commerciale ou industrielle
Biens	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Services	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Construction	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	5 millions \$

Note : L'Accord sur le commerce intérieur (ACI) prévoit des seuils de 250 000\$ pour les marchés publics en construction des réseaux et des municipalités. Les services de publicité et de relations publiques sont libéralisés au-delà d'un seuil de 200 000\$ pour les ministères et organismes, mais sont exclus des services pour les autres entités publiques.

Ces accords forment le premier volet du cadre réglementaire des marchés publics québécois¹⁸. Le second volet est composé des lois et règlements applicables au Québec, à commencer par la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

La Loi sur les contrats des organismes publics

Dans cette loi, trois processus sont prévus pour l'attribution de contrats, soit l'appel d'offres, la conclusion d'un contrat de gré à gré ou la conclusion d'un contrat inférieur au seuil d'appel d'offres, soit les contrats de moins de 100 000\$ en règle générale. Ces seuils sont déterminés dans les accords de libéralisation des marchés publics conclus par le Québec. Même si un marché public particulier n'est pas visé par ces accords, les seuils demeurent les mêmes selon l'article 10 de la Loi. Il peut par contre être restreint aux entreprises québécoises.

Ainsi, lorsque le montant d'un contrat est supérieur au seuil financier, il doit être conclu par appel d'offres sauf si certaines circonstances permettent la conclusion de l'accord de gré à gré¹⁹. Au moins l'une des conditions suivantes doit alors être invoquée :

¹⁷ Ce tableau est tiré de *Marchés publics et développement économique au Québec*, op.cit.

¹⁸ Le Secrétariat du Conseil du trésor présente sur son site Internet des tableaux synthèses des ententes de libéralisation des marchés publics conclues par le Québec :

www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/tableaux-syntheses/

¹⁹ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art.13

- Une situation d'urgence mettant en danger la sécurité des personnes ou des biens;
- L'existence d'un seul contractant ou fournisseur possible;
- La nature confidentielle ou protégée du contrat;
- Ou lorsqu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public.

Au contraire, lorsque le montant d'un contrat est inférieur au seuil financier, l'organisme public n'est pas tenu de recourir à la procédure d'appel d'offres. Les règles concernant les contrats inférieurs aux seuils l'encouragent à favoriser les contractants de la région concernée par le marché public, à effectuer une rotation parmi les concurrents et à mettre en place des contrôles assurant le respect des coûts ainsi que l'efficacité et l'efficience des procédures. L'organisme public peut aussi recourir à l'appel d'offres sur invitation par lequel certaines entreprises sont invitées à déposer une soumission sans que l'appel d'offres ne soit ouvert à toutes les entreprises intéressées.

En outre, la Loi permet aux organismes publics de regrouper leurs achats, principalement dans le but de réaliser des économies. Ces regroupements permettent aussi aux organismes publics de mettre en commun le savoir-faire de leurs fonctionnaires afin d'obtenir les meilleurs résultats possibles.

Cette loi comporte douze règlements, dont on retrouvera la liste complète à l'Annexe 2. Quatre règlements fixent les tarifs d'honoraires pour des services professionnels, trois autres explicitent les conditions pour la disposition, l'achat et la location d'immeubles et un règlement fixe les règles entourant le versement d'intérêts aux fournisseurs du gouvernement. Enfin, quatre règlements portent respectivement sur les contrats d'approvisionnement, les contrats de services, les contrats de concession et les contrats de travaux de construction des organismes publics. Au sens de la Loi, les contrats d'achat ou de location de biens constituent des contrats d'approvisionnement.

Le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics

Trois règlements articulent la *Loi sur les contrats des organismes publics* pour les contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction respectivement. Ces règlements partagent une bonne partie de leur contenu, bien que certains éléments soient spécifiques au type de contrat en question. La diffusion d'un appel d'offres, les documents d'appel d'offres, les conditions d'adjudication du contrat, le règlement des différends et l'évaluation du rendement sont les éléments communs prévus aux trois règlements.

Les marchés publics en construction sont régis par la *Loi sur les contrats des organismes publics* ainsi que par le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* qui en découle. La définition que donne la loi des marchés publics en construction est la suivante : « les contrats de travaux de constructions visés par la *Loi sur le bâtiment* (chapitre B-1.1) pour lesquels le contractant doit être titulaire de la licence requise en vertu du chapitre IV de cette loi »²⁰.

²⁰ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art.3

Le règlement prévoit aussi l'exigence d'une garantie de soumission automatique lorsque le montant de l'appel d'offres est estimé à 500 000\$ ou plus, cette exigence étant autrement facultative. On y précise que « lorsqu'une garantie de soumission est exigée, l'entrepreneur doit également fournir, avant la signature du contrat, une garantie d'exécution ainsi qu'une garantie des obligations de l'entrepreneur pour gages, matériaux et services »²¹. Il s'agit d'une particularité des contrats publics en construction.

L'attribution d'un contrat public se fait uniquement sur le prix sauf lorsqu'on a recours à la procédure du *prix qualifié*. Par contre, cette possibilité n'est pas présente pour les contrats de construction. Dans ce cas, deux étapes sont nécessaires, soit l'évaluation de la qualité suivie de l'attribution au meilleur prix²².

Les assurances de qualité, comme les normes ISO, peuvent être requises par le donneur d'ouvrage. Toutefois, si cela a pour effet de limiter la concurrence, le soumissionnaire qui offre ces assurances de qualité peut bénéficier d'une marge préférentielle de 5% maximum à ceux qui ne sont pas accrédités en vertu d'un tel système d'assurance de qualité.

Dans le cas particulier où il n'y aurait qu'un seul soumissionnaire, ou lorsqu'une seule offre est acceptable, une autorisation est requise pour conclure l'appel d'offres avec ce dernier²³. C'est aussi le cas lorsqu'il y a des modifications au contrat conclu²⁴.

Un autre cas particulier est celui d'une *égalité* entre deux soumissions. Dans ce cas, le soumissionnaire gagnant est déterminé par tirage au sort²⁵.

Politique de gestion contractuelle concernant le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres des contrats des organismes publics

Dans la foulée des allégations divulguées dans les médias, le Secrétariat du Conseil du Trésor a fait paraître une nouvelle politique de gestion contractuelle, entrée en vigueur en octobre 2009, offrant des suggestions aux organismes publics pour s'assurer de l'honnêteté et de l'intégrité des entreprises qui font affaires avec eux. Y sont notamment suggérés les moyens suivants :

1° mettre en place des mesures lui permettant de s'assurer que le soumissionnaire ou l'un de ses représentants n'a pas communiqué ou tenté de communiquer avec l'un des membres du comité de sélection relativement à l'appel d'offres pour lequel il a présenté une soumission et ce, notamment dans le but de l'influencer;

2° mettre en place des mesures favorisant le respect de toutes les lois applicables, dont la loi fédérale sur la concurrence (chap. C-34) visant notamment à lutter

²¹ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art.11

²² *idem*, art.22

²³ *idem*, art.36 à 38

²⁴ *idem*, art.44 à 49

²⁵ *idem*, art.17

contre le truquage des offres, et prévoir qu'advenant qu'une entreprise contrevenne à l'une ou l'autre des lois applicables, le contrat pourra ainsi, selon le cas, ne pas être conclu ou résilié;

3° se réserver le droit de réclamer à tout soumissionnaire une somme d'argent représentant la différence entre le montant de sa soumission et celle subséquemment retenue s'il est en défaut de donner suite à sa soumission; et ce, afin d'éviter que des soumissionnaires s'entendent au préalable;

4° préciser que la possibilité de n'accepter aucune des soumissions reçues prévue au document d'appel d'offres s'applique notamment lorsqu'il juge que les prix sont trop élevés ou disproportionnés ou ne reflètent pas un juste prix;

5° prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir toute situation susceptible de compromettre l'impartialité et l'objectivité du processus d'appel d'offres et de la gestion du contrat qui en résulte, notamment pour prévenir les situations de conflits d'intérêts, les gestes d'intimidation, de trafic d'influence ou de corruption²⁶.

Ces pistes intéressantes donnent de nouveaux outils aux administrations publiques.

La Loi canadienne sur la concurrence

Il faut faire mention en terminant de la *Loi canadienne sur la concurrence* (Chap. C-34). Cette Loi fédérale est la référence applicable en matière de complot (article 45) et de truquages d'offres (article 47) qui représentent les principales conséquences de la collusion pour les administrations publiques. Elle comporte des dispositions criminelles et civiles. Les peines prévues pour le truquage d'offres vont des amendes (aucun maximum prévu) à des peines d'emprisonnement (maximum de 14 ans). L'article 36 prévoit aussi un « recours permettant aux victimes de poursuivre les contrevenants afin de recouvrer des dommages-intérêts causés par le truquage d'offres »²⁷.

L'article 47 concernant le truquage d'offres en précise les éléments essentiels : il y a truquage d'offres lorsque plusieurs personnes (entreprises) qui, par un accord ou un arrangement, prévoient qu'une soumission sera retirée ou ne sera pas présentée, ou que seront présentées une ou des soumissions qui sont le fruit de cet accord ou de cet arrangement. Enfin, l'accord ou l'arrangement n'est pas porté à la connaissance de l'autorité passant l'appel d'offres.

²⁶ *Politique de gestion contractuelle concernant le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres des contrats des organismes publics*, art.4

²⁷ Bureau de la concurrence du Canada, *Truquage des offres : sensibilisation et prévention*. Présentation.

Quelques éléments particuliers de la réglementation dans le secteur de la construction

Les marchés publics en construction répondent à un encadrement réglementaire propre aux marchés publics. Mais ils sont aussi influencés par la réglementation du secteur de la construction dans son ensemble. C'est pourquoi il est pertinent d'en présenter quelques éléments particuliers.

Dans toutes les sociétés, plusieurs secteurs industriels sont encadrés par une réglementation visant divers objectifs : protection du public, garantie de qualité, protection de l'environnement, etc. Le secteur de la construction au Québec apparaît toutefois comme un cas particulier par rapport aux secteurs de la construction des autres provinces canadiennes et même par rapport aux autres secteurs économiques québécois. Son cadre réglementaire largement ramifié émane principalement de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, mieux connue sous le nom de Loi R-20.

Selon la Commission de la construction du Québec (CCQ), l'organisme public chargé de l'application de la Loi R-20, la réglementation relative à la construction s'explique par plusieurs facteurs propres à cette industrie : « fluctuations économiques, mobilité importante de la main-d'œuvre et des entreprises, (...) travailleurs qui n'ont pas de lien d'emploi permanent »²⁸. L'industrie de la construction dépend en effet des investissements, une composante du PIB particulièrement cyclique. Les investissements publics peuvent par ailleurs représenter un important levier de relance économique dans les périodes de ralentissement ou de récession, comme ce fut le cas ces dernières années. Les conditions climatiques québécoises créent aussi des cycles saisonniers chaque année. La succession des chantiers pour une même entreprise, la rotation des métiers présents à différents moments sur un chantier et la mobilité des travailleurs entre les entreprises représentent aussi des facteurs d'instabilité²⁹.

La *Loi sur le bâtiment* et la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, administrées par la Régie du bâtiment du Québec, constituent le volet législatif encadrant la qualité et la sécurité des bâtiments au Québec³⁰. Pour oeuvrer dans le secteur de la construction, une entreprise doit détenir une licence d'entrepreneur délivrée par la Régie du bâtiment du Québec. Les travailleurs de la construction, quant à eux, sont tenus de détenir un certificat de compétence délivré par la CCQ.

²⁸ Cette citation est extraite du site Internet de la CCQ : www.ccq.org, où cette dernière présente un bref portrait de l'industrie de la construction du Québec.

²⁹ La CCQ fait part de ces éléments caractérisant le secteur de la construction malgré que d'autres industries puissent partager les mêmes facteurs d'instabilité. Bien que chaque industrie soit unique, on peut penser par exemple à l'industrie du cinéma où les conditions climatiques et la mobilité des équipes de tournage entre les projets de film créent aussi beaucoup d'instabilité, tant pour les entreprises de production que pour les travailleurs.

³⁰ Les lois administrées par la Régie du bâtiment du Québec sont en fait au nombre de cinq et incluent aussi la *Loi sur les appareils sous pression*, la *Loi sur l'économie de l'énergie dans le bâtiment* ainsi que la *Loi sur les mécaniciens de machines fixes*. On trouvera cette liste en ligne sur le site de la Régie du bâtiment du Québec :

www.rbq.gouv.qc.ca/dirLoisReglementsCodes/dirLoiReglement/liste_lois.asp.

L'objet de cette section n'est pas de faire le tour de toute la réglementation de ce secteur, une tâche colossale, mais plutôt de mettre en relief certaines différences pour nourrir la réflexion. Après un bref portrait économique de l'industrie de la construction, les éléments suivants apparaissent les plus pertinents : les métiers de la construction, l'affiliation syndicale obligatoire et le placement syndical, ainsi que les négociations de conventions collectives centralisées.

Un bref portrait économique de l'industrie de la construction

Au Québec, la construction représente une industrie d'environ 15 milliards de dollars et de 200 000 emplois, soit 5% de l'activité économique et de l'emploi³¹. C'est un peu moins que dans l'ensemble du Canada. Par contre, la productivité en construction au Québec surpasse de 20% la moyenne canadienne du secteur entre 1997 et 2009, selon Statistique Canada³². Ce niveau de productivité est comparable à l'ensemble des secteurs au Québec alors que la productivité de la construction est plus faible que celle de l'ensemble des secteurs dans le reste du Canada. Une base de donnée compilée par le Centre d'étude des niveaux de vie (CENV) révèle toutefois que la construction de bâtiments non résidentiels, une catégorie plus adéquate lorsqu'il est question de construction industrielle, commerciale et institutionnelle, ne présenterait pas exactement le même portrait³³. La productivité au Québec accuserait un léger retard de l'ordre de 2% sur la moyenne canadienne.

Selon les licences détenues au 31 mars 2009, le nombre d'entrepreneurs en construction au Québec atteignait 38 307 précisément³⁴. Parmi ces entrepreneurs, 37 795 étaient titulaires d'au moins une licence d'entrepreneur spécialisé et 15 566 d'entre eux étaient des entrepreneurs généraux reconnus. Fait intéressant, la Régie du bâtiment du Québec a reçu 7 206 demandes de délivrance de licence en 2008-2009. Enfin, parmi les entreprises du secteur de la construction, la CCQ établit que 85% compte cinq salariés ou moins.

L'industrie de la construction se divise généralement en quatre grandes catégories selon le type d'ouvrage réalisé : le résidentiel, l'industriel, le commercial/institutionnel et les travaux de génie et voirie. Les contrats de construction accordés par les organismes publics se concentrent dans les catégories de l'institutionnel et des travaux de génie et voirie.

³¹ Selon les données de Statistique Canada, CANSIM 379-0025 (1997-2006) et 383-0011 (1997-2009).

³² CANSIM, 383-0011, la productivité étant la valeur ajoutée en moyenne, en dollars, par heure travaillée.

³³ La base de données utilisée ici est l'ancienne base de donnée qui n'est plus compilée. Les dernières données disponibles datent donc de 2006. On peut consulter ces données en ligne : www.csls.ca. Comme les données utilisées ne couvrent qu'une année contrairement aux données extraites de CANSIM, on ne peut les comparer directement.

³⁴ Régie du bâtiment du Québec, *Rapport annuel de gestion 2008-2009*, septembre 2009, 103 pages. Voir les sections *La Régie en chiffres* et l'Annexe 3 : *Nombre de titulaires des sous-catégories d'entrepreneurs généraux et spécialisés*.

Les métiers de la construction

Le Québec compte 26 métiers réglementés par la Commission de la construction du Québec. Les métiers de la construction sont définis dans le cadre du *Règlement sur la formation professionnelle de la main-d'œuvre de l'industrie de la construction*. Ce que la CCQ désigne plutôt comme des *occupations* relève de l'application des conventions collectives.

La division en 26 métiers se fonde sur l'idée que la division des tâches permet une plus grande spécialisation. La formation obligatoire de chaque métier assurerait ainsi une grande compétence se traduisant par une productivité accrue. A contrario, cette spécialisation limiterait la polyvalence puisqu'un travailleur ne peut effectuer que les tâches qui lui sont attribuées par le règlement.

La reconnaissance des qualifications professionnelles des métiers de la construction au Québec a aussi posé un défi d'harmonisation avec la législation de l'Ontario. En effet, la province voisine ne comptait que sept métiers nécessitant une qualification obligatoire. La réglementation québécoise était ainsi perçue par les travailleurs ontariens comme une barrière à leur mobilité puisqu'ils ne pouvaient pour la plupart travailler sur les chantiers québécois sans passer par un processus complexe de reconnaissance de leurs compétences. En juin 2006, toutefois, une entente a été conclue entre les deux gouvernements pour simplifier les exigences posées aux travailleurs ontariens en matière de reconnaissance de compétences.

Pour les entrepreneurs généraux, les chantiers de construction requièrent une succession d'interventions de différents métiers, ce qui suppose une gestion de projet rigoureuse ne laissant pas de place à l'imprévu. Il est donc possible qu'une organisation du travail qui n'est pas optimale ou qui est bousculée par des impondérables vienne augmenter les coûts d'un chantier. La polyvalence d'un même travailleur pour des tâches relevant de plusieurs métiers permettrait de diminuer cette contrainte. La Commission de la construction du Québec (CCQ) a estimé qu'environ 10% des travailleurs détiennent des compétences certifiées dans plusieurs métiers³⁵. D'ailleurs, cette dernière travaille présentement à mettre en place davantage de passerelles de formations entre les différents métiers afin d'accroître cette polyvalence.

L'affiliation syndicale obligatoire et le placement syndical

En vertu de la Loi R-20, tout travailleur de la construction doit choisir un syndicat parmi les cinq associations représentatives reconnues : la CSD-construction, la CSN-construction, la FTQ-construction, le Conseil provincial du Québec des métiers de la construction international et le Syndicat québécois de la construction. Selon leur représentativité, ces associations syndicales participent aux négociations de conventions collectives centralisées (voir ci-après).

Par ailleurs, les syndicats disposent de bureaux de placement afin de trouver du travail à leurs membres puisque, souvent, les travailleurs de la construction changent fréquemment de chantier

³⁵ Cette donnée nous a été communiquée par Louis Delagrave, de la CCQ, que nous remercions de sa collaboration.

et d'employeur. Ces bureaux de placement ne jouissent pas d'une exclusivité formelle du placement sur des chantiers précis et doivent suivre certaines règles, comme la priorité à l'embauche régionale³⁶.

Les négociations de conventions collectives centralisées

Dans l'industrie de la construction, le coût de la main-d'œuvre n'est pas le résultat de négociations entre l'employeur et le travailleur, ni même entre l'employeur et le syndicat, mais résulte d'une négociation centralisée entre des représentants des employeurs et des syndicats pour l'ensemble des travailleurs québécois. Ce régime de négociation de conventions collectives échappe donc au Code du travail et se trouve codifié dans la Loi R-20.

Autrement dit, pour un contrat de construction donné, les travailleurs nécessaires des différents métiers relèvent des mêmes échelles salariales, peu importe l'entrepreneur qui réalise le contrat. De ce point de vue, il est probable que la variabilité des salaires entre travailleurs d'un même métier soit moindre dans ce régime de négociations collectives centralisées qu'elle ne l'aurait été pour des salaires relevant de négociations décentralisées. S'il ne s'agit pas d'une certitude, cette possibilité apparaît néanmoins pertinente dans la mesure où les coûts de la main-d'œuvre syndiquée entre différents entrepreneurs ne représentent plus un facteur de concurrence entre soumissionnaires dans le cadre d'un marché public. Les coûts de la main-d'œuvre étant fixés hors du cadre de l'entreprise, celle-ci se retrouve *preneuse de prix*, selon le jargon économique, c'est-à-dire que l'entreprise n'a pas d'influence sur le prix (salaire) fixé comme en aurait une entreprise dominant largement un marché, par exemple.

D'un point de vue général, l'impact de la réglementation particulière au secteur de la construction sur la concurrence se traduit sans doute davantage sur un autre plan. Malgré l'ouverture des marchés publics du gouvernement du Québec aux entreprises des autres provinces et d'ailleurs, il semble que ces entreprises se manifestent très peu lors des appels d'offres québécois. Pour une entreprise en construction hors-Québec, l'adaptation à la réglementation particulière du Québec peut certainement être vu comme un obstacle. De ce fait, la réglementation réduit fort probablement les possibilités des administrations publiques d'intéresser le plus grand nombre d'entreprises possible à leurs appels d'offres.

³⁶ Voir le *Règlement sur l'embauche et la mobilité des salariés dans l'industrie de la construction*, dont l'article 35 traite de la priorité à l'embauche régionale.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

the first of these is the fact that the system is not a simple one, but a complex one, and the second is the fact that the system is not a simple one, but a complex one.

Chapitre 2

Les enchères et les cartels

Le présent chapitre propose un survol de la théorie des enchères, dont l'appel d'offres est un cas particulier, avant de présenter le déroulement typique d'un appel d'offres et diverses considérations s'y rattachant. Enfin, la présence de cartel est un cas de figure qui vient fausser les enchères, comme c'est le cas lorsqu'il y a collusion dans le cadre d'un appel d'offres. Ce thème sera aussi abordé dans ce chapitre.

L'appel d'offres comme forme d'enchère

Lorsqu'il est question d'enchères, on pense spontanément à la vente de biens à la criée jusqu'à ce que plus personne ne renchérisse. Le lot est alors « adjugé » à la personne ayant proposé le prix le plus élevé. Ce type d'enchère, qu'on appelle l'enchère ascendante ou enchère anglaise, n'est toutefois pas le seul. Il existe aussi l'enchère « descendante » ou l'enchère hollandaise. Dans ce cas, « le prix proposé, au départ supérieur à l'offre maximale de tous les candidats, est baissé par étapes, jusqu'à ce qu'un candidat se déclare preneur »³⁷.

Dans les deux cas, l'objectif du vendeur est le même, soit d'obtenir le meilleur prix pour ce qu'il offre. La différence entre ces deux formes d'enchères entraîne toutefois une conséquence qui mérite que l'on s'y attarde. Dans l'enchère ascendante, chaque candidat à l'achat reste en lice jusqu'à ce que le prix dépasse la valeur maximale qu'il est prêt à déboursier. Cette évaluation personnelle de la valeur maximale estimée par chaque candidat est donc révélée par le processus d'enchère puisque c'est à ce prix qu'il cesse de renchérir. Le seul candidat dont le prix maximal n'est pas révélé est celui qui remporte l'enchère, puisque le prix qu'il paie n'a uniquement besoin que de surpasser le prix maximal du deuxième candidat le plus offrant. Le résultat de ce type d'enchère est que « le bien est attribué à ce candidat « le plus offrant », mais à un prix de cession égal à l'offre la plus élevée parmi celles des candidats éliminés, appelé 'deuxième prix' »³⁸.

L'enchère descendante, quant à elle, ne révèle pas le prix maximal des participants puisque l'enchère s'arrête dès que le candidat le plus offrant est preneur. Cependant, encore là, le prix maximal que le candidat le plus offrant aurait été prêt à payer n'est pas révélé. La raison en est simple et illustre le comportement stratégique des joueurs. Le candidat le plus offrant souhaite remporter l'enchère, et donc être le plus offrant, mais au plus bas prix possible, soit à un prix à peine plus élevé que celui du deuxième plus offrant. Il ignore le prix qu'est disposé à payer le deuxième plus offrant. Néanmoins, le candidat le plus offrant, « sachant que, s'il l'emporte, il aura à payer le prix qu'il aura déclaré (et non celui de la deuxième offre) sera logiquement amené à présenter une offre inférieure à sa véritable évaluation »³⁹.

³⁷ Élie Cohen, Michel Mougeot, *Enchères et gestion publique*, Rapports du Conseil d'analyse économique, (Paris : La documentation française, 2001), p. 17

³⁸ idem

³⁹ idem, p.18

Ces deux types d'enchères se déroulent en présence des participants. Il existe cependant une procédure similaire, mais dans laquelle les prix proposés par les candidats sont remis « sous plis scellés », c'est-à-dire sous forme de document secret. Dans ce cas, selon la procédure choisie, le candidat le plus offrant remporte l'enchère mais paie soit son offre, comme dans l'enchère descendante, ou l'offre du deuxième plus offrant, comme dans l'enchère ascendante. On parle alors respectivement d'enchères sous plis scellés au premier prix ou au deuxième prix.

Dans tous les cas, le vendeur obtient des renseignements qu'il n'avait pas sur la valeur de ce qu'il vend. Ce sont les acheteurs potentiels qui détiennent cette information et que l'enchère leur fait révéler. C'est pourquoi une enchère est une solution à l'*asymétrie d'information* qui existe entre le vendeur et les acheteurs.

Un résultat clé de la théorie économique : pour que l'enchère donne le meilleur résultat possible pour le vendeur, les acheteurs doivent se livrer concurrence. Si au contraire les acheteurs coopèrent, ils en tireront collectivement une plus grande utilité. Ce résultat, en termes de marchés publics, se traduit ainsi : si les soumissionnaires se font concurrence, l'organisme public obtiendra le meilleur prix. Mais en cas de collusion, ce sont les entrepreneurs, ou fournisseurs, qui en tireront profit.

Enfin, il existe une autre forme de mise en concurrence qui n'est pas à proprement parler une enchère puisque les candidats ne s'affrontent pas sur le prix proposé. Il s'agit au contraire d'une compétition dont le prix est fixé d'avance et est décerné au candidat proposant la meilleure qualité. On parle alors de « concours de beauté ».

La procédure de l'appel d'offres vise justement à mettre en concurrence plusieurs candidats potentiels afin d'obtenir le meilleur prix pour une qualité minimale fixe. Parfois, l'objectif peut être d'obtenir la meilleure qualité ou le meilleur projet pour un prix fixé à l'avance (concours de beauté), par exemple dans le cas de concours architecturaux. Mais comme dans tous les marchés publics, l'appel d'offres a lieu parce que l'autorité adjudicatrice n'a pas elle-même la capacité de produire les biens, services ou travaux voulus. Cela signifie aussi qu'elle ne connaît sans doute pas tous les paramètres pour déterminer le prix final (ou la qualité). Cette ignorance de la part de l'administration publique est la conséquence de l'asymétrie d'information que l'appel d'offres vient solutionner. C'est à ce titre que l'appel d'offres est une forme d'enchère visant à neutraliser l'impact de l'asymétrie d'information par la mise en compétition.

Le mécanisme s'enraille toutefois si cette compétition fait défaut. En effet, lorsqu'une seule entreprise est en mesure d'offrir un bien ou un service, cette dernière fixe le prix de ce bien ou de ce service pour l'ensemble du marché. Un monopole, puisque c'est de cela dont il s'agit, maximise sa rentabilité en fixant un prix à un niveau supérieur à ce qu'il aurait été dans un marché concurrentiel. La procédure d'enchère est impuissante face à un monopole.

La collusion est le cas particulier d'un marché sur lequel plusieurs entreprises sont présentes, mais qui s'entendent entre elles pour harmoniser des volets de leurs stratégies d'affaires. Bien souvent, l'entente entre les entreprises vise à fixer des prix supérieurs à ce qu'ils auraient été en laissant jouer la concurrence. Pour simplifier, la collusion permet à plusieurs entreprises d'agir

comme un monopole tout en gardant l'apparence d'un marché concurrentiel par la formation d'un cartel, une notion qui sera abordée plus loin.

Le second résultat de la théorie des enchères est que le choix de la procédure d'attribution du marché public a son importance⁴⁰. Par exemple, l'enchère sous pli scellé est moins susceptible à la collusion que les enchères ouvertes où les soumissionnaires communiquent des renseignements sur leur évaluation aux autres soumissionnaires chaque fois qu'ils renchérissent. L'appel d'offres se déroule donc sous plis scellés parce que chaque soumissionnaire soumet une offre finale sensée correspondre à son meilleur prix⁴¹. L'incertitude entourant les soumissions est plus importante dans ce cas.

Pour un cartel, l'enchère sous plis scellés requiert une décision « à l'avance » sur le prix de la soumission présumée remporter l'enchère et sur l'identité du soumissionnaire gagnant. Si une entreprise concurrentielle dépose une soumission sans que le cartel ne le sache, elle aura d'excellentes chances de remporter l'appel d'offres face aux prix « gonflés » que propose le cartel. Cela encourage les entreprises plus petites ou qui pèsent moins lourd sur le marché, surtout s'il y a des soupçons de collusion. Enfin, ce type d'enchères maximise la rentabilité de la défection pour les participants d'ententes collusoires. L'administration publique en sort donc gagnante.

Notons que les appels d'offres pourraient très bien se dérouler selon la procédure de l'enchère sous plis scellés au deuxième prix, mais c'est la procédure au premier prix qui est usuelle.

La procédure d'appel d'offres

L'appel d'offres public représente la règle générale dans l'attribution des contrats au-delà des seuils. C'est aussi la procédure qui ouvre le plus la porte à la compétition en invitant toutes les entreprises intéressées et en promettant l'attribution du contrat au plus bas soumissionnaire. Par rapport aux autres procédures de passation de marchés publics, l'appel d'offres apparaît plus encadré, et de là, potentiellement moins flexible et plus coûteuse. Pourtant, presque toutes les étapes de l'appel d'offres se retrouvent dans les autres procédures.

⁴⁰ Le Conseil du trésor du Québec a financé un projet de recherche au CIRANO, mené par Yves Richelle, Jacques Robert et Robert Gérin-Lajoie. On peut notamment consulter le rapport de projet 2000RP-09, *Appels d'offres et enchères ouvertes : enjeux de design et propositions*, CIRANO, septembre 2000, et *Acquisitions publiques par enchères électroniques renversées et ouvertes : bilan synthétique*, CIRANO, juin 2001. Les auteurs poussent plus loin l'analyse de différents types d'enchères par rapport à des objectifs d'efficacité allocative et de réduction des coûts de participation des fournisseurs.

⁴¹ Entre autres : OCDE, « Fighting Cartels in Public Procurement », *Policy Brief*, Octobre 2008.

Voici la description des différentes étapes suivies dans l'appel d'offres⁴² :

1. Détermination des besoins
2. Planification et budgétisation
3. Préparation du cahier des charges
4. Appel de soumissions
5. Évaluation des soumissions
6. Attribution du contrat
7. Gestion du contrat
8. Paiement et évaluation du contrat

Ces étapes méritent d'être étudiées plus en détail pour bien comprendre l'essence des règles entourant les processus d'appels d'offres ainsi que les pratiques actuelles. L'objectif général de l'appel d'offres est de préciser les contraintes quant à la qualité voulue d'un bien ou d'un service. Ainsi, seul le prix demeure une variable déterminée par le plus bas soumissionnaire. Dans le cas des contrats de construction, la procédure d'appel d'offres doit permettre à l'administration publique de planifier convenablement le travail à réaliser afin d'éviter les ajouts en cours de route qui conduisent à des dépassements de délai et de budget⁴³.

Détermination du besoin

La définition du besoin constitue une étape cruciale de la passation d'un appel d'offres. C'est dans la définition du besoin et des spécifications techniques requises pour répondre à ce besoin que le travail de l'organisme public est le plus intensif. Autrement dit, les coûts de la procédure d'appel d'offres pour un ministère ou un organisme public se concentrent dans les premières étapes. Évidemment, il s'agit d'étapes communes à toutes les procédures de passation d'un marché public et, pour cette raison, l'appel d'offres n'est pas nécessairement la procédure la plus coûteuse. Au contraire, la conclusion d'un contrat de gré à gré en raison d'une situation d'urgence ou en présence d'un fournisseur unique exige en plus d'étayer par écrit les raisons qui justifient la dérogation au processus d'appel d'offres.

Planification et budgétisation

La planification des travaux permet de bien cerner le projet ou l'approvisionnement en question. La budgétisation consiste plus spécifiquement à en déterminer les coûts dans le cadre d'une estimation préliminaire. Dans le cas des contrats de construction, l'administration publique peut faire appel à des économistes ou à des estimateurs en construction qui évalueront le projet d'un

⁴² La typologie du processus contractuel des marchés publics présentée ici est tirée de l'Annexe 11 du Rapport Coulombe, op.cit.

⁴³ Voir à ce propos le document du gouvernement du Canada, Joint Federal Government / Industry Cost Predictability Task Force, *Guide to Cost Predictability in Construction : An analysis of issues affecting the accuracy of construction cost estimates*, version préliminaire du 13 novembre 2009.

bout à l'autre en prenant en compte les contraintes, les coûts des matières premières, la main-d'œuvre requise, etc. Les grandes firmes d'ingénieur-conseil offrent généralement ce service en plus des bureaux d'estimateurs indépendants.

Préparation du cahier des charges

Le cahier de charge représente l'outil détaillant les spécifications requises du produit, service ou projet de construction afin qu'il réponde aux besoins identifiés. Autrement dit, c'est le cahier de charge qui « détermine » la qualité afin de ne laisser que la variable du prix aux aléas du processus d'appel d'offres. Dans les contrats de construction d'une certaine ampleur, l'administration publique responsable a fréquemment recours à des firmes de consultants en architecture ou en ingénierie. Le cahier de charge contient aussi des spécifications quant au processus d'appel d'offres lui-même, soit les conditions imposées aux soumissionnaires, le mode d'attribution et les critères d'évaluation des soumissions.

Bien que dans le secteur public les grands donneurs d'ouvrages tels la Société Immobilière du Québec, la Corporation d'hébergement du Québec et le Ministère des transports utilisent des conditions générales standardisées pour chacun de leurs contrats, il existe des différences entre les documents de ces différents organismes. Au niveau municipal, sauf pour les grandes municipalités, chaque contrat est différent selon le professionnel engagé pour rédiger le devis. On parle d'un grand nombre de contrats avec des conditions générales différentes. Aucune standardisation n'a été observée, afin par exemple de permettre un accès plus facile aux marchés pour toutes les entreprises, ou encore pour favoriser la conservation de l'expertise développée tant par les représentants des municipalités que par les représentants des entrepreneurs. Pourtant, la *Loi sur les contrats des organismes publics* ouvre la voie à cette standardisation des contrats⁴⁴.

Parce qu'il est plus détaillé à cette étape-ci, le projet d'appel d'offres peut aussi faire l'objet d'une estimation précise des coûts. On recommande la prise en compte d'un grand nombre de facteurs à cette étape, afin d'obtenir une estimation réaliste et afin d'éviter des dépassements de coûts qu'il aurait été possible de prévoir. Ces recommandations se retrouvent notamment dans un document en préparation par le gouvernement canadien de concert avec l'industrie de la construction portant sur la prévision des coûts. On y précise notamment ce qui suit :

The preparation of cost estimates should consider such specific factors as:

- the number of bidders on the project and in each trade;
- the number of other projects being tendered;
- the likelihood that certain trades will only bid to certain contractors;
- complicated phasing of the project;
- pre-qualification of contractors;
- heritage issues;
- extensive time period for construction;
- timing of the tender; and
- political mood.

⁴⁴ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art. 27

The selection of a cost consultant should be reviewed to ensure previous experience with similar complexity and circumstances of the particular project, and to reflect a greater need for additional risk analysis specifically related to construction hard cost.

The estimate should show the various influences that have been considered and the “factor” applied for these influences. A cost estimate should clearly indicate what is “in” and what is “out”, and why, so that some of the “out” items can be analyzed and added to a Risk Management Plan⁴⁵.

L'exercice d'estimation n'est donc pas simple et comporte des risques d'erreur qui doivent aussi être documentés. Lors de projet plus complexes, la gestion des risques est cruciale parce que l'impact de chaque risque peut être considérable.

Appel de soumissions

La publication de l'appel d'offres se fait par le biais du SEAO (Système électronique d'appel d'offres) pour la plupart des contrats. Avec le projet de loi 102, les municipalités seront aussi tenues de recourir au SEAO pour la transmission des documents d'appel d'offres de plus de 25 000\$. Ce changement répond directement à l'une des recommandations du Rapport Coulombe sur les *Marchés publics dans le milieu municipal*⁴⁶. Présentement, les municipalités sont libres de recourir ou non au service sur SEAO pour la distribution des documents d'appels d'offres. Certaines remettent leurs documents d'appels d'offres aux greffes municipaux, exigeant du même coup une entreprise intéressée à envoyer quelqu'un en personne. Le coût de ces déplacements restreint l'accès des entreprises intéressées, limite l'intérêt des entreprises d'autres régions et révèle l'identité des entreprises potentiellement intéressées aux employés municipaux.

Comme le précise le Rapport Coulombe, cette nouvelle approche permettra aussi des économies. En effet, la publication d'un avis d'appel d'offres sur les SEAO n'est pas gratuite, mais elle le devient lorsque les documents d'appel d'offres sont aussi distribués par le SEAO qui peut alors percevoir les produits de la vente de ces documents aux entreprises intéressées. Les municipalités qui recourraient au SEAO seulement pour la publication d'avis d'appels d'offres sans se prévaloir de la distribution des documents d'appels d'offres encouraient alors des frais qu'elles pourront désormais éviter.

S'il y a des modifications au cahier de charges, des addenda sont envoyés aux soumissionnaires potentiels pour que tous disposent de la même information, qui se veut la plus complète possible.

Enfin, l'administration publique reçoit les soumissions des entreprises qui demeurent secrètes jusqu'à leur ouverture publique, au moment précisé dans l'appel d'offres. Les noms des soumissionnaires ainsi que les prix proposés sont divulgués et affichés dans le SEAO.

⁴⁵ Joint Federal Government / Industry Cost Predictability Task Force, op.cit., p.5. Nous n'avons pas tenté de traduction vu la nature plus technique du texte.

⁴⁶ Rapport Coulombe, op.cit.

Évaluation des soumissions

L'évaluation des soumissions reçues se fait selon les critères établis préalablement et divulgués dans les documents d'appel d'offres. Certains critères doivent impérativement être respectés sous peine de disqualification de la soumission. Par contre, lorsque l'appel d'offres ne prend pas que le prix en compte, d'autres critères peuvent être évalués afin de *pondérer* le prix proposé par chaque soumissionnaire. Dans ce dernier cas, l'exercice est mené par un comité de sélection.

Attribution du contrat

L'appel d'offres se caractérise généralement par l'attribution automatique du contrat public au plus bas soumissionnaire conforme, c'est-à-dire qui remplit toutes les conditions d'admissibilité indiquées dans les documents de l'appel d'offres. Ce n'est que lorsqu'on évalue la qualité des soumissions en plus du prix qu'on a recours à un comité de sélection.

Le fonctionnement du comité de sélection est notamment établi dans la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*⁴⁷. Cette politique de gestion contractuelle entrée en vigueur en octobre 2008 comporte diverses sections. La cinquième section porte sur la composition et le fonctionnement d'un comité de sélection et donne un aperçu des règles encadrant cette étape du processus d'appel d'offres⁴⁸ :

Dans le but de favoriser l'uniformité de l'évaluation de la qualité des soumissions concernant l'adjudication d'un contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction comportant une dépense égale ou supérieure aux seuils d'appel d'offres prévus à l'article 10 de la Loi, l'organisme public doit appliquer les modalités suivantes liées au fonctionnement d'un comité de sélection :

1° le comité de sélection doit être constitué avant le lancement de l'appel d'offres;

2° le comité de sélection doit être composé d'un secrétaire chargé de coordonner les activités du comité et d'un minimum de trois membres dont au moins un doit être externe à l'organisme public concerné par l'appel d'offres;

3° le dirigeant de l'organisme public doit désigner une ressource permanente ou une ressource en voie de l'obtention de ce statut, de niveau cadre ou professionnel, pour agir en son nom à titre de secrétaire de comité de sélection;

4° le secrétaire de comité de sélection doit être titulaire d'une attestation délivrée par le Secrétaire du Conseil du trésor ou son représentant désigné certifiant qu'il a complété la formation requise lui permettant d'assumer cette fonction;

⁴⁷ Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, 2008, section 5.

⁴⁸ idem

5° le secrétaire de comité de sélection est responsable du processus d'évaluation de la qualité par le comité et il doit être consulté lors de la préparation des documents d'appel d'offres;

6° le dirigeant de l'organisme public ou son représentant désigné nomme les membres d'un comité de sélection; de plus, il doit veiller à la rotation des personnes qu'il désigne pour agir à titre de membres de ces comités;

7° chaque membre du comité de sélection a la responsabilité d'analyser individuellement la qualité de chacune des soumissions conformes reçues avant l'évaluation par le comité de sélection.

L'attribution du contrat s'accompagne aussi de la publication de renseignements sur le processus d'appel d'offres et son résultat.

Gestion du contrat

Une fois le contrat attribué au plus bas soumissionnaire et signé par les parties, l'administration publique a encore un rôle à jouer dans la gestion du contrat. Elle doit faire le suivi de l'avancement des travaux de construction ou contrôler la qualité de l'approvisionnement effectivement reçu afin de s'assurer que les termes du contrat soient respectés.

Païement et évaluation du contrat

Bien qu'il s'agisse de la dernière étape en théorie, le paiement n'intervient pas qu'à la fin du contrat mais selon les modalités déterminées et consignées dans le contrat.

Actuellement, les règlements sur les contrats des organismes publics prévoient qu'un « organisme public doit consigner dans un rapport l'évaluation d'un entrepreneur [fournisseur] dont le rendement est considéré insatisfaisant »⁴⁹. Les évaluations dont il est question ici sont formelles puisqu'elles sont transmises à l'entrepreneur ou au fournisseur concerné qui peut y répondre. Ces évaluations ne sont pas systématiques, et on suppose qu'elles exigent d'y consacrer du temps et des ressources afin d'établir le mieux possible les problèmes rencontrés avec l'entrepreneur ou le fournisseur. Cela signifie aussi que les expériences positives ne demeurent pas dans la mémoire institutionnelle et ne peuvent être partagées d'un organisme public à l'autre.

⁴⁹ *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, art.55, et *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, art.42.

Des facteurs de performance de la part de l'administration publique

Les étapes séquentielles détaillées plus haut donnent un aperçu des défis que peuvent présenter certains projets. C'est notamment le cas pour les grands projets d'infrastructures publiques (GPIP) sur lesquels le CIRANO s'est penché par le passé⁵⁰, mais dont les leçons peuvent aussi servir à l'ensemble des projets de construction requis par les administrations publiques.

À ce titre, il semble pertinent de rappeler que la performance d'une administration publique dans le cadre d'un projet de construction constitue un élément de réussite à ne pas sous-estimer, tant pour le respect des échéances et des budgets que pour la maximisation de la valeur obtenue pour les sommes investies. Dans le cadre de leur rapport, Roger Miller et al. (CIRANO 2006) mentionnent trois facteurs de performance de la gouvernance publique suivants, en se basant sur les travaux de l'équipe de recherche IMEC⁵¹ :

Un cadre institutionnel dans lequel les projets sont entrepris ayant les caractéristiques suivantes :

- les règles de collaboration entre l'État et le secteur privé (...) sont clairement établies;
- les ressources appropriées (financières et compétences) sont allouées à la planification du projet;
- le recours au mode d'organisation approprié pour un problème donné est facilité.

Des mécanismes de gouvernance visant à maximiser la valeur des dollars investis et à assurer l'imputabilité et la légitimité des actions entreprises, soit un processus décisionnel qui impose une planification complète et rationnelle du projet, des décisions bien documentées et une allocation budgétaire réaliste.

Des mécanismes d'accumulation des connaissances dont les objectifs sont de diffuser les meilleures pratiques en matière de gestion de projet, de mesurer la performance des projets et des mécanismes de gouvernances et d'améliorer continuellement les pratiques.⁵²

Ainsi, d'un point de vue plus général, la bonne gouvernance est essentielle à la bonne gestion des marchés publics. Des règles claires et connues, des ressources appropriées, une planification complète et rationnelle et des mécanismes d'accumulation des connaissances doublés de mesures de la performance représentent aussi des clefs pour la réussite des contrats publics de construction. Ces principes se retrouvent dans la *Politique-cadre sur la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique*⁵³ du Secrétariat du Conseil du trésor qui s'est basée sur les

⁵⁰ CIRANO, Roger Miller, Joanne Castonguay, Danielle Lareau, Fethi Chebil, Louise Roy et Lydia Yakonowsky, *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique*, mai 2006.

⁵¹ Les travaux de l'équipe de recherche IMEC étaient le résultat d'un « partenariat international de recherche industrie-gouvernement-université qui a été conduit durant la période 1995-1998. Un échantillon de soixante grands projets d'ingénierie récents à l'échelle mondiale a servi de base aux travaux d'IMEC, soit une étude comparative approfondie des pratiques de conceptualisation stratégique, de financement, de gestion du risque et d'exécution de projet », idem, « Diagnostic et recommandations », p.I

⁵² idem, p.3

⁵³ Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre sur la gouvernance des grands projets d'infrastructure publique*, 2010. Il existe aussi une version antérieure datant de novembre 2008.

travaux du CIRANO. Notons toutefois que la version actuelle de cette Politique-cadre n'a pas conservé tous les éléments de la précédente version datant de novembre 2008, notamment en matière de gouvernance. Par exemple, la possibilité de recourir à un comité d'experts indépendants à certaines étapes cruciales des GPIP a malheureusement été élaguée.

Cela conclut le tour d'horizon de la procédure d'appel d'offres qui, comme on l'a vu, représente une forme d'enchère favorisant la mise en concurrence pour les marchés publics. La section suivante fait état d'un cas particulier qui fait justement échec à cette mise en concurrence, soit la formation d'un cartel.

Formation et fonctionnement d'un cartel

Le jeu de la concurrence suppose que chaque entreprise souhaite décrocher pour elle-même un contrat donné en proposant le meilleur prix pour un produit ou un service spécifié ou, en termes plus généraux, en proposant le meilleur rapport qualité/prix. Pour que leur offre soit supérieure à celle de leur concurrent, chaque entreprise est incitée à innover et à contrôler ses coûts. Celles qui y arrivent le mieux prospèrent alors que celles qui échouent perdent et s'étiolent.

Mais lorsque des entreprises concluent une entente en secret pour majorer les prix ou diminuer la qualité de biens ou de services au détriment du client⁵⁴, on est alors en présence de collusion. On peut penser par exemple à des détaillants d'essence qui s'entendent pour augmenter le prix du litre dans leurs stations services⁵⁵, par exemple, ou encore à des entreprises qui s'entendent sur leurs soumissions lors d'un appel d'offres (on parle alors de *soumissions concertées* ou de *truquages d'offres*). Au Canada comme dans de nombreux pays, la collusion constitue une infraction criminelle⁵⁶.

Au cœur de cette définition, on retrouve le concept d'entente collusoire. On désigne l'ensemble des entreprises qui en sont parties prenantes de cartel. L'entente collusoire fonde une stratégie commune au profit des participants et au détriment des clients.

⁵⁴ Cette définition est inspirée de celle donnée par l'OCDE dans *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, mars 2009.

⁵⁵ Cartel de l'essence de Victoriaville, www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02693.html

⁵⁶ Aux termes de la *Loi sur la concurrence* (Chap. C-34). Il existe des ententes entre entreprises concurrentes qui ne constituent pas des cas de collusion. Les entreprises d'une même industrie qui souhaitent un resserrement de la réglementation de leur secteur pour évincer de nouvelles entreprises ou qui incitent le gouvernement à les protéger de la concurrence étrangère au moyen de barrières tarifaires adoptent des stratégies qui dérogent au principe de la concurrence pure mais qui sont tout à fait légales. La gestion de l'offre du lait, des œufs et de la volaille au Québec représente un exemple de cartel tout à fait légal, auquel le gouvernement donne vie. Sur la scène internationale, l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) coordonne ses membres pour ajuster leur production respective, et influence ainsi les prix du pétrole. Une fois ces nuances faites, ce rapport se concentrera sur les cartels illégaux.

Puisqu'elles s'adonnent à des activités illégales, les entreprises membres voudront s'assurer du secret le plus complet. La conclusion d'une telle entente suppose cependant que les entreprises participantes communiquent entre elles et s'accordent sur un certain nombre d'éléments pour assurer le fonctionnement du cartel. Et forcément, le comportement des participants ne sera plus le résultat de stratégies concurrentielles mais bien le résultat de décisions prises en commun. Il y a là des risques de détection auxquels le cartel doit prêter attention. Par contre, pour les autorités, ainsi que pour tous les professionnels des marchés publics, cela indique que de bien comprendre le fonctionnement d'un cartel permet d'identifier les moyens de lutter contre la collusion.

L'objectif d'un cartel est de tirer profit d'un comportement anticoncurrentiel lui conférant un avantage sur le marché tout en préservant l'illusion de la concurrence. Les éléments essentiels au fonctionnement d'une entente collusoire sont les suivants :

Le secret : parce qu'illégal, l'entente collusoire doit demeurer secrète de même que toutes les rencontres entre les représentants des entreprises participantes.

Une composition stable : si les participants entrent et sortent comme ils le veulent d'un cartel, ils n'ont pas d'intérêt à long terme à ce que ce dernier fonctionne bien et peuvent alors avoir avantage à dénoncer son existence.

Le contrôle des membres : par l'entente collusoire, le cartel fixe des règles qui doivent ensuite être suivies par leurs membres, par exemple lors d'une soumission. Connaissant le prix de l'offre censée remporter l'appel d'offres, un prix plus élevé que le prix concurrentiel, chaque entreprise peut faire défection en offrant un prix légèrement inférieur et remporter l'appel d'offres. Pour s'assurer que cela n'arrive pas, le cartel doit contrôler ses membres. Généralement, ce contrôle passe par la menace de représailles.

La répartition des gains : la finalité du cartel étant un profit plus élevé pour ses membres, tous doivent trouver une façon de toucher leur part, que ce soit selon leur part de marché, par répartition géographique des marchés ou en évitant de marauder les clients des autres participants, entre autres. Dans le cas des soumissions concertées aux appels d'offres, il peut y avoir rotation entre les participants qui remportent les contrats ou encore sous-traitance entre le gagnant et les autres participants.

La stratégie contre les compétiteurs non participants : afin d'éviter que d'autres entreprises de leur secteur nuisent à leur cartel, les entreprises participantes tenteront de les empêcher de leur faire compétition. Dans le cadre d'un appel d'offres, cela signifie d'empêcher tout compétiteur de soumissionner contre elles puisque dans ce cas, le cartel ne contrôle pas le prix de toutes les soumissions. Les membres du cartel recourront généralement à l'une des stratégies suivantes : inviter le compétiteur à se joindre au cartel, acheter l'entreprise (ou, du moins, acheter sa non participation) ou le dissuader de leur faire compétition. Dans le cas où le compétiteur soumissionne tout de même, le cartel peut même tenter d'offrir un prix *inférieur* au marché dans le but de préserver à long terme son pouvoir sur le marché.

Ces caractéristiques montrent que la formation et le fonctionnement d'un cartel n'est pas simple. Aussi les cartels qui se forment le font généralement dans une perspective à long terme.

Les circonstances favorisant l'apparition des cartels

Diverses circonstances favorisent l'apparition de la collusion⁵⁷. Ces circonstances ne garantissent en aucun cas la formation d'un cartel. En fait, certains des facteurs de risques qui suivent apparaissent contradictoires. Il s'agit néanmoins d'éléments en présence desquels la vigilance est de mise.

⁵⁷ Les circonstances présentées au tableau qui suit sont tirées de deux sources : OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics : Pour une dépense optimisée des fonds publics par les gouvernements*, mars 2009; Bureau de la concurrence du Canada, *Truquage d'offres : sensibilisation et prévention*. Présentation.

Tableau des facteurs de risque favorisant l'apparition de collusion

Facteurs de risque	Explications
<i>Petit nombre d'entreprises</i>	Lorsqu'il y a peu d'entreprises présentes sur un marché, il est plus facile pour ces dernières de se concerter.
<i>Entrée sur le marché faible ou inexistante</i>	Règle générales, les nouvelles entreprises sur un marché ne font pas parties d'un cartel a priori. Le cartel doit alors les inviter à participer à l'entente collusoire, les dissuader de concurrencer les participants ou les acheter. Chaque possibilité pose des risques de dénonciation. Les marchés où la concurrence de nouvelles entreprises est rare sont donc plus susceptibles à la collusion.
<i>Peu ou pas de changement technologique</i>	L'évolution de la technologie vient changer la donne entre les entreprises sur un même marché. Si elles forment un cartel, l'évolution technologique crée une pression sur l'entente collusoire alors que son absence contribue à faire durer les cartels.
<i>Stabilité et prévisibilité de la demande</i>	Les offres répétitives, d'un montant connu à l'avance, permettent au cartel d'anticiper la demande et de répartir entre les entreprises participantes les différents contrats.
<i>Bouleversement de la demande ou récession</i>	Au contraire, les bouleversements de la demande créent des pressions sur les marges bénéficiaires des entreprises d'un même marché. Cette situation peut les inciter à s'entendre entre elles pour augmenter leurs prix afin de faire face à un chiffre d'affaires en baisse.
<i>Produits homogènes</i>	L'homogénéité de l'offre facilite les accords sur des structures de prix identiques.
<i>Produits sans substituts</i>	La présence de substituts rend le contrôle d'un marché beaucoup plus difficile pour un cartel puisque leurs clients peuvent recourir à d'autres options. Sans substituts, le contrôle du marché est efficace.
<i>Faible risque de détection</i>	Les profits d'une entente collusoire s'inscrivent généralement dans la durée. Plus les risques de détection sont faibles, plus le cartel voit s'accroître son « espérance de vie » et ses profits anticipés.
<i>Profits supérieurs aux pénalités</i>	De même, si des entreprises estiment que les profits de comportements collusoires sont nettement supérieurs aux pénalités encourues s'ils sont mis à jour, il y a davantage de probabilité qu'elles forment un cartel.
<i>Association professionnelle ou association commerciale active</i>	Les associations professionnelles sont légitimes et poursuivent des objectifs utiles. Mais elles peuvent faciliter la tenue de rencontres secrètes ou agir comme lobby pour resserrer les normes du secteur et limiter les nouvelles entrées.

Même en présence de ces facteurs de risque, il n'y a pas nécessairement présence *avérée* de collusion. La présence d'associations professionnelles ou la stabilité de la demande peuvent même être des facteurs positifs sur d'autres plans. Il s'agit cependant de facteurs qui, dans la perspective d'une entente collusoire, facilitent le fonctionnement d'un cartel. Lorsque ces facteurs sont observés sur un marché donné, il s'agit d'ouvrir l'œil.

À titre d'exemple, ces facteurs apparaissent à première vue peu représentatifs du secteur de la construction, outre par la présence d'associations professionnelles. Par contre, dans un marché géographique donné, il se peut qu'il n'y ait que quelques entreprises ayant une taille suffisante pour réaliser de gros contrats gouvernementaux. Dans ce cas, on peut croire que la demande soit relativement prévisible puisqu'il s'agit d'investissements publics, qu'il y ait peu de substituts (l'achat ou la location d'un édifice déjà construit, par exemple), et peu de nouvelles entrées dans le marché. Autrement dit, ces facteurs peuvent n'être présents que sur un marché représentant un segment d'un secteur plus vaste. Encore là, rien ne dit qu'une entente collusoire sera effectivement conclue.

Les stratégies de soumissions concertées

Les formes usuelles de soumissions concertées, ou truquage d'offres, recourent généralement à l'une ou à une combinaison des stratégies suivantes:

Présentation de fausses soumissions ou offres de couverture : l'objectif d'un cartel consiste à déjouer les règles de la concurrence mais d'en maintenir l'apparence. Les offres de couvertures viennent donner à l'acheteur public l'illusion que plusieurs entreprises ont complété les démarches et que le prix le plus bas résulte bien d'un processus d'enchères. Il s'agit de la stratégie la plus fréquente, qui peut prendre plusieurs formes. Par exemple, une ou plusieurs entreprises peuvent accepter de déposer une offre plus élevée que l'offre censée remporter le contrat public, ou soumettre une soumission non conforme ou comportant des conditions inacceptables pour l'acheteur public.

Suppression d'offres ou abstention : lorsqu'une ou plusieurs entreprises conviennent de ne pas soumissionner ou de retirer une offre déjà faite, il s'agit d'abstention ou de suppression d'offres. La promesse d'une compensation, d'un contrat en sous-traitance ou la menace peuvent être des exemples de raisons expliquant la suppression d'offres et l'abstention.

Rotation de soumissions : les entreprises d'un cartel soumissionnent en remportant à tour de rôle l'appel d'offres, ce qui permet de répartir les profits entre participants.

Partage du marché selon un découpage particulier: ce type d'accord répartit le marché entre les entreprises participant au cartel qui s'entendent pour ne pas se concurrencer entre elles. Le découpage peut par exemple se faire sur une base géographique, selon les clients établis des entreprises ou selon les types de marchés. Par contre, elles peuvent soumettent des offres de couverture pour maintenir l'illusion de la concurrence.

Signaux de la présence de collusion

Les stratégies utilisées dans le cadre de soumissions concertées peuvent laisser des traces qu'un professionnel des marchés publics averti pourra potentiellement détecter ou qu'une vérification pourra mettre en lumière. Certains signaux peuvent être le résultat de stratégies collusoires. Par contre, ils ne constituent pas en soi des preuves irréfutables, mais plutôt des indices devant attirer l'attention des responsables des marchés publics.

La principale difficulté dans la détection de la collusion réside dans le secret des ententes collusoires. Les entreprises impliquées dans une entente collusoire sont généralement conscientes du crime qu'elles commettent. Elles sont donc susceptibles de mettre beaucoup d'efforts pour en préserver la nature secrète. Ainsi, non seulement la détection est rarement aisée, mais l'accumulation de preuves suffisantes représente une tâche ardue.

Les signaux présentés ci-après sont regroupés en catégories correspondant à la présentation qu'en fait l'OCDE⁵⁸. Ainsi, les signaux d'alarmes peuvent apparaître lors du dépôt des soumissions, dans les documents, dans les prix, dans les déclarations ou dans les comportements des entreprises et de leurs employés.

Dépôt des soumissions

- Les concurrents présentent leurs soumissions ensemble
- Les soumissions comportent les mêmes irrégularités
- Une rencontre a lieu entre concurrents avant le dépôt des soumissions
- Une entreprise qui soumissionne habituellement ne le fait pas
- Le même fournisseur est souvent celui qui remporte le marché
- Il y a répartition géographique des entreprises remportant les marchés publics. Certaines entreprises soumettent des offres qui ne sont gagnantes que dans certaines régions
- Il semble y avoir rotation entre les gagnants
- Des offres sont retirées
- Le soumissionnaire gagnant refuse le contrat
- Certaines entreprises soumissionnent toujours sans jamais remporter les marchés
- Les soumissionnaires perdants sont embauchés en sous-traitance par le gagnant
- Deux entreprises ou plus déposent une soumission conjointe alors qu'au moins l'une d'elles aurait pu soumissionner seule

Les documents

- Les soumissions comportent les mêmes fautes d'orthographe, les mêmes erreurs de calcul, la même présentation ou autres caractéristiques identiques
- Les enveloppes de différentes entreprises présentent des cachets postaux ou des empreintes de machine à affranchir qui sont analogues

⁵⁸ OCDE, 2009, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit. et Bureau de la concurrence, *Truquage des offres : sensibilisation et prévention*, op.cit.

- Les offres de concurrents contiennent un grand nombre de devis identiques pour certains articles
- Les documents d'une entreprise fait explicitement référence aux offres des concurrents
- Les documents de différentes entreprises ont subi de nombreuses modifications de dernière minute, notamment par effacement ou altération matérielle
- Des documents sont moins détaillés que nécessaire ou qu'on pourrait s'y attendre, ou laissent autrement penser qu'ils ne sont pas authentiques

Les prix

- Des concurrents présentent des offres identiques
- Les offres de prix augmentent par paliers réguliers
- Les prix soumis dans les soumissions perdantes sont nettement plus élevés que le plus bas prix
- Les entreprises locales prévoient des frais de transport semblables à ceux de concurrents d'autres régions
- Les prix changent de manière significative suite à l'arrivée d'un nouveau soumissionnaire ou d'un soumissionnaire inhabituel
- La fourchette de prix proposée est soudainement modifiée, sans que les hausses de coûts ne puissent l'expliquer
- Des remises, rabais ou autres arrangements existants sont modifiés ou supprimés inopinément
- Un seul soumissionnaire communique avec les grossistes pour obtenir les renseignements relatifs aux prix
- Une entreprise soumet un prix plus élevé que pour un autre marché similaire

Les déclarations

- La même terminologie est utilisée pour expliquer les hausses de prix
- On fait référence à des « prix suggérés dans le secteur », à des « barèmes de prix du secteur » ou à des « prix courants du marché »
- Une entreprise déclare ne pas vendre dans certaines zones géographiques ou à certains clients, ou que la zone « relève » d'une autre entreprise
- Une entreprise a connaissance de renseignements confidentiels concernant l'offre d'un concurrent ou connaît à l'avance le soumissionnaire gagnant
- Déclarations laissant croire à une soumission de couverture
- Malaises ou questions devant l'obligation de signer une attestation d'absence de collusion

Les comportements

- Les concurrents se fréquentent régulièrement
- Une entreprise demande un dossier de soumission pour elle-même et une autre entreprise
- Une entreprise soumissionne alors qu'elle ne peut raisonnablement exécuter le contrat
- Plusieurs soumissionnaires demandent les mêmes renseignements ou présentent des demandes similaires

Que faire lorsque des signaux apparaissent? Une procédure claire est nécessaire. La collusion étant un crime, les réactions des organismes publics qui repèrent de tels signaux peuvent avoir un impact sur le déroulement judiciaire subséquent. À l'heure actuelle, il semble qu'aucune procédure formelle ne soit présentement en place. Cette lacune doit être comblée.

Les directives générales sont généralement de ne pas communiquer ses doutes aux entreprises en question, de noter consciencieusement les signaux repérés ainsi que les circonstances (dates, documents, personnes impliquées, etc.) et de communiquer rapidement ses doutes à l'autorité compétente, soit le Bureau de la concurrence du Canada, même s'il n'est question que de soupçons⁵⁹.

Le Bureau de la concurrence fait autorité en matière de lutte à la collusion sur les marchés publics. L'OCDE souligne d'ailleurs la qualité de ses programmes de formation⁶⁰. Il s'agit aussi d'un organisme outillé pour mener des procédures judiciaires. Des offres d'immunité ou de clémence peuvent être faites à des entreprises participantes à une entente collusoire qui souhaiteraient faire des dénonciations. Il s'agit d'outils très efficaces pour obtenir des éléments de poursuites probants. En 2009, douze offres d'immunité et 3 offres de clémence ont été conclues⁶¹.

⁵⁹ OCDE, 2009, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit. et Bureau de la concurrence, *Truquage des offres : sensibilisation et prévention*, op.cit.

⁶⁰ OCDE, 2005, *Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998*, p.23

⁶¹ Il s'agit de données inédites fournies par le Bureau de la concurrence du Canada, bien que certaines d'entre elles peuvent ne pas concerner directement ou uniquement des cas de collusion.

Chapitre 3

Les meilleures pratiques de lutte à la collusion dans les marchés publics

Comme c'est le cas pour la détection des cartels, prévenir la collusion demande de comprendre comment fonctionnent les ententes collusoires. Une fois bien comprises, les règles qui gouvernent le fonctionnement d'un tel cartel nous donnent aussi les solutions pour détecter et prévenir la collusion.

Sur la base des chapitres précédents, ce chapitre fait état des méthodes recommandées par les spécialistes⁶² pour prévenir l'apparition de cartels qui fausseraient le jeu de la concurrence dans le cadre des appels d'offres. Bien que tous les marchés publics ne soient pas attribués par le biais d'appels d'offres, cette procédure est la plus commune pour les marchés publics d'une certaine importance. Toutefois, si ces méthodes visent explicitement la prévention du truquage d'offres, ou soumissions concertées, il n'en demeure pas moins que les autres procédures d'attribution des marchés publics peuvent aussi en bénéficier.

Les meilleures pratiques présentées ici sont regroupées en six axes stratégiques qui correspondent approximativement aux étapes cruciales d'un appel d'offres. Suite à la présentation d'un axe stratégique, on rappellera brièvement l'objectif visé.

1. S'informer avant l'appel d'offres

- Connaître les caractéristiques du marché
- Évaluer les éléments de risque de collusion de l'appel d'offres
- Connaître « les fournisseurs potentiels, leurs produits, leurs prix et leurs coûts »⁶³ (prix des intrants)
- S'informer des changements de prix récents, sur les prix dans différentes zones géographiques (les coûts dans d'autres provinces, par exemple) et sur les solutions de rechange disponibles
- S'informer sur les appels d'offres antérieurs
- Contacter d'autres acheteurs ou donneurs d'ouvrage publics qui ont conduit des appels d'offres similaires
- S'assurer de la confidentialité lorsque des consultants externes sont embauchés relativement au processus de passation d'un marché public

⁶² OCDE intitulé *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., et Bureau de la concurrence du Canada, *Truquage d'offres : sensibilisation et prévention*, op.cit.

⁶³ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.5

L'objectif général de cet axe stratégique est de développer une expertise interne pour faire contrepoids à l'information obtenue strictement par le biais de l'appel à la concurrence. En diminuant l'asymétrie de l'information entre l'entrepreneur et le donneur d'ouvrage public, ou entre le fournisseur et l'acheteur public, on diminue le risque d'accepter un prix trop élevé par ignorance.

2. Maximiser la participation potentielle

- Réduire les coûts de soumission, notamment dans l'optique de favoriser la participation de petites et moyennes entreprises ou de nouvelles entreprises pour qui le coût fixe de participer à un appel d'offres peut être prohibitif. Regrouper les appels d'offres qui peuvent l'être pour réduire l'impact des coûts de soumissionner. En contrepartie, envisager l'allotissement lorsque c'est possible. « Utiliser un système de soumission électronique »⁶⁴ [comme le SEAO]
- Éviter de fixer des conditions minimales limitant la participation, « notamment en ce qui concerne la taille, la composition ou la nature des entreprises »⁶⁵ qui peuvent soumissionner, ou quant aux garanties financières requises des entreprises
- « Alléger autant que possible les contraintes pouvant entraver la participation des entreprises étrangères aux marchés publics »⁶⁶
- Éviter la préqualification des soumissionnaires lorsque c'est possible pour maintenir l'incertitude quant au nombre de soumissionnaires, ou réduire le plus possible le délai entre la préqualification et l'attribution du contrat
- « Laisser aux entreprises un délai suffisant pour préparer et soumettre leur offre »⁶⁷
- Ne pas disqualifier des entreprises de futurs marchés publics si elles ne soumissionnent pas à un appel d'offres (éviter les soumissions obligatoires, par exemple pour les fournisseurs préautorisés)

L'objectif général de cet axe stratégique consiste à accroître le plus possible le nombre de soumissionnaires potentiels afin d'éviter que les mêmes joueurs se retrouvent en concurrence d'un contrat à l'autre. La stabilité des joueurs étant un facteur favorisant l'apparition d'une entente collusoire, l'entrée de nouveaux joueurs (entreprises étrangères, PME, nouvelles entreprises) évitera son apparition ou précipitera sa dissolution.

3. Fixer clairement les conditions et éviter toute prévisibilité

- Définir clairement toutes les conditions clés d'un marché public avant son attribution afin d'éviter que les fournisseurs aient à les définir après avoir obtenu ce marché

⁶⁴ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.7

⁶⁵ idem, p.6

⁶⁶ idem.

⁶⁷ idem, p.7

- Coopérer avec les autres donneurs d'ouvrage ou acheteurs publics en passant des marchés conjointement
- Privilégier des contrats d'un montant plus important et moins fréquent pour encourager la concurrence, tout en variant les marchés selon leur importance ou leur calendrier pour éviter la prévisibilité de la demande publique
- « Éviter de passer des marchés de valeurs identiques »⁶⁸ à intervalles réguliers, ce qui permet aux cartels de se répartir les contrats
- Privilégier l'approche de la performance fonctionnelle, qui ouvre davantage la porte des marchés publics aux solutions innovantes

L'objectif général de cet axe stratégique est de s'assurer de la transparence du processus d'attribution des marchés publics sans pour autant révéler les renseignements réputés utiles à la coordination d'un cartel. L'approche de la performance fonctionnelle permet une définition claire des besoins sans recourir à un ensemble de spécifications techniques qui limitent parfois la concurrence entre les fournisseurs les plus traditionnels. La faiblesse des innovations technologiques, on l'a vu, représente un facteur favorisant l'apparition d'un cartel. A contrario, ouvrir la voie aux nouvelles approches et aux nouvelles technologies peut permettre de déstabiliser un cartel existant ou nuire à son apparition.

4. Réduire la communication entre candidats

- Communiquer les renseignements utiles à chaque candidat plutôt que de les réunir
- Limiter autant que possible les communications entre candidats
- Favoriser le recours à un système de soumission électronique
- Examiner les renseignements communiqués aux soumissionnaires lors de l'ouverture publique des offres, afin d'éviter de divulguer l'information nécessaire à un cartel potentiel
- Éviter de divulguer des renseignements sensibles en matière de concurrence lors de la publication des résultats et de l'adjudication du contrat public
- Envisager d'autres procédures selon qu'elles pourraient donner des résultats plus efficaces, comme l'appel d'offres négocié et les contrats-cadres, selon les particularités de l'industrie et du marché public
- « Ne pas rendre public le prix de réserve »⁶⁹
- Faire preuve de prudence lorsqu'on recourt aux services de consultants professionnels, s'assurer de la confidentialité des échanges avec ceux-ci et établir leur « obligation de signaler tout comportement irrégulier de concurrents ou de conflits d'intérêt dont ils pourraient avoir connaissance »⁷⁰
- « Imposer l'anonymat pour la soumission des offres »⁷¹ lorsque c'est possible

⁶⁸ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.8

⁶⁹ idem, p.9

⁷⁰ idem, p.10

⁷¹ idem, p.10

- Ne pas divulguer le bassin de fournisseurs
- « Ne pas révéler ou limiter sans nécessité le nombre d'entreprises qui pourront soumissionner »⁷²
- Obliger dès le départ les soumissionnaires à révéler leur intention de sous-traiter dans la réalisation du marché public, et rester attentif si les entreprises perdantes sont embauchées par l'entreprise ayant remporté l'appel d'offres
- Rester vigilant face aux soumissions conjointes d'entreprises potentiellement concurrentes
- Faire état des sanctions pour collusion
- Indiquer que toute hausse de coût sera minutieusement examinée et requerra l'approbation du donneur d'ouvrage ou de l'acheteur selon des procédures établies

L'objectif général de cet axe stratégique est de nuire au fonctionnement normal d'un cartel fondé sur la coordination entre soumissionnaires. Si la transparence est essentielle dans tous les processus publics pour attester de l'absence de corruption et de favoritisme, la lutte à la collusion préconise néanmoins de limiter la divulgation de renseignements susceptibles de faciliter le fonctionnement des cartels. C'est aussi le cas en ce qui concerne la communication entre les soumissionnaires potentiels. Lorsqu'ils se connaissent, la conclusion d'ententes collusoires n'en est que plus simple. Les menaces envers un soumissionnaire potentiel qui n'est pas partie de l'entente collusoire ne sont utiles que lorsque l'identité de tous les soumissionnaires est connue. Enfin, le respect des conditions de l'entente collusoire se fonde sur des renseignements relatifs aux soumissions des entreprises participantes.

5. Choisir soigneusement les critères d'évaluation et d'attribution du contrat

- Décrire et pondérer correctement les critères d'évaluation des offres avant l'attribution du marché lorsque le prix n'est pas la seule variable prise en compte, afin d'éviter les contestations
- Réfléchir sur le degré adéquat de divulgation des critères d'évaluation
- « Éviter tout traitement préférentiel en faveur d'une certaine catégorie de fournisseurs »⁷³
- Ne pas avantager les entreprises qui ont déjà remporté des appels d'offres, quitte à maintenir le plus possible l'anonymat des soumissionnaires durant la procédure de passation du marché
- Éviter de répartir un marché public entre deux candidats ayant soumis des offres identiques, en favorisant le tirage au sort entre les deux ou, s'il y a des doutes sérieux, en relançant l'appel d'offres
- S'informer « si les prix ou les offres sont aberrants »⁷⁴ sans toutefois en discuter avec les soumissionnaires

⁷² OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.10

⁷³ idem, p.11

⁷⁴ idem, p.11

- Garder confidentiels les détails des offres des soumissionnaires lorsque c'est possible et sensibiliser les professionnels des marchés publics à la nécessité de la confidentialité
- Établir le droit que se garde le donneur d'ouvrage ou l'acheteur de ne pas attribuer le contrat s'il a des doutes que la procédure n'ait pas été pleinement concurrentielle

L'objectif général de cet axe stratégique recoupe beaucoup les autres objectifs. Il s'agit d'une part de faire preuve de transparence sans fournir aux soumissionnaires des renseignements sensibles et, d'autre part, de maximiser la participation au processus d'appel d'offres.

6. Sensibiliser le personnel au risque de soumissions concertées dans les marchés publics

- Instaurer un programme de formation pour les professionnels des marchés publics, sur une base périodique, en concertation avec les autorités de la concurrence
- Conserver les renseignements concernant les procédures et les résultats des marchés publics antérieurs
- Mener des examens périodiques des procédures d'appel à la concurrence, notamment pour détecter les indices d'ententes collusoires ou les « schémas suspects »⁷⁵
- Comparer les listes de soumissionnaires potentiels et d'entreprises ayant bel et bien soumissionné afin de repérer « les retraits d'offres et le recours à des sous-traitants »⁷⁶
- Contacter les fournisseurs qui ne soumissionnent plus pour connaître leurs raisons
- Instaurer un mécanisme de plainte pour les entreprises qui auraient connaissance d'irrégularités dans le processus de passation d'un marché public ou d'enfreintes à la concurrence, s'assurer de la confidentialité du service et le faire connaître
- Faire signer aux soumissionnaires « une attestation d'absence de collusion »⁷⁷ qui fait état des sanctions potentielles
- Utiliser des méthodes de compilation de données pour détecter les soumissions concertées
- Envisager de lancer des appels publics aux entreprises ou aux individus qui détiendraient des renseignements sur d'éventuelles collusions par le biais des médias
- S'assurer de la cohérence entre la politique de clémence pour les dénonciateurs et les sanctions prévues par la loi en cas de collusion, notamment l'interdiction de participer aux marchés publics
- « Mettre en place des procédures internes encourageant ou imposant [aux professionnels des marchés publics] de signaler les signaux suspects aux autorités de la concurrence »⁷⁸
- « Instaurer des relations de coopération avec les autorités de la concurrence »⁷⁹

⁷⁵ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.12

⁷⁶ idem, p.12

⁷⁷ Bureau de la concurrence du Canada, *Truquage des offres : sensibilisation et prévention*, présentation, p. 23

⁷⁸ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op.cit., p.13

⁷⁹ idem

L'objectif général de cet axe stratégique est de miser sur les professionnels en place pour détecter les signaux d'alertes et de se doter des outils internes pour identifier et démanteler les cartels existants.

Les méthodes pratiques permettant de prévenir la collusion dans les marchés publics constituent la référence en la matière. Il n'est pas interdit de penser que d'autres outils originaux puissent être développés par les professionnels des marchés publics selon leurs circonstances particulières. Et il y a certainement lieu de réfléchir à la manière dont ces pistes pourraient le mieux s'adapter dans le contexte des marchés publics québécois. Avant de passer à quelques recommandations, voici quelques exemples en provenance d'autres pays membres de l'OCDE.

Quelques exemples de moyens d'action mis en œuvre à l'international

Les travaux de l'OCDE montrent que la lutte à la collusion dans les pays membres s'intensifie. Cette lutte se traduit notamment par une tendance à octroyer des sanctions plus sévères aux contrevenants :

- En *Allemagne*, l'Office des cartels a infligé des amendes s'élevant à plus de 700 millions d'euros à une entente dans l'industrie du ciment ;
- En 2002, la *Commission européenne* a imposé une amende de 249.6 millions d'euros à Lafarge pour participation à l'entente concernant les plaques de plâtre, soit la plus forte amende jamais infligée à une société dans une seule affaire d'entente ;
- Aux *États-Unis*, le total des amendes pour l'exercice 2004 (359,8 millions de dollars) n'a été supérieur qu'une fois dans le passé ; les 10 501 jours de prison prononcés au cours de l'exercice 2002 représentent le chiffre le plus élevé dans l'histoire de la Division antitrust ;
- La *Hongrie* a infligé en 2004 un montant total d'amendes de 8.375 millions de forints pour cause d'entente, soit plus de dix fois le total des amendes prononcées l'année précédente⁸⁰.

Un autre outil possible pour sanctionner plus sévèrement les truquages d'offres consiste à exclure les entreprises fautives des appels d'offres. Les autorités des États-Unis « considèrent que menacer les entreprises convaincues de soumissions concertées d'interdiction de participation aux marchés publics est un moyen efficace de prévenir les ententes », puisque les entreprises qui soumissionnent fréquemment jugent le risque très sérieux⁸¹.

Aux États-Unis, la Division antitrust a développé des présentations adaptées à plusieurs publics, notamment aux responsables des marchés publics, afin de les sensibiliser aux conséquences de la collusion et de leur donner « des outils leur permettant d'identifier les comportements suspects »⁸².

L'Australie quant à elle a développé un guide très complet à l'intention des responsables des marchés publics qui présente des cas concrets en plus de transmettre des renseignements sur les

⁸⁰ OCDE, *Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998*, 2005, p.9

⁸¹ idem, p.24

⁸² idem, p.20

lois applicables, le fonctionnement d'un cartel, les facteurs de risques et les meilleures pratiques pour prévenir et détecter la collusion⁸³.

⁸³ Australian Competition & Consumer Commission, *Cartels : deterrence and detection, A guide for government procurement officers*, 2009

Chapitre 4

Conclusion et recommandations

La prévention et la détection de la collusion représentent un défi pour les administrations publiques. Ce rapport a permis de présenter le cadre actuel dans lequel s'inscrivent les marchés publics, notamment en construction. La théorie et la pratique des appels d'offres ont aussi été abordées, tout comme la formation et le fonctionnement des cartels qui viennent gripper les mécanismes de mise en concurrence comme l'appel d'offres. À ces considérations s'ajoutent les meilleures pratiques recommandées pour prévenir et détecter les soumissions concertées. Tous les éléments sont donc réunis pour que les administrations publiques tiennent désormais davantage en compte les risques de collusion lors des modifications législatives et réglementaires portant sur les marchés publics. En plus de cette préoccupation constante, ce chapitre permet de formuler quelques pistes de réflexion et de recommandations. Les *pistes* présentent des thèmes où la réflexion devrait se poursuivre alors que les *recommandations* représentent les solutions mises de l'avant.

Réglementation dans le secteur de la construction

On l'a vu, l'industrie de la construction est fortement réglementée. Les entrepreneurs et les travailleurs en construction doivent répondre à une réglementation stricte. Contrairement aux autres secteurs d'activité économique, les entrepreneurs en construction font face à des coûts de main-d'œuvre déterminés par la voie de négociations centralisés. Les entrepreneurs qui répondent aux marchés publics doivent donc se concurrencer principalement sur leurs coûts de fonctionnement et l'efficacité de leur organisation puisque les coûts de main-d'œuvre et les coûts des matières premières sont les mêmes pour tous. Cela limite en quelque sorte la marge de manœuvre des entreprises pour se livrer concurrence.

Il est très probable que cette situation limite aussi la présence d'entreprises hors-Québec dans les appels d'offres. Ces dernières devraient en effet respecter la réglementation québécoise, qui représente sans doute une barrière tacite pour elles et les empêche d'importer des modèles d'affaires innovateurs développés ailleurs. Accroître la participation d'entreprises hors-Québec aux processus d'appels d'offres devrait pourtant être une priorité si cela permet d'obtenir de meilleurs prix, surtout qu'elles sont peu susceptibles d'être partie prenante d'une entente collusoire portant sur les marchés publics d'ici.

Piste 1

Réfléchir sur les bénéfices d'un allègement de la réglementation dans le secteur de la construction sur le plan de la concurrence.

Piste 2

S'interroger sur les obstacles actuels limitant la participation des entreprises hors-Québec aux marchés publics et sur les meilleurs moyens d'accroître leur participation.

Le cautionnement

Un autre élément entre dans la catégorie des coûts sur lesquels les entrepreneurs peuvent se concurrencer : les coûts de cautionnement. Pour la réalisation de travaux de construction, les organismes publics sont tenus par la loi de demander un cautionnement pour s'assurer que la réalisation des travaux ne sera pas mise en péril si l'entrepreneur fait face à des difficultés financières. Les coûts de cautionnement, que l'entrepreneur acquiert auprès d'un assureur, répondent donc aux règles de l'assurance.

L'obligation de cautionnement garantit le donneur d'ouvrage contre des situations problématiques hors de son contrôle. Par contre, son impact sur l'identité du plus bas soumissionnaire soulève une préoccupation légitime : les nouvelles entreprises, les entreprises dont l'organisation est innovante ou l'entreprise endettée par un investissement plus important en capital ne fera-t-elle pas face à un accès au cautionnement plus coûteux ? Le conflit apparent entre la garantie légitime que souhaite obtenir le donneur d'ouvrage et la participation maximale des entreprises intéressées aux appels d'offres devrait faire l'objet de réflexions.

Piste 3

S'assurer que le cautionnement réponde bien à un besoin lorsqu'il est exigé des soumissionnaires.

Le recours au concours de beauté

Bien que l'appel d'offres conventionnel représente en théorie un excellent mécanisme pour mettre en concurrence le maximum de soumissionnaires, la procédure du concours de beauté offre une avenue intéressante pour tenter des innovations dans la procédure utilisée par les donneurs d'ouvrage. Cette procédure adaptée aux concours pourrait, si les circonstances s'y prêtent, être utilisée dans le cas de projet de construction à titre de projet pilote, par exemple. Il s'agit alors de divulguer le prix que le donneur d'ouvrage public est prêt à consentir pour un projet donné en invitant les soumissionnaires à déposer leurs projets en conséquence.

Piste 4

Permettre davantage le recours au concours de beauté si cette procédure semble plus adaptée dans le cadre de certains marchés publics.

Non divulgation de l'identité des soumissionnaires

Dans le cadre des marchés publics en construction, les projets impliquent généralement que l'entrepreneur général auquel le contrat est octroyé agisse comme maître d'œuvre et organise la sous-traitance aux entrepreneurs spécialisés qui possèdent les compétences dont il ne dispose pas. Le lien entre l'entrepreneur général et les entrepreneurs spécialisés s'établit avant même l'octroi du contrat de construction puisque la soumission de l'entrepreneur général au donneur d'ouvrage

public se base sur des prix soumis par les entrepreneurs spécialisés.

Faire le lien entre les entrepreneurs généraux et spécialisés est le rôle du Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ). Mis sur pied par les entrepreneurs, ce Bureau reçoit les soumissions et assure un processus de sélection transparent de la part des entrepreneurs généraux. Il s'assure ainsi que ce soit le plus bas soumissionnaire parmi les entrepreneurs spécialisés qui remporte le contrat auprès de l'entrepreneur général si celui-ci se voit octroyer le contrat de construction.

Par contre, pour que les entrepreneurs spécialisés puissent faire parvenir leurs soumissions aux entrepreneurs généraux, ils doivent connaître l'identité de ceux qui déposeront une soumission sur un contrat public donné. Or, « l'identité des entreprises intéressées à présenter une soumission à l'égard d'un contrat donné est une information sensible à laquelle les autorités gouvernementales attachent de plus en plus d'importance. On craint, en effet, qu'en rendant publique la liste des soumissionnaires potentiels (ceux qui se sont procuré les documents d'appel d'offres, par exemple), cela puisse faciliter la collusion entre ces derniers et le truquage des offres, les soumissionnaires pouvant savoir à l'avance qui est dans la course. On craint également qu'en révélant l'identité de toutes les entreprises intéressées, cette information puisse permettre à certains individus de poser des gestes d'intimidation à l'endroit des entreprises qui cherchent à percer des marchés établis »⁸⁴. Aussi le Bureau de la concurrence du Canada recommande-t-il de ne pas divulguer le nom des soumissionnaires potentiels.

C'est ainsi que l'obligation de non divulgation de l'identité des soumissionnaires, une mesure visant à lutter contre la collusion et éviter l'intimidation, s'est retrouvée dans le projet de loi 76 adopté en février 2010. Cependant, l'interdiction de divulgation coupe les liens entre les entrepreneurs généraux et spécialisés pour les travaux qui seront sous-traités. Les entrepreneurs se sont donc vivement opposés à cette mesure. De plus, pour plusieurs projets de construction, l'administration publique offre, voire impose, des visites de chantiers et des réunions d'information lors desquelles des renseignements importants concernant le travail à réaliser sont transmis aux soumissionnaires potentiels. Parce que le recours à des rencontres individuelles « n'est pas une solution envisageable »⁸⁵ et que l'information transmise aux soumissionnaires potentiels doit être la plus uniforme possible, il n'y a pas d'avenue simple pour réconcilier ces rencontres importantes avec l'obligation de non divulgation de l'identité des soumissionnaires.

Saisi du problème, le Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux (Rapport Coulombe) a recommandé au gouvernement « que la loi soit modifiée de telle sorte que l'interdiction de divulguer le nombre et l'identité des soumissionnaires potentiels s'applique à toute personne, à l'exception du SEAO, et uniquement à son égard, lorsqu'un soumissionnaire potentiel l'autorise lors de la demande des documents d'appel d'offres au SEAO »⁸⁶. Le projet de loi 102 a appliqué

⁸⁴ Rapport Coulombe, op.cit., p.33

⁸⁵ idem, p.36

⁸⁶ idem, p.38

la recommandation du Rapport Coulombe à cet égard⁸⁷, mettant un terme à la polémique. En effet, conformément aux meilleures pratiques, cette solution entretient le doute sur le nombre et l'identité des soumissionnaires. En présence d'une soumission concertée, un soumissionnaire concurrentiel n'ayant pas révélé son intérêt dans un appel d'offres aurait d'excellentes chances de remporter l'appel d'offres. Toutefois, comme les entrepreneurs généraux peuvent demander que leur identité soit divulguée, leurs relations avec les entrepreneurs spécialisés ne sont pas mises à mal. Autrement dit, la solution du *statu quo* paraît acceptable.

Piste 5

Permettre aux soumissionnaires potentiels qui le désirent d'autoriser le SEAO à révéler leur identité tout en conservant la possibilité de ne pas le faire, tel que prévu dans le projet de loi 102 et dans le Rapport Coulombe.

Non divulgation des fournisseurs préautorisés

En regard du débat sur la non divulgation de l'identité des soumissionnaires potentiels, il est étonnant de constater que des organismes publics dévoilent sans problème la liste de leurs fournisseurs préautorisés. Cela permet évidemment aux fournisseurs sur un même marché de connaître l'identité de leurs compétiteurs potentiels. Dans le cas d'une entente collusoire entre fournisseurs, la liste des fournisseurs préautorisés leur permettrait aussi de surveiller qu'aucun autre fournisseur n'apparaisse dans leur marché. Il s'agit clairement d'une information sensible qu'il vaudrait mieux ne pas divulguer, à moins que, dans certains contextes et pour certains organismes publics, la divulgation présente des avantages substantiels.

Recommandation 1

Que les listes des fournisseurs préautorisés des organismes publics ne soient pas divulguées, à moins que le contexte ne le justifie clairement.

Formation

La formation en prévention et en détection de la collusion dans les marchés publics fait défaut au Québec. Pour prévenir la collusion, des améliorations récentes ont été apportées au cadre réglementaire et d'autres réflexions suivent leur cours, mais il reste possible de faire beaucoup mieux.

Le principal outil de prévention et de détection de la collusion dont disposent les ministères et organismes publics n'est autre que leurs professionnels des marchés publics. En effet, les fonctionnaires qui s'occupent de la rédaction des documents d'appel d'offres, de l'attribution et de l'évaluation des marchés publics concentrent une expertise riche quant aux réalités de leur domaine.

⁸⁷ *Projet de loi 102 modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, au cinquième paragraphe des articles 32, 44, 60, 69 et 89. Ces dispositions entreront en vigueur en avril 2011.

Ces professionnels détiennent bien souvent des attributs utiles à la prévention et à la lutte à la collusion : la connaissance des principaux joueurs, la compréhension de la structure des coûts des soumissionnaires, la connaissance du langage technique des spécifications dans les documents d'appel d'offres, et bien d'autres connaissances utiles. Ils sont aussi directement exposés aux soumissions, voire aux soumissionnaires, ce qui les place au meilleur endroit pour observer et repérer les indices permettant de révéler la présence d'ententes collusoires entre concurrents supposés. Ils constituent autrement dit la première ligne de défense des organismes publics contre la collusion. Cet atout doit être mieux exploité en formant ces fonctionnaires adéquatement. La formation obligatoire des secrétaires de comités de sélection par le Secrétariat du Conseil du Trésor n'inclut pas non plus d'éléments de formation sur la collusion pour le moment. Il s'agit probablement d'un premier pas facile à franchir.

Recommandation 2

Que la formation des secrétaires de comités de sélection, assurée par le Secrétariat du Conseil du trésor, inclue des éléments de formation sur la détection et la prévention de la collusion.

Les allégations présentes dans les médias ces derniers mois ont très certainement conscientisé les professionnels des marchés publics. Il serait donc tout indiqué de profiter rapidement de leur réceptivité exceptionnelle à la problématique de la collusion et de prendre le temps de répondre aux questions qui ne manqueront pas de surgir. Pour cela, la confection d'un guide d'information sur la collusion dans les appels d'offres serait des plus utiles. Celui-ci pourrait être développé en partenariat avec le Bureau de la concurrence du Canada et peut-être s'inspirer de ce qui a été développé en Australie⁸⁸. Bien sûr, le présent rapport pourrait aussi servir au développement de ce guide qui, par la suite, pourrait être largement diffusé.

Les éléments pertinents à inclure dans un guide et dans une formation sur la collusion sont :

- ses impacts et la perte de valeur pour l'acheteur public
- les meilleures pratiques pour la prévenir
- les signaux à repérer pour la contrer
- le processus à suivre en cas de doute

Puisqu'il s'agit d'un appel d'offres en amont du processus d'appel d'offres de l'administration publique, le lien entre les entrepreneurs généraux et spécialisés établit par le BSDQ n'a pas fait l'objet d'une attention particulière. Par contre, il pourrait être intéressant pour le personnel du BSDQ d'être aussi formé à la détection et à la prévention de la collusion.

⁸⁸ Le Bureau de la concurrence du Canada (BCC) a développé une présentation intitulée *Truquage des offres : sensibilisation et prévention* qui peut servir de base à la rédaction d'un guide plus complet en contexte canadien. Le guide développé par le *Australian Competition & Consumer Commission* (ACCC) nous paraît un bon exemple des thèmes qu'un tel guide doit aborder en plus d'offrir des outils supplémentaires utiles aux professionnels des marchés publics : liste de vérification, cas hypothétiques, questions fréquentes... ACCC, *Cartels: Deterrence and detection – A guide for government procurement officers*, 2009.

Recommandation 3

Qu'une formation soit développée et offerte aux professionnels des marchés publics sur la prévention et la détection de la collusion, incluant ceux des municipalités et le personnel du BSDQ.

Recommandation 4

Qu'un guide pratique d'information sur la collusion soit développé selon les besoins des professionnels des marchés publics en collaboration avec le Bureau de la concurrence du Canada.

Évaluation des marchés publics

Actuellement, les règlements sur les contrats des organismes publics prévoient une évaluation d'un entrepreneur ou d'un fournisseur seulement en cas d'insatisfaction. Les évaluations dont il est question ici sont formelles, ne sont donc pas systématiques, et on suppose qu'elles exigent d'y consacrer du temps et des ressources.

Dans une optique de détection de la collusion, il pourrait être utile de demander aux professionnels des marchés publics de remplir un questionnaire spécialisé. Les questions porteraient sur les différents indices permettant de détecter la présence d'entente collusoire. Ainsi, le simple fait de répondre au questionnaire informera les professionnels des marchés publics des signes auxquels ils doivent porter attention même lorsque ces indices ne sont pas apparus dans le cas sur lequel portent les questions.

Il n'est peut-être pas nécessaire de faire remplir ce questionnaire de manière systématique. Si cette étape supplémentaire est demandée de façon aléatoire, il y a de bonnes chances que l'exercice soit pris davantage au sérieux. Il serait aussi possible d'augmenter la fréquence du questionnaire pour les types de marchés publics qui présentent des caractéristiques favorisant l'apparition de cartels.

Dans la même optique que pour la formation, il serait intéressant de faire profiter le BSDQ de cette expertise. Après tout, l'obtention par l'entrepreneur général du meilleur prix possible lui permet d'offrir ce meilleur prix à son client public.

Recommandation 5

Qu'un questionnaire portant sur les indices de collusion soit rempli de façon aléatoire par les professionnels des marchés publics.

Enfin, à l'heure de l'Internet et du partage de renseignements en ligne, la possibilité d'offrir un forum Internet ou Intranet aux professionnels des marchés publics afin de partager leurs expériences, poser leurs questions et communiquer entre eux devrait être étudiée. Des balises devraient sans doute être mises en place pour parer aux risques juridiques et préserver l'indépendance et l'impartialité des membres des comités de sélection. Toutefois, avec le temps, un tel forum permettrait de partager les expériences, d'offrir un mentorat informel aux professionnels en début de carrière et de créer une mémoire institutionnelle. La création d'un

forum supervisé et sécurisé pourra aussi éviter que ces échanges de renseignements se fassent sur des forums publics et sans supervision.

Recommandation 6

Qu'un forum supervisé et sécurisé soit mis à la disposition des professionnels des marchés publics afin qu'ils puissent échanger sur leurs préoccupations et les façons de faire à adopter.

Vérifications menées à l'interne

Parmi les indices de collusion qui peuvent apparaître lors des appels d'offres, plusieurs ne peuvent s'identifier au cours d'un seul événement mais doivent au contraire être mis en relation les uns avec les autres. C'est le cas lorsqu'on souhaite détecter des stratégies de rotation entre soumissionnaires, de découpage des marchés ou lorsqu'on souhaite identifier les entreprises ayant soumissionné dans le passé et qui ne participent plus aux appels d'offres.

Différentes techniques d'analyse existent pour traiter les données disponibles sur les appels d'offres et détecter les cas qui pourraient être problématiques. Parfois simples, d'autres techniques sont plus sophistiquées et requiert une certaine expertise. Dans tous les cas, plusieurs renseignements sont nécessaires et doivent être colligés. Comme le recommandait avec justesse le Rapport Coulombe, « la mise en place d'un système d'information bien structuré à l'égard des marchés publics s'impose »⁸⁹. Une fois mis en place, ce système d'information se révélera un outil précieux, notamment dans la lutte à la collusion.

Recommandation 7

Que les renseignements portant sur les marchés publics octroyés, publiés sur le SEAO, soient colligés et organisés de manière à constituer un système d'information efficace sur les marchés publics.

À l'heure actuelle, les vérifications des processus d'attribution des marchés publics relèvent les vérificateurs généraux. Il serait approprié de leur confier aussi des mandats d'analyse portant spécifiquement sur la détection de la collusion. Une autre approche possible serait d'établir une équipe spécialisée qui concentrerait l'expertise requise et mènerait des vérifications à partir des renseignements colligés sur les marchés publics. Le champ d'activité de cette équipe pourrait inclure toutes les composantes du secteur public, y compris les réseaux de l'éducation, de la santé, les municipalités, les universités, voire les entreprises publiques et privées qui souhaiteraient vérifier des contrats suspects. Enfin, à défaut d'établir une équipe permanente au sein de la fonction publique, le recours à des chercheurs indépendants serait une solution avantageuse pour réaliser des vérifications.

Recommandation 8

Que des vérifications visant à détecter les cas de collusion possibles soient menées à partir du système d'information sur les marchés publics.

⁸⁹ Rapport Coulombe, op.cit., p.74

Enfin, cette équipe pourrait demander que des questionnaires soient transmis plus fréquemment aux professionnels ayant la responsabilité d'un secteur ou d'un type de marchés publics qui présentent des facteurs de risques.

Maximiser le recours aux appels d'offres

Afin d'obtenir la meilleure valeur au meilleur prix, l'appel d'offres représente très certainement la procédure la plus adéquate puisqu'elle favorise davantage la concurrence que les contrats conclus de gré à gré ou les petits contrats. Il ne s'agit pas d'une panacée puisque la collusion se retrouve aussi dans les marchés publics octroyés par appels d'offres. Toutefois, il s'agit de la procédure la plus propice pour stimuler la concurrence. Aussi, il apparaît important que les critères permettant de déroger de la procédure d'appel d'offres soient restreints et bien appliqués, que ce soit pour conclure un contrat de gré à gré ou pour conclure un contrat sous le seuil applicable. Les conclusions du Vérificateur général quant à la gestion des contrats au ministère des Transports du Québec démontrent que ces critères peuvent être resserrés et que des vérifications sont nécessaires.

Il apparaît donc important, afin de tirer pleinement partie de la concurrence pour obtenir la meilleure valeur au meilleur prix, d'appuyer ici les recommandations du Vérificateur général⁹⁰ du Québec, non seulement pour ce qui est du ministère des Transports mais afin d'attirer l'attention de tous les organismes publics sur les bonnes pratiques qu'elles promeuvent. En particulier, ses recommandations concernant les situations d'urgence, les situations de fournisseur unique et les risques de fractionnement de contrats permettront de maximiser le recours aux appels d'offres et aux procédures concurrentielles si elles sont adéquatement suivies.

Recommandation 9

Que les dérogations au processus d'appel d'offres, notamment dans les situations d'urgences et les situations de fournisseur unique, soient bien documentées et soient accordées avec parcimonie.

Les petits contrats

Les contrats publics dont les montants sont inférieurs aux seuils minimaux n'ont pas à être conclus par appel d'offres. Les règles encadrant leur attribution sont souples bien que l'organisme concerné soit encouragé à suivre certaines balises. La transparence et la concurrence étant moins nécessaires, c'est dans ces contrats que le risque d'ingérence politique et de favoritisme pour certains fournisseurs est le plus grand. La vérification de la conformité de ces contrats revêt donc une importance cruciale.

⁹⁰ Vérificateur général du Québec, *Rapport du Vérificateur général du Québec à l'Assemblée nationale pour l'année 2009-2010*, Tome II, Chapitre 4. Les recommandations sont regroupées à la page 4-4.

Bien que ce soient là les recommandations de la *Loi sur les contrats des organismes publics* elle-même, l'octroi des contrats aux contractants de la région concernée et la rotation parmi les concurrents sont des conditions pouvant favoriser la collusion. Ces balises ont vraisemblablement pour but de privilégier les retombées régionales et d'enrayer le favoritisme et peuvent donc être pertinentes dans la pratique. Mais puisque ces mêmes recommandations peuvent poser problème pour ce qui est des risques de collusion, il nous semble important que les organismes publics demeurent particulièrement vigilants dans leur application, attentifs aux signaux potentiels provenant de ces contrats et que des vérifications externes soient menées de temps à autre.

Recommandation 10

Que l'octroi des petits contrats aux fournisseurs locaux et que la rotation parmi les concurrents soient utilisés avec prudence afin d'éviter que ces pratiques n'encouragent la collusion ou nuisent à l'obtention du meilleur prix pour les administrations publiques.

Recommandation 11

Que des vérifications soient menées de temps à autre sur l'octroi des petits contrats.

Favoriser la participation des PME aux marchés publics

Les meilleures pratiques en matière de lutte à la collusion suggèrent d'élargir autant que faire se peut la participation des entreprises intéressées aux marchés publics. Dans cette optique, la participation des PME compte particulièrement puisque ce sont ces entreprises qui font davantage face à des obstacles engendrant des coûts de participation importants proportionnellement à leur taille. Ces obstacles incluent : « la taille des contrats, l'accès à l'information pertinente, les délais de soumission, les paiements en temps et le poids du fardeau administratif »⁹¹.

L'une des solutions potentielles, qui provient de l'expérience française, préconise le recours à l'allotissement⁹². Surtout utile dans le cadre de contrats d'approvisionnement, l'allotissement permet de répartir en différents « lots » le contrat total. Cette procédure évite aux fournisseurs d'avoir à remplir l'ensemble du contrat en les autorisant à déposer une soumission pour certains lots seulement. Les soumissions proposant les meilleurs prix remportent les lots qui les intéressent en ordre de priorité. Par contre, l'allotissement ne doit pas être utilisé aux fins de fractionner les marchés publics. Pour déterminer le montant du marché public alloti, seule la valeur totale des lots compte en regard des seuils des marchés publics.

L'allotissement représente un outil favorisant la participation des entreprises qui, autrement, n'auraient pu prétendre faire affaire avec une administration publique. Cette procédure permet en quelque sorte de contrebalancer les regroupements d'achats entre organismes publics qui augmentent la valeur totale des contrats. Par contre, cette solution doit être utilisée avec prudence. Il faut éviter que l'allotissement ne vienne faciliter la répartition d'un marché entre les entreprises participantes d'une entente collusoire. Les professionnels des marchés publics devront

⁹¹ *Marchés publics et développement économique au Québec*, op.cit., p.81

⁹² idem, p.72

donc bien prendre en compte les circonstances et les caractéristiques des marchés publics pour déterminer si le recours à l'allotissement peut se révéler utile.

Recommandation 12

Que les obstacles à la participation des PME aux marchés publics soient minimisés et que le recours à l'allotissement lorsque pertinent soit permis.

Favoriser l'innovation

Les facteurs de risque à l'apparition d'ententes collusoires incluent le faible rythme d'évolution technologique. Les marchés publics, en se montrant le plus ouvert possible aux solutions innovantes, peuvent donc contribuer à diminuer les risques de collusion. Cependant, pour l'administration publique, se mettre au courant des nouvelles technologies est difficile et coûteux⁹³. Au contraire, pour les entrepreneurs et les fournisseurs, il s'agit d'un comportement rentable et naturel. Les marchés publics favorisant l'innovation misent donc sur la propension des entreprises à rechercher les meilleures façons de faire. Trois avenues permettent de diminuer les obstacles aux solutions innovantes, voire de les favoriser.

L'OCDE propose à cette fin de recourir à la performance fonctionnelle lors de la rédaction des documents d'appels d'offres. Cette approche préconise de mettre l'accent sur « le résultat à atteindre plutôt que [sur] les modalités d'exécution »⁹⁴. La performance fonctionnelle mise en quelque sorte sur l'asymétrie de l'information en laissant le soin à l'entreprise de déterminer les moyens les plus efficaces d'atteindre le résultat désiré par l'administration publique.

Recommandation 13

Que le recours à la procédure dite de la performance fonctionnelle soit davantage encouragé dans la rédaction des documents d'appel d'offres.

Le repérage des nouvelles solutions et de substituts ne doit toutefois pas être totalement laissé à la discrétion des fournisseurs et entrepreneurs. Parfois, il serait intéressant que ce repérage soit mené par les professionnels des marchés publics, afin de comparer les besoins avec les solutions proposées sur le marché plutôt que de se contenter de répéter mécaniquement les mêmes appels d'offres. Bien entendu, les entreprises innovantes peuvent elles-mêmes signaler leurs produits aux professionnels des marchés publics, mais les petites entreprises innovantes ou les entreprises étrangères ne le feront pas systématiquement, d'où l'importance d'y consacrer quelques efforts.

⁹³ La décision du juge Denis Jacques de la Cour supérieure, en juin dernier, portant sur le logiciel libre montre que des solutions innovantes mais inhabituelles ne sont pas toujours prises en compte dans les marchés publics. Voir notamment l'article de Pierre Asselin dans *Le Soleil* du 3 juin 2010, « Le logiciel libre remporte une victoire en cour ».

⁹⁴ OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, op. cit., p.7

Recommandation 14

Que les professionnels des marchés publics soient encouragés à chercher les solutions innovantes qu'offre le marché et pouvant répondre aux besoins des organismes publics.

Enfin, « les appels d'offres peuvent démontrer une ouverture aux innovations en précisant que les soumissions proposant une alternative aux biens et services demandés habituellement seront aussi prises en considération »⁹⁵. De cette façon, on invite les nouvelles idées à se signaler d'elles-mêmes.

Recommandation 15

Que les documents d'appel d'offres précisent que si des solutions innovantes représentant une alternative intéressante aux demandes des administrations publiques sont soumises, elles seront aussi considérées.

Fixer un prix de réserve

On l'a vu, la nouvelle *Politique de gestion contractuelle concernant le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres des contrats des organismes publics* permet de « préciser que la possibilité de n'accepter aucune des soumissions reçues prévue au document d'appel d'offres s'applique notamment lorsqu'il juge que les prix sont trop élevés ou disproportionnés ou ne reflètent pas un juste prix »⁹⁶. Autrement dit, ce mécanisme permet de faire avorter le processus d'appel d'offres lorsque le prix est jugé exagéré. Il s'agit d'un mécanisme utile et raisonnable qui permet de ne pas tomber dans le piège d'un appel d'offres truqué. Cette possibilité peut donc permettre de déstabiliser un cartel ou de le faire réfléchir sur une stratégie de fixation des prix qui le force à réduire la rente attendue. Bien entendu, cela suppose que ce mécanisme soit effectivement utilisé par les administrations publiques.

Recommandation 16

Que les administrations publiques se gardent la possibilité de renoncer à conclure un contrat lorsque les prix reçus en soumission paraissent exagérés.

⁹⁵ *Marchés publics et développement économique au Québec*, op.cit., p.76

⁹⁶ *Politique de gestion contractuelle concernant le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres des contrats des organismes publics*, art.4

Annexe 1

Cadre législatif et réglementaire des marchés publics au Québec

(Extrait du Rapport de projet, *Marchés publics et développement économique au Québec*, version mise à jour en mai 2010, pp.8 à 14) :

Le cadre législatif et réglementaire des marchés publics au Québec comporte deux volets : les accords signés par le Québec concernant les marchés publics et les lois et règlements intérieurs au Québec.

Les accords de libéralisation des marchés publics ont tous pour objectifs que les acheteurs publics ouvrent leurs appels d'offres aux entreprises des territoires visés par ces accords à partir de certains seuils. Les conditions d'ouverture et le mode de publication utilisé varient en fonction du type de contrat (contrat de biens ou de services, contrat de travaux de construction) et du secteur d'activité de l'acheteur. Le Québec s'est doté de quatre de ces accords libéralisant ses marchés publics, soit l'Accord de commerce intérieur (ACI) entre les provinces canadiennes, l'Accord Québec-New York (AQNY), l'Accord Québec-Ontario (AQO) et l'Accord Québec-Nouveau-Brunswick (AQNB). De plus, depuis le 16 février 2010, le Québec et les autres provinces canadiennes sont tenues d'ouvrir leurs marchés publics aux fournisseurs étasuniens en vertu de l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics (Accord CA-EUA), dont on verra le contenu au chapitre 2. À cet effet, le gouvernement du Québec a signé avec le gouvernement du Canada une Entente sur les marchés publics québécois.

Accord de commerce intérieur (ACI)

L'Accord sur le commerce intérieur⁹⁷ est entré en vigueur en 1995. Il s'agit d'un accord intergouvernemental entre les provinces et territoires du Canada, dont le gouvernement fédéral est aussi signataire, qui favorise le commerce interprovincial « en traitant les obstacles liés à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des investissements à l'intérieur du Canada ». Il vise principalement onze secteurs d'activité⁹⁸.

Cet accord prévoit l'élimination des barrières commerciales intérieures ainsi que l'harmonisation des normes provinciales. Ces mesures devraient permettre de réduire les coûts de transaction auxquels font face les entreprises canadiennes et d'accroître la mobilité de la main-d'œuvre. Les principes qui sous-tendent l'ACI incluent la non discrimination, l'absence d'obstacle inutile, de même qu'un accès transparent à l'information pour toutes les parties intéressées.

⁹⁷ Le texte de l'ACI peut être trouvé sur ce site. http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm

⁹⁸ On peut consulter les rapports annuels de l'ACI sur ce site (MARCAN). http://www.ait-aci.ca/index_fr/reports.htm

Le chapitre cinq de l'ACI traite des marchés publics. En cette matière, l'ACI cherche à éliminer:

- Les préférences de prix locales;
- Les caractéristiques techniques qui ne sont pas impartiales;
- Les normes d'enregistrement injustes; et
- Toute autre pratique discriminatoire basée sur la localisation des fournisseurs.

Notons que « le troisième protocole de modification de cet accord a étendu à partir du 1^{er} juillet 1999 cette libéralisation au domaine municipal et aux réseaux de l'éducation et de la santé et des services sociaux. Depuis le 1^{er} janvier 2005, l'Accord sur le commerce intérieur a été étendu à certaines entités exerçant des activités de nature commerciale et industrielle telles que la Société des loteries du Québec et la SAQ, etc. »⁹⁹. Pour les principaux types de marchés publics, les seuils prévus par l'ACI pour l'ouverture de ces marchés sont les suivants :

	Ministères et organismes du gouvernement	Éducation et Santé et services sociaux*	Municipalités et organismes municipaux*	Entités exerçant des activités de nature commerciale ou industrielle
Biens	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Services	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Construction	100 000 \$	250 000 \$	250 000 \$	5 millions \$

* En anglais, on fait parfois référence à ces entités publiques par l'acronyme *MASH entities*, pour *Municipal, Academic, Social and Health entities*.

Accord intergouvernemental sur les marchés publics Québec-New York

Le gouvernement du Québec « a mis en oeuvre le 12 novembre 2001 un accord conclu avec le gouvernement de l'État de New York pour ouvrir réciproquement les marchés publics de leurs ministères et organismes publics aux fournisseurs ayant un établissement sur leur territoire respectif »¹⁰⁰. Grâce à cet accord, le Québec n'est plus considéré comme une juridiction discriminatoire à l'égard des entreprises new-yorkaises. En contrepartie, le gouvernement du Québec s'engage à ne pas discriminer les entreprises new-yorkaises, sauf dans les secteurs où New York discrimine les entreprises québécoises, et ouvre ses marchés publics au-delà du seuil de 25 000\$ CA (16 000\$ US) pour les produits et de 100 000\$ CA (65 000\$ US) pour les services et la construction.

	Ministères et organismes du gouvernement	Éducation et Santé et services sociaux	Municipalités et organismes municipaux	Entités exerçant des activités de nature commerciale ou industrielle
Biens	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Services	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Publicité et relations publiques	200 000 \$	----	----	----
Construction	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	5 millions \$

⁹⁹ Selon ce site du MDEIE, consulté le 12 décembre 2008. <http://www.mdeie.gouv.qc.ca/index.php?id=2312>

¹⁰⁰ Selon ce site du MDEIE, consulté le 12 décembre 2008. <http://www.mdeie.gouv.qc.ca/index.php?id=2312>

Accord Québec-Ontario

Cet accord conclu en 1994 avec l'Ontario visait notamment « à libéraliser les marchés publics des deux gouvernements et les marchés de construction des municipalités, des organismes municipaux et des réseaux de la santé et de l'éducation. Plutôt que les seuils de 250 000\$ prévus par l'ACI, l'accord les ramène à 100 000\$. Mais un amendement apporté à l'accord en mai 1996 a ouvert aussi les marchés de biens et de services de ces secteurs parapublics à partir du 1^{er} mai 1997 »¹⁰¹. L'entente de juin 2006 sur la mobilité de la main-d'œuvre entre le Québec et l'Ontario vient compléter cet accord en mettant fin au conflit sur la main-d'œuvre dans le secteur de la construction.

	Ministères et organismes du gouvernement	Éducation et Santé et services sociaux	Municipalités et organismes municipaux	Entités exerçant des activités de nature commerciale ou industrielle
Biens	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Services	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Publicité et relations publiques	200 000 \$	----	----	----
Construction	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	5 millions \$

Accord Québec-Nouveau-Brunswick

Un nouvel accord de libéralisation des marchés publics avec le Nouveau-Brunswick vient tout juste d'entrer en vigueur, le 2 décembre 2008. « Ce nouvel accord, qui remplace l'accord précédent signé en 1993, vise à faciliter les échanges commerciaux entre le Québec et le Nouveau-Brunswick et à contribuer au renforcement de l'espace économique Québec-Nouveau-Brunswick¹⁰².

Le nouvel accord est grandement simplifié (...). Son champ d'application est étendu à tous les organismes visés par l'Accord sur le commerce intérieur, à compter des seuils suivants :

	Ministères et organismes du gouvernement	Éducation et Santé et services sociaux	Municipalités et organismes municipaux	Entités exerçant des activités de nature commerciale ou industrielle
Biens	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Services	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	500 000 \$
Publicité et relations publiques	200 000 \$	----	----	----
Construction	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	5 millions \$

¹⁰¹ Selon ce [site](#) du MDEIE, consulté le 12 décembre 2008.

¹⁰² Le texte de l'Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick (AQNB) peut être consulté à l'adresse suivante :

http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/publications/marche/acheteur/accord/AQNB_2008_francais-2008-09-30.pdf

Par rapport à l'Accord sur le commerce intérieur, qui s'applique déjà entre les deux parties, on remarque que les services de publicité et de relations publiques sont inclus alors qu'ils sont exclus de l'ACI. En plus, comme dans le cas de l'Accord Québec-Ontario, les seuils de construction pour les réseaux et pour les municipalités passent de 250 000\$ avec l'ACI à 100 000\$ avec l'AQNB¹⁰³.

Entente sur les marchés publics québécois

L'Entente sur les marchés publics québécois, signée entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec, stipule que les marchés publics québécois sont ouverts aux fournisseurs des États-Unis selon les conditions de l'AMP de l'OMC depuis le 16 février 2010, conformément à l'Accord CA-EUA. Certaines dispositions¹⁰⁴ s'appliquent 12 mois après son entrée en vigueur et, durant cette période, les États-Unis s'engagent à ne pas invoquer les processus de règlement des différends de l'OMC ou de l'Accord CA-EUA pour les marchés de certaines entités. À ce propos, notons que les marchés publics du Québec ouverts aux fournisseurs étasuniens exclus : les biens et services culturels et artistiques, la production de jeunes plants, les travaux de garanties, l'acier de construction et les marchés avec les OSBL¹⁰⁵.

Loi sur les contrats des organismes publics, règlements et politiques

La Loi sur les contrats des organismes publics constitue l'encadrement législatif des marchés publics québécois, complétée par trois règlements concernant respectivement les produits, les services et les travaux de construction. Ce cadre réglementaire s'applique aux ministères et organismes gouvernementaux de même qu'aux « établissements et organismes du réseau de la santé et des services sociaux ainsi que du réseau de l'éducation »¹⁰⁶. Deux nouvelles politiques, entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2008, portent respectivement sur la conclusion de contrats et sur la reddition de compte des organismes publics. Elles concernent uniquement les ministères et organismes publics.

Comme toutes les lois du genre, la Loi sur les contrats des organismes publics définit la marche à suivre pour les contrats d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction dépassant certains seuils qu'elle fixe. Fondée sur des principes de transparence, d'intégrité, d'équité, de reddition de comptes et de bonne utilisation des fonds publics, cette loi respecte les accords intergouvernementaux engageant le Québec. Elle prévoit aussi des dispositions concernant les marchés publics conclus en PPP, les contrats dont les montants sont inférieurs aux seuils, les regroupements d'acheteurs publics, ainsi que les cas exceptionnels où un contrat peut être conclu de gré à gré (situation d'urgence, fournisseur unique ou intérêt du public).

¹⁰³ Article de *l'Info-Marchés publics*, Vol. 10 No 6, décembre 2008, de Geneviève Audet, Direction de la tarification et des accords sur les marchés publics, disponible en ligne.

<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/marche/infomarche/infomarche.asp>

¹⁰⁴ Ces dispositions sont les sous-alinéas a) à h) de l'art.3 de l'Accord CA-EUA.

¹⁰⁵ Ces exclusions sont précisées à l'Annexe 2 de l'Appendice I de l'AMP de l'OMC.

¹⁰⁶ Selon le site du SCT sur les marchés publics, consulté le 30 novembre 2008.

<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/marche/index.asp>

Les trois règlements¹⁰⁷ opérationnalisent concrètement les dispositions de cette loi. Il est intéressant de noter que les règlements concernant les contrats d'approvisionnement et de services comportent tous les deux une clause sociale et une clause environnementale. La première consiste en l'interdiction de conclure un contrat avec une entreprise de plus de 100 employés si celle-ci ne s'est pas dotée d'un programme d'accès à l'égalité et est certifiée en cela par le Conseil du trésor. La seconde clause donne l'opportunité à l'acheteur public d'imposer un système d'assurance de qualité comme exigence, la certification ISO 9001 par exemple, ou une spécification liée au développement durable. Ces deux clauses ont un impact très large puisque ces règlements s'appliquent à tous les contrats d'achat de biens ou de services par les organismes publics.

(...)

Secrétariat du Conseil du trésor (SCT)

Au Québec, c'est le Secrétariat du Conseil du trésor qui est responsable d'encadrer les marchés publics et de colliger les rapports des organismes publics. Le Sous-secrétariat aux marchés publics (SSMP) « propose des textes législatifs et réglementaires de même que des politiques et des directives en relation avec les contrats, notamment ceux concernant l'acquisition de biens et l'exécution de travaux de construction et de services. Pour les ministères et les organismes publics, il traite les demandes d'autorisation adressées au Conseil du trésor »¹⁰⁸. Par ailleurs, le SSMP joue aussi un rôle d'expert conseil et de formateur auprès des acheteurs publics, et rend disponible l'information sur les marchés publics québécois.

Le SCT propose sur son site Internet une section très complète sur les marchés publics qui détaille le cadre législatif et réglementaire et qui informe le lecteur des ententes existantes liant le Québec. On y propose aussi une publication, le bulletin *Info-marchés publics*. Ce dernier « contient des renseignements sur les activités de formation destinées aux entreprises, sur les changements dans la réglementation des contrats ainsi que des liens utiles pour mieux connaître les occasions de marchés »¹⁰⁹.

Plusieurs initiatives gouvernementales concernant les marchés publics sont recensées sur le site du Centre de services partagés du gouvernement du Québec. C'est notamment le cas de la tenue d'une Journée des acquisitions, une fois par année, qui réunit « de nombreux spécialistes du secteur public, des réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux et du secteur municipal. Elle [permet à l'entreprise] d'échanger des renseignements pertinents dans [ses] domaines respectifs et d'accroître [sa] notoriété auprès des décideurs de l'approvisionnement

¹⁰⁷ Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics, art. 34 à 37, Gazette officielle, partie 2, No 24, 11 juin 2008, pp. 2981-8, Règlement sur les contrats de services des organismes publics, art. 47 à 50, Gazette officielle, partie 2, No 24, 11 juin 2008, pp. 3002-11, et Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics, art. 27 à 29, Gazette officielle, partie 2, No 24, 11 juin 2008, pp. 2988-3002.

¹⁰⁸ Selon le site du SCT sur les marchés publics, consulté le 30 novembre 2008.

<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/marche/index.asp>

¹⁰⁹ Selon le site du SCT sur les marchés publics, consulté le 30 novembre 2008.

<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/marche/infomarche/index.asp>

»¹¹⁰. D'autres initiatives sont décrites dans les sections qui suivent. Finalement, des liens vers les accords signés par le Québec expliquent les opportunités que les entreprises québécoises peuvent saisir sur les marchés publics étrangers.

¹¹⁰ Sur le site du portail d'approvisionnement du Centre de services partagés du gouvernement du Québec, consulté le 3 décembre 2008. <http://www.approvisionnement-quebec.gouv.qc.ca/Fournisseurs/default.asp?MenPri=2>

Annexe 2

Les douze règlements de la *Loi sur les contrats des organismes publics*

1. Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics, R.R.Q., c. C-65.1, r. 1
2. Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics, R.R.Q., c. C-65.1, r. 2
3. Règlement sur les contrats de concession du gouvernement, R.R.Q., c. C-65.1, r. 3
4. Règlement sur les contrats de services des organismes publics, R.R.Q., c. C-65.1, r. 4
5. Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics, R.R.Q., c. C-65.1, r. 5
6. Règlement sur les contrats du gouvernement pour l'acquisition d'immeubles, R.R.Q., c. C-65.1, r. 6
7. Règlement sur les contrats du gouvernement pour la location d'immeubles, R.R.Q., c. C-65.1, r. 7
8. Règlement sur le paiement d'intérêts aux fournisseurs du gouvernement, R.R.Q., c. C-65.1, r. 8
9. Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des architectes, R.R.Q., c. C-65.1, r. 9
10. Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des arpenteurs-géomètres, R.R.Q., c. C-65.1, r. 10
11. Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des avocats ou des notaires, R.R.Q., c. C-65.1, r. 11
12. Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des ingénieurs, R.R.Q., c. C-65.1, r. 12

