

MÉMOIRE CONCERNANT LE PROJET DE RÈGLEMENT MODIFIANT LE RÈGLEMENT SUR LES CONTRATS DE TRAVAUX DE CONSTRUCTION DES ORGANSIMES PUBLICS

Présenté à

Monsieur Robert Villeneuve, directeur général, Direction générale de l'encadrement, Sous-secrétariat aux marchés publics, Secrétariat du Conseil du trésor

Par

Association Québécoise des Entrepreneurs en Infrastructure (AQEI)

Mai 2024



À PROPOS DE L'AQEI

L'Association Québécoise des Entrepreneurs en Infrastructure (AQEI), est une association provinciale qui représente des entrepreneurs généraux œuvrant dans le domaine du génie civil et de la signalisation.

Leurs donneurs d'ouvrages sont principalement des villes et des municipalités du Québec ainsi que différents organismes gouvernementaux. Outre les entrepreneurs généraux, l'AQEI est également constituée de sous-traitants, de fournisseurs de matériaux, d'équipements et de services.

La mission de l'AQEI : Contribuer à la modernisation des infrastructures du Québec en représentant les intérêts communs de nos membres auprès des instances concernées et en les accompagnant au sein d'un écosystème en constante évolution.

La vision de l'AQEI : Être l'Association de référence à travers le Québec en travaux d'infrastructure.

Historique : L'AQEI est une association constituée en personne morale en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies du Québec*. Ses premières lettres patentes lui furent délivrées le 24 octobre 1995.

À cette époque, l'association était désignée sous le nom : Association Québécoise des Entrepreneurs en Égouts Aqueducs (AQEEA). C'est en avril 2008 que les membres de l'association ont adopté, en assemblée générale, le changement de nom pour Association Québécoise des entrepreneurs en Infrastructure (AQEI) qui fut d'ailleurs reçu et déposé par le registraire des entreprises en juin 2008.

Et depuis avril 2015, les entreprises en signalisation de l'ancienne Association en Signalisation de chantiers du Québec (ASCQ) se sont jointes à l'AQEI et forment maintenant le Comité Signalisation.

Objectifs :

L'AQEI a notamment pour objectif de promouvoir et protéger les intérêts de ses membres et de l'industrie de la construction en infrastructure et en signalisation. Elle promeut la sécurité du public et de ceux qui sont engagés dans les métiers des membres de l'Association.

Elle collabore avec d'autres organismes ayant des objectifs semblables, en tout ou en partie à ceux poursuivis par l'association. Elle considère la forme des contrats, appels d'offres, spécifications et engagements et représente les intérêts des membres de l'association à cet égard.

L'AQEI compte maintenant plus de **200 membres** répartis aux quatre coins du Québec représentant un chiffre d'affaires combiné près de **5 milliards** de dollars.

SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

RECOMMANDATION #1

Que l'article 2 du RMRCTC soit retiré.

RECOMMANDATION #2

Que l'article 5 du RMRCTC soit modifié afin que l'article 7.1 du RCTC soit dorénavant ainsi rédigé :

« Les conditions de conformité doivent également indiquer qu'une soumission est non conforme et doit être rejetée, après autorisation **d'une personne en autorité du dirigeant** de l'organisme public en application des dispositions de la section IV.1 du présent chapitre, si elle comporte un prix anormalement bas. »

RECOMMANDATION #3

Que l'article 7 du RMRCTC soit retiré.

RECOMMANDATION #4

Que l'article 8 du RMRCTC soit retiré.

Subsidiairement :

Si l'article 8 du RMRCTC est maintenu, l'AQEI suggère que l'article 11 du RCTC soit ainsi modifié :

11. Une garantie de soumission peut être ~~est~~ exigée par l'organisme public ~~lorsque le montant estimé du contrat est de 500 000\$ ou plus et peut être exigée dans tous les autres cas.~~

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.

RECOMMANDATION #5

Que l'article 9 du RMRCTC ne soit pas adopté dans sa forme actuelle et que des précisions y soient apportées pour clarifier les scénarios, droits et obligations des parties dans un tel cas.

RECOMMANDATION #6

Qu'il soit ajouté, à l'article 18 du RMRCTC une précision à savoir ce que constitue un « *refus de donner suite* » au sens de cet article.

RECOMMANDATION #7

Que l'article 19 du RMRCTC soit modifié afin que l'article 21 du RCTC se lise comme suit :

« 21. Un contrat à exécution sur demande est conclu pour une période d'au plus **3 5** ans, incluant tout renouvellement.

Pendant toute la durée de ce contrat, s'il subit une situation préjudiciable en fonction de la fluctuation des prix de son contrat, l'entrepreneur peut faire une demande d'ajustement à l'organisme public en faisant la preuve de ce préjudice réel. »

RECOMMANDATION #8

Qu'une précision soit apportée aux articles 23 du RMRCTC, 24 (première proposition de modification : 1^o) du RMRCTC et 25 du RMRCTC, à savoir quel sera l'ordre à respecter ou s'il s'agira d'un libre choix.

RECOMMANDATION #9

Qu'une définition d'un « comité de sélection » soit ajoutée à la LCOP et au RCTC ou, que si une telle définition existe déjà dans une autre loi ou un autre règlement, qu'il y soit fait référence dans la LCOP et dans le RCTC.

RECOMMANDATION #10

Que la portion de l'article 25 du RMRCTC qui introduit les futurs articles 26.2 à 26.8 inclusivement au RCTC soit retirée.

RECOMMANDATION #11

Que l'article 26 du RMRCTC soit retiré, que les montants mentionnés à l'actuel article 34 du RCTC soient mis à jour et que l'échelle de gradation des compensations soit bonifiée par plusieurs autres échelons.

Que l'article 34 du RCTC impose, à l'organisme public, l'obligation d'aviser le Conseil du trésor de toute annulation d'un appel d'offres.

RECOMMANDATION #12

Que l'article 29 du RMRCTC soit modifié afin que le futur article 38.3 se lise plutôt ainsi :

« 38.3 La **demande de prix** ~~la soumission~~ est rejetée... ».

RECOMMANDATION #13

Que l'article 30 du RMRCTC soit retiré.

RECOMMANDATION #14

Que l'article 32 du RMRCTC soit adopté mais que son entrée en vigueur soit reportée dans le temps afin de permettre aux entrepreneurs d'obtenir ces qualifications/spécifications.

RECOMMANDATION #15

Que l'article 32 du RMRCTC soit modifié afin qu'un alinéa soit ajouté à l'article 40 du RCTC afin qu'une définition soit ajoutée pour déterminer ce qui « réduit indûment la concurrence ».

INTRODUCTION

Les membres de l'AQEI ont pris connaissance du *Projet de Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* (ci-après le « RMRCTC ») publié dans la Gazette Officielle le 10 avril 2024, page 1818.

Conformément à leurs observations, les membres de l'AQEI souhaitent transmettre leurs commentaires et recommandations au Sous-secrétariat du Conseil du trésor pour renforcer l'atteinte des objectifs poursuivis par le Projet de règlement.

Objectifs du projet de règlement :

À la lecture du RMRCTC, nous comprenons que les modifications réglementaires proposées visent 4 grands objectifs :

- Accorder davantage d'agilité aux organismes publics dans la passation des marchés publics liés aux travaux de construction.
- Prévoir la souplesse pour favoriser davantage la qualité dans la sollicitation et l'adjudication des contrats de travaux de construction.
- Réduire le fardeau administratif et accélérer des processus au sein des organismes publics.
- Harmoniser le RCTC avec les autres règlements et alléger le caractère prescriptif du RCTC à l'égard des organismes publics.

D'emblée, ces objectifs ne peuvent qu'être salués par l'industrie qui, depuis plusieurs années, clament cette agilité et efficacité.

Cependant, il importe d'analyser les modifications réglementaires proposées pour s'assurer que les nouvelles dispositions conviennent aux entrepreneurs en génie civil, voirie et signalisation.

Commentaires et recommandations :

L'article 1 du RMRCTC modifierait l'article 4 du RCTC par l'introduction de rencontres individuelles d'information avec les entrepreneurs.

Pour compléter, les articles **20 du RMRCTC** (modifiant l'article 22 du RCTC) et l'article **24 du RMRCTC** (modifiant l'article 26 du RCTC) eux, viendraient introduire de nouvelles règles quant aux rencontres individuelles d'informations dans le cadre d'appels d'offres en deux étapes.

Ces articles sont salués par les membres de l'AQEI puisque ce genre de rencontres ne peut qu'améliorer la communication et la collaboration entre l'organisme public et les entrepreneurs et ce, déjà avant que le contrat ne soit octroyé.

N'est-ce pas là aussi l'esprit du Projet de loi 62 (*Loi visant principalement à diversifier les stratégies d'acquisition des organismes publics et à leur offrir davantage d'agilité dans la réalisation de leurs projets d'infrastructure*) actuellement à l'étude ?

L'industrie de la construction parle beaucoup de collaboration depuis plusieurs mois voire années, notamment dans le cadre de projets en mode de réalisation RPI. Mais, ne serait-il pas temps que cette même collaboration se retrouve dans tous les modes d'appels d'offres ? Que nous passions d'une ère de confrontation à une ère de collaboration ? Poser la question, c'est y répondre !

Ces propositions d'amendements sont directement alignées avec cette philosophie.

De ces rencontres peuvent surgir des questionnements des plus pertinents incitant les organismes publics à corriger ou préciser leurs documents d'appels d'offres. Peuvent surgir également des idées innovantes, moins coûteuses, plus rapides permettant que toute la société québécoise y gagne.

L'AQEI insiste sur le fait que le RMRCTC doit introduire l'obligation que ces rencontres individuelles d'informations aient lieu en présence d'un vérificateur de processus externe à l'organisme public et désigné par ce dernier. Selon l'AQEI, cette obligation est primordiale pour s'assurer de l'intégrité du processus d'appel d'offre et de l'équité entre tous les soumissionnaires.

L'article 1 du RMRCTC ne peut pas être scindé, il DOIT comporter les deux propositions de modifications réglementaires : les rencontres individuelles ET la présence du vérificateur de processus externe.

À l'article 2 du RMRCTC, on mentionne que l'alinéa 7 de l'article 5 du RCTC serait supprimé, faisant en sorte qu'il ne serait plus nécessaire, pour le donneur d'ouvrage, de joindre, à ses documents d'appels d'offre « le contrat à être signé ».

Selon l'AQEI, ceci représente un risque pour ses membres puisqu'ils vont soumissionner dans un processus sans en connaître toutes les clauses contractuelles. Ainsi, ils pourraient se retrouver, à la suite de la sélection du proposant, devant un « fait accompli » et un contrat qui ne serait pas acceptable ou qui présenterait un partage de risque différent de celui qui avait été envisagé par l'entrepreneur lors de l'élaboration de sa soumission.

De plus, ceci pourrait avoir une incidence sur le processus d'appel d'offres puisque les différents soumissionnaires évalueront les risques découlant des clauses du contrat différemment, ce qui pourrait créer une situation d'iniquité entre eux.

Ceci risque de créer des situations de confrontation et de différends.

Il est mieux, voire incontournable, de connaître toutes les règles du jeu et qu'elles soient les mêmes pour tous, et ce, AVANT le dépôt des soumissions.

L'AQEI recommande le retrait de l'article 2 du RMRCTC.

RECOMMANDATION #1

Que l'article 2 du RMRCTC soit retiré.

À la lecture des articles 3 et 4 du RMRCTC, on comprend que deux cas d'espèces se retrouveraient maintenant exclus des rejets automatiques (article 7, alinéas 2^o et 4^o) et pourraient dorénavant faire l'objet, par les organismes publics, d'une analyse de certaines conditions de conformité.

Ces soumissions pourraient alors être jugées conformes après que l'organisme public a demandé au soumissionnaire de la corriger, ou elles pourraient être tout autant rejetées.

L'AQEI salue ces propositions de modifications.

L'article 5 du RMRCTC viendrait retirer l'obligation de devoir obtenir l'autorisation du dirigeant de l'organisme public pour pouvoir rejeter une soumission non conforme, obligation actuellement prévue à l'article 7.1 du RCTC.

Ici, cette proposition de modification s'appliquerait au cas d'une soumission dont le prix est anormalement bas (section IV.1 du chapitre II du RCTC), donc dans des cas bien précis.

Cependant, l'AQEI estime que cette décision revêt un caractère important et devrait quand même être réalisée par une personne en autorité, redevable, imputable.

Il faut que cette décision soit prise avec des critères objectifs et qu'elle soit documentée.

L'AQEI suggère que l'article 5 du RMRCTC soit bonifié en tenant compte des préoccupations ci-dessus.

RECOMMANDATION #2

Que l'article 5 du RMRCTC soit modifié afin que l'article 7.1 du RCTC soit dorénavant ainsi rédigé :

« Les conditions de conformité doivent également indiquer qu'une soumission est non conforme et doit être rejetée, après autorisation **d'une personne en autorité** ~~du dirigeant~~ de l'organisme public en application des dispositions de la section IV.1 du présent chapitre, si elle comporte un prix anormalement bas. »

L'article 6 du RMRCTC viendrait ajouter un deuxième alinéa à l'article 8 du RCTC afin d'élargir/préciser la définition de « entrepreneur » prévue au premier alinéa.

L'AQEI est en accord avec cette proposition de modification.

L'article 7 du RMRCTC modifierait le 5^e alinéa de l'article 9 du RCTC de deux manières :

- a) en ajoutant « qui n'entraîne pas de modifications aux documents d'appels d'offres »
- b) de « 3 jours ouvrables » à « 5 jours ouvrables ou moins »

Sur la première modification (a) : les membres de l'AQEI se questionnent.

Qu'est-ce qui entraîne ou pas une modification ? Devrons-nous nous rabattre sur l'interprétation jurisprudentielle des tribunaux pour faire les déductions appropriées ?

Sur la deuxième modification (b) : les membres de l'AQEI se questionnent à savoir si l'allongement de ce délai est causé par un manque de ressources du côté de l'organisme public ? Est-ce que cette proposition de modification pourrait diminuer l'effort administratif requis pendant les jours précédant la date de réception des soumissions ?

Ils tiennent à rappeler que, plus souvent qu'autrement, les questions leur sont « remontées » par leurs sous-traitants dans les derniers jours avant le dépôt de leur propre soumission. Rallonger ce délai (ou le raccourcir, ça dépend de quel côté on se trouve) peut nuire à la finalisation adéquate d'une soumission bien réfléchie.

En tout respect, ces nombreuses questions sont peut-être aussi le résultat de documents d'appels d'offres plus ou moins clairs.

Si nous souhaitons transiger dans un mode où la collaboration est au rendez-vous, il faut que les documents d'appels d'offres soient fins prêts avant d'être déposés

au SEAO, que les délais pour soumissionner soient convenables et que les délais pour poser les questions le soient tout autant.

Si l'entrepreneur est coincé dans la finalisation de sa soumission et qu'il ne réussit pas à obtenir les réponses dont il a besoin pour soumettre un juste prix, il monnayera ce risque, ce qui n'est pas à l'avantage des organismes publics, ni de la société québécoise.

L'AQEI recommande le retrait de l'article 7 du RMRCTC.

RECOMMANDATION #3

Que l'article 7 du RMRCTC soit retiré.

L'article 8 du RMRCTC propose d'abroger l'article 11 du RCTC.

Sur cette proposition, l'AQEI tient à souligner qu'elle a reçu plusieurs correspondances, appels et courriels de la part de tous ses membres en assurance et en cautionnement. L'AQEI a bien pris le temps de lire et d'entendre tous ces messages.

De plus, l'AQEI a pris le temps d'écouter ses membres réguliers et spécialisés pour bien comprendre leur propre réalité et leurs besoins. Eux aussi ont soulevé les bienfaits d'une certaine forme de préqualification qui serait perdue si l'article 11 du RCTC était abrogé.

Par la suite, nous avons tenté de comprendre le justificatif derrière cette proposition d'abrogation. Trop de documentation pour les organismes publics ? Allègement ? Agilité ? Diminution des coûts ?

On peut penser que cette proposition de modification réglementaire vise à laisser les organismes publics déterminer la gestion de leurs garanties en fonction de leurs projets à réaliser.

Soit ! Mais...

Notre réflexion se décline en trois axes :

Première réflexion : Si l'article 11 du RCTC était abrogé, pourrions-nous y voir une possibilité que l'organisme public puisse encore, malgré cette abrogation, continuer de demander toute forme de garantie (dont le cautionnement de soumission), et ce, en vertu du RCTC ?

La réponse est oui, l'organisme public pourrait, s'il le souhaite, demander une garantie (comme un cautionnement de soumissions) et ce, en vertu de l'actuel article 10 du RCTC.

Cependant, cela ne serait plus une obligation (pour chaque contrat de 500 000\$ ou plus) telle qu'elle est actuellement prévue à l'article 11 du RCTC.

Deuxième réflexion : Si l'article 11 du RCTC était abrogé, pourrions-nous y voir une possibilité que l'organisme public puisse maintenant pouvoir demander une garantie pour des projets de moins de 500 000\$?

Ici aussi, la réponse est oui. L'organisme public pourrait, s'il le souhaite, demander une garantie (comme un cautionnement de soumissions) pour un projet de 200 000\$ par exemple, et ce, en vertu de l'actuel article 10 du RCTC, ce qui, d'une certaine manière élargirait le marché des cautionnements.

Troisième réflexion : Si l'article 11 du RCTC était abrogé, pourrions-nous y voir une ouverture à une interprétation juridique préjudiciable pour la garantie de soumission ?

Les principes d'interprétation des lois seraient alors utilisés pour démontrer que, par l'article 10 du RCTC, le législateur introduit toute forme de garantie, tandis que par l'article 11, le législateur a introduit un régime d'exception précisément pour la garantie de soumission.

Certains diront que la garantie de soumission est implicitement incluse dans l'article 10 du RCTC. D'autres diront que le législateur ne parle pas pour rien dire et qu'en édictant l'article 11 par le Décret-532-2008, le législateur a voulu en faire un régime d'exception (garantie de soumission).

Particulièrement pour ce dernier motif, et aussi pour les motifs invoqués par ses membres réguliers, ses membres spécialisés et ses membres services (compagnies de cautionnement), l'AQEI recommande que l'article 11 du RCTC demeure tel quel dans le RCTC.

RECOMMANDATION #4

Que l'article 8 du RMRCTC soit retiré.

Subsidiairement :

Si l'article 8 du RMRCTC est maintenu, l'AQEI suggère que l'article 11 du RCTC soit ainsi modifié :

11. Une garantie de soumission peut être ~~est~~ exigée par l'organisme public ~~lorsque le montant estimé du contrat est de 500 000\$ ou plus et peut être exigée~~ dans tous les autres cas.

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.

L'article 9 du RMRCTC viendrait retirer le paragraphe 1^o du deuxième alinéa de l'article 18 du RCTC. Tel que libellé actuellement, le RCTC ne permet la négociation du prix seulement s'il n'y a qu'un seul soumissionnaire conforme.

Cette proposition de modification de l'article 9 du RMRCTC, si elle était retenue, permettrait maintenant une négociation avec l'adjudicataire (le plus bas soumissionnaire conforme) même si plus d'un entrepreneur ont transmis une soumission conforme.

Plusieurs questions sont soulevées par cette proposition de modification.

Premièrement, qu'advient-il si l'adjudicataire ne veut pas négocier son prix ? Est-il écarté et l'organisme public peut alors passer au deuxième ?

Deuxièmement, l'organisme public est-il tenu de respecter le premier prix soumis par l'adjudicataire ?

Troisièmement, l'organisme public peut-il retirer son appel d'offre (ce faisant, cela lui aura permis de connaître les intentions du marché) ? Est-ce ouvrir la porte à l'examen du marché ?

Ici aussi, il y a des questions d'iniquité entre les soumissionnaires. En fait, cette modification pourrait créer des situations où les donneurs d'ouvrages transforment leurs processus d'appels d'offres en demande de proposition non ferme (ie : *request for proposal* ou une demande de prix, ce qui existe sur le marché privé).

Ceci a comme conséquence de pouvoir « magasiner » entre les entrepreneurs, ce qui n'est pas l'objectif visé par un appel d'offres.

Ceci peut aussi créer un conflit/doublon possible avec les articles 28 et 29 du RCTC concernant la « demande de prix auprès de ces entrepreneurs ».

L'approche d'un entrepreneur qui communique un prix vs un appel d'offres n'est pas toujours le même.

Une amélioration pourrait aussi être d'augmenter le rôle du vérificateur du processus dans ces cas.

Des précisions s'imposent quant à cette proposition de modification.

RECOMMANDATION #5

Que l'article 9 du RMRCTC ne soit pas adopté dans sa forme actuelle et que des précisions y soient apportées pour clarifier les scénarios, droits et obligations des parties dans un tel cas.

L'article 10 du RMRCTC viendrait modifier l'article 18.2 du RCTC en remplaçant « comité visé à l'article 18.4 » par « organisme public », laissant ainsi la responsabilité d'établir l'analyse sérieuse et documentée du prix du projet à l'organisme public et non au comité visé à l'article 18.4.

Et

L'article 11 du RMRCTC apporterait le même genre de modifications, soit la suppression de « comité visé à l'article 18.4 » et le remplacement par « organisme public ».

Et

L'article 12 du RMRCTC (première proposition de modification : 1^o) apporterait le même genre de modifications, soit la suppression de « comité visé à l'article 18.4 » et le remplacement par « organisme public ».

Et

L'article 13 du RMRCTC (première et troisième propositions de modification : 1^o et 3^o) apporterait le même genre de modifications, soit la suppression de « comité visé à l'article 18.4 » et le remplacement par « organisme public ».

Et

L'article 14 du RMRCTC apporterait le même genre de modifications, soit la suppression de « comité visé à l'article 18.4 » et le remplacement par « organisme public ».

Et

L'article 15 du RMRCTC (première proposition de modification : 1^o) apporterait le même genre de modifications, soit la suppression de « comité visé à l'article 18.4 » et le remplacement par « organisme public ».

L'AQEI comprend toutes ces propositions de modifications.

L'article 12 du RMRCTC (deuxième proposition de modification : 2^o) retirerait une énumération de possibilités permettant à l'entrepreneur de soulever la présence d'éléments particuliers qui pourraient influencer le prix soumis.

En retirant cette énumération, cela ouvre la possibilité à l'effet que plusieurs éléments, autres que ceux qui étaient énumérés, soient présentés par l'entrepreneur.

Pour autant que cette proposition de modification n'affecte aucunement l'exercice des droits de l'entrepreneur visant à justifier son prix soumis, ni ne diminue la responsabilité des organismes publics de solliciter et de considérer la justification de l'entrepreneur dans leur analyse de la soumission, cela convient.

L'AQEI salue cette proposition de modification.

L'article 13 du RMRCTC (deuxième proposition de modification : 2^o) : par cette proposition de modification, le rapport ne serait transmis à l'entrepreneur que lorsque le prix est anormalement bas. La règle à l'effet que le rapport était également transmis au dirigeant de l'organisme public, lorsque le prix soumis n'est pas anormalement bas, n'existerait plus.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 14 du RMRCTC viendrait modifier l'article 18.7 du RCTC en remplaçant « comité visé à l'article 18.4 » par « à l'organisme public », laissant ainsi la responsabilité d'établir l'analyse sérieuse et documentée du prix du projet à l'organisme public et non au comité visé à l'article 18.4.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 15 du RMRCTC (deuxième proposition de modification : 2^o) : retirerait les 2^e et 3^e alinéas de l'actuel article 18.8 pour le remplacer par un nouvel article afin que la procédure en soit allégée et accélérée.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 16 du RMRCTC retirerait l'obligation d'informer le Conseil du trésor du rejet de soumissions. La procédure en serait ainsi allégée et accélérée.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

Contrat à exécution sur demande

L'article 17 du RMRCTC introduirait l'article 19.1 au RCTC, ce qui rendrait maintenant possible l'évaluation du niveau de qualité d'une soumission en procédant à un appel d'offres en deux étapes, ce qui n'était pas le cas jusqu'à maintenant pour les contrats à exécution sur demande.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 18 du RMRCTC modifierait l'article 20.1 du RCTC en y ajoutant un alinéa complet afin de donner des pouvoirs à l'organisme public de pouvoir mettre fin à un contrat à exécution sur demande qui n'est pas réalisé par un entrepreneur.

L'AQEI prend acte de cette proposition de modification mais, suggère du même souffle, que les documents d'appels d'offres prévoient également, en plus de ceux énumérés à l'article 18 du RMRCTC, ce que constitue un « refus de donner suite » au sens de cet article.

Par exemple, s'agirait-il d'un simple non-retour de courriel ? D'une démobilisation de chantier ? D'une absence de personnel sur le chantier ?

RECOMMANDATION #6

Qu'il soit ajouté, à l'article 18 du RMRCTC une précision à savoir ce que constitue un « *refus de donner suite* » au sens de cet article.

L'article 19 du RMRCTC modifierait l'article 21 du RCTC en permettant que les contrats à exécution sur demande puissent dorénavant être conclus jusqu'à 5 ans, incluant tout renouvellement.

La plus grande difficulté dans ce genre de contrat à long terme est de déterminer, longtemps à l'avance, le prix des matériaux ou de la réalisation des travaux.

Les membres de l'AQEI soulignent que certains donneurs d'ouvrages (comme Hydro-Québec) prévoient déjà, dans leurs contrats, des taux d'indexation pour des contrats de longue durée.

Au MTMD, les membres nous mentionnent que pour des travaux de réparation de fissures (par exemple), l'indexation des coûts n'est pas possible. Cependant, au MTMD, l'indexation du prix du carburant est possible dans les contrats de longue durée pour les travaux de déneigement.

Par conséquent, les membres de l'AQEI suggèrent que l'article 21 du RCTC soit modifié afin de permettre des contrats de 5 ans, pour autant que la négociation des coûts soit possible à chaque année, à la suite de la démonstration d'une fluctuation préjudiciable du prix soumis par l'entrepreneur.

Rappelons ici l'étude en février 2023 menée par neuf associations en construction sur les problématiques liées à la hausse du coût du carburant et des matériaux de construction. Ce sont 548 entreprises qui ont pris le temps de répondre à ce sondage entre le 15 décembre 2022 et le 13 janvier 2023.



02.
**Les entrepreneurs
s'entendent sur
les fondements
des clauses...**

9/10
Neuf sur dix aimeraient que le gouvernement **étende l'application des clauses d'ajustement** des prix dans les appels d'offres.

- + Si des clauses étaient mises en place, **90%** des entrepreneurs sondés voudraient que les coûts **des matériaux et du carburant** soient compensés.
- + Si des clauses étaient mises en place, les **deux tiers** des entrepreneurs sondés aimeraient que la clause d'ajustement s'applique **à tous les appels d'offres**.

TACT

p.11

L'opportunité de modifier le RCTC devrait être saisie par le législateur pour inclure, dans le RCTC, ces clauses d'ajustement de prix.

L'AQEI suggère donc une modification de l'article 19 du RMRCTC qui lui, vient modifier l'article 21 du RCTC.

RECOMMANDATION #7

Que l'article 19 du RMRCTC soit modifié afin que l'article 21 du RCTC se lise comme suit :

« 21. Un contrat à exécution sur demande est conclu pour une période d'au plus **5** ans, incluant tout renouvellement.

Pendant toute la durée de ce contrat, s'il subit une situation préjudiciable en fonction de la fluctuation des prix de son contrat, l'entrepreneur peut faire une demande d'ajustement à l'organisme public en faisant la preuve de ce préjudice réel. »

Contrat adjudgé à la suite d'une évaluation de la qualité

L'article 21 du RMRCTC viendrait modifier l'intitulé de la sous-section 2 de la section II du chapitre III du RCTC.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 22 du RMRCTC viendrait introduire la possibilité de faire une évaluation fondée sur la mesure du niveau de qualité pour un contrat de construction uniquement (auparavant réservé au contrat mixte : construction / services professionnels).

Cette modification permettrait de faire des appels d'offres en deux volets pour des travaux (normalement complexes ou spécialisés) et limiterait le nombre de soumissionnaires à ceux qui ont été qualifiés (ie : qui ont la capacité et le savoir-faire pour réaliser ces travaux).

Ceci pourrait être positif pour les membres de l'AQEI en considérant le niveau de spécialisation de nos membres.

L'AQEI salue cette proposition de modification.

L'article 23 du RMRCTC, l'article 24 (première proposition de modification : 1^o) et l'article 25 du RMRCTC introduiraient le scénario à suivre en cas d'égalité des soumissions (faisant partie d'un appel d'offre en deux étapes).

Une question demeure dans l'esprit des membres de l'AQEI. Est-ce que les trois possibilités énumérées (1^o, 2^o et 3^o) au futur deuxième alinéa de l'article 25 du RCTC, au futur alinéa ajouté à l'article 26 du RCTC et au futur deuxième alinéa à l'article 26.1 du RCTC doivent être suivies par ordre ou selon le choix de l'organisme public ?

Une précision (dans un guide d'interprétation) serait peut-être souhaitée.

RECOMMANDATION #8

Qu'une précision soit apportée aux articles 23 du RMRCTC, 24 (première proposition de modification : 1^o) du RMRCTC et 25 du RMRCTC, à savoir quel sera l'ordre à respecter ou s'il s'agira d'un libre choix.

L'article 24 du RMRCTC proposerait des modifications à l'article 26 du RCTC, modifications que nous avons déjà commentées ci-haut. Cependant, au troisième alinéa de l'actuel article 26 du RCTC, il est fait référence à l'expressions « comité de sélection » (et à plusieurs autres endroits dans le RCTC).

Nulle part dans le RCTC ni dans la LCOP, on ne mentionne comment et de qui sera constitué le comité de sélection.

Si une telle définition existe, **l'AQEI estime** qu'il serait approprié que, tant la LCOP que tant le RCTC y réfèrent.

RECOMMANDATION #9

Qu'une définition d'un « comité de sélection » soit ajoutée à la LCOP et au RCTC ou, que si une telle définition existe déjà dans une autre loi ou un autre règlement, qu'il y soit fait référence dans la LCOP et dans le RCTC.

Dans un premier temps, l'article 25 du RMRCTC viendrait ajouter l'article 26.1 au RCTC. Cet ajout est en complémentarité des autres propositions de modifications réglementaires.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

Dans un deuxième temps, l'article 25 du RMRCTC viendrait introduire les futurs articles 26.2 à 26.8 inclusivement, tous relatifs à des prix de soumissions anormalement trop élevés.

Ces futurs articles permettraient à un organisme public de préciser son besoin à l'aide d'une publication au SEAO auprès des soumissionnaires. Par la suite, les soumissionnaires pourraient déposer une nouvelle offre de prix.

L'AQEI ne comprend pas le justificatif derrière ces futurs articles proposés. Tous les soumissionnaires verraient ainsi les prix de tous les autres soumissionnaires et pourraient revoir (à la hausse ou à la baisse) leur prix initial avant de déposer leur nouvelle offre de prix.

En tout respect, le problème ne vient-il pas plutôt d'une mauvaise évaluation des coûts du projet par l'organisme public ?

Ce genre de discussion pourrait être utile à un organisme public dans le cas où, par exemple, il souhaite savoir quelle est la proportion de contingence que l'adjudicataire a insérée dans sa soumission. L'organisme public pourrait avoir intérêt à discuter avec les entrepreneurs pour revoir ses documents d'appels d'offres et mieux effectuer son partage de risques. Jusqu'à quel %, comme donneur d'ouvrage, je peux prendre un part de ce pourcentage de risque ?

Ce genre de mécanisme pourra être possible dans des modes collaboratifs (qui eux ne sont pas visés par le RCTC).

L'AQEI estime que les futurs articles 26.2 à 26.8 devraient plutôt se retrouver dans le futur règlement des modes collaboratifs et non dans le RCTC.

RECOMMANDATION #10

Que la portion de l'article 25 du RMRCTC qui introduit les futurs articles 26.2 à 26.8 inclusivement au RCTC soit retirée.

L'article 26 du RMRCTC viendrait abroger l'article 34 du RCTC. Ce faisant, l'abrogation de cet article permettrait aux organismes publics de prendre appui sur leur liberté contractuelle pour prévoir dans leurs documents d'appels d'offres le versement de compensations selon les modalités qu'ils jugeront opportunes. Ils n'auraient plus à suivre le barème actuellement mentionné à l'article 34 du RCTC.

L'AQEI a deux commentaires sur cette proposition de modification réglementaire.

Premièrement, ne s'agirait-il pas plutôt du fait que les tarifs mentionnés à l'article 34 sont désuets ? L'AQEI pense que les tarifs devraient être maintenus et mis à jour. De plus, l'échelle actuellement proposée devrait être bonifiée de plusieurs autres échelons.

Deuxièmement, l'AQEI pense qu'avec l'abrogation de cet article, cela pourrait laisser place à la surenchère des marchés entre les organismes publics, le plus offrant dans ses offres de compensation se verrait convoiter par les soumissionnaires, délaissant les autres organismes publics. Ceci pourrait aussi mener à des compétitions locales et régionales entre des organismes publics en vue d'attirer les soumissionnaires augmentant d'autant plus la surenchère.

Troisièmement, l'AQEI souligne qu'à de très rares occasions, les organismes publics, versent ces compensations. Plus souvent qu'autrement, des clauses particulières sont ajoutées aux documents d'appels d'offres pour prévoir la non-application de l'article 34 du RCTC.

L'AQEI estime que cette disposition devrait être modifiée pour que l'organisme public soit obligé d'aviser le Conseil du trésor lors de l'annulation d'un appel d'offre.

Ainsi, lorsqu'un organisme public lancerait un appel d'offres, il devrait s'assurer d'être prêt, d'avoir une évaluation juste des coûts du projet et que ses documents d'appels d'offres offrent assez de temps pour permettre aux entrepreneurs de pouvoir poser leurs questions et de recevoir les réponses dans des délais équitables.

Pour ces raisons, **l'AQEI estime** que l'article 26 devrait être retiré du RMRCTC.

RECOMMANDATION #11

Que l'article 26 du RMRCTC soit retiré, que les montants mentionnés à l'actuel article 34 du RCTC soient mis à jour et que l'échelle de gradation des compensations soit bonifiée par plusieurs autres échelons.

Que l'article 34 du RCTC impose, à l'organisme public, l'obligation d'aviser le Conseil du trésor de toute annulation d'un appel d'offres.

L'article 27 du RMRCTC viendrait apporter des précisions quant au contenu d'une demande de prix, dans le cas d'une demande de qualification d'un entrepreneur.

L'AQEI salue cette proposition de modification.

Les articles 28 et 29 du RMRCTC viendraient ajouter, à la fin de l'article 38 du RCTC, les dispositions permettant aux organismes publics de faire une « demande de prix auprès de ces entrepreneurs ».

L'organisme public n'aurait plus seulement le choix d'aller vers l'appel d'offres, mais pourrait aussi faire une demande de prix. Cette proposition de modification (article 28 du RMRCTC) offrirait plus d'agilité à l'organisme public et lui permettrait d'accélérer le processus de passation du marché public.

L'AQEI salue cette proposition de modification.

Quant à l'article 29 du RMRCTC, il expose le contenu de l'avis qui serait transmis aux entrepreneurs dans le cas d'une demande de prix et les cas de rejet automatique.

L'AQEI comprend cette proposition de modification, qui est en lien avec l'article 28 du RMRCTC.

Toujours quant à l'article 29 du RMRCTC, celui-ci viendrait introduire l'article 38.3 dans le RCTC. Sur cet article précis, l'AQEI souhaiterait attirer l'attention du législateur sur une coquille rédactionnelle.

En effet, ce futur article commence par : « 38.3 La soumission ».

Selon l'AQEI, il ne s'agit pas réellement d'une soumission. Il s'agit plutôt d'une demande de proposition de prix. À preuve, le reste du futur article 38.3 du RCTC utilise le terme « prix soumis » et non « soumission ».

Il semble y avoir de la confusion entre ces concepts ici.

Selon l'AQEI, une soumission est le document qui répond à un appel d'offres et une demande de prix ne s'arrime pas avec un processus d'appel d'offres. Ce qui est demandé à 38.1 et ss. n'est pas une soumission, mais bel et bien une demande de prix.

Pour ces motifs, **l'AQEI suggère** qu'une correction soit apportée au futur article 38.3 du RCTC.

RECOMMANDATION #12

Que l'article 29 du RMRCTC soit modifié afin que le futur article 38.3 se lise plutôt ainsi :

« 38.3 La **demande de prix** ~~la soumission~~ est rejetée.... ».

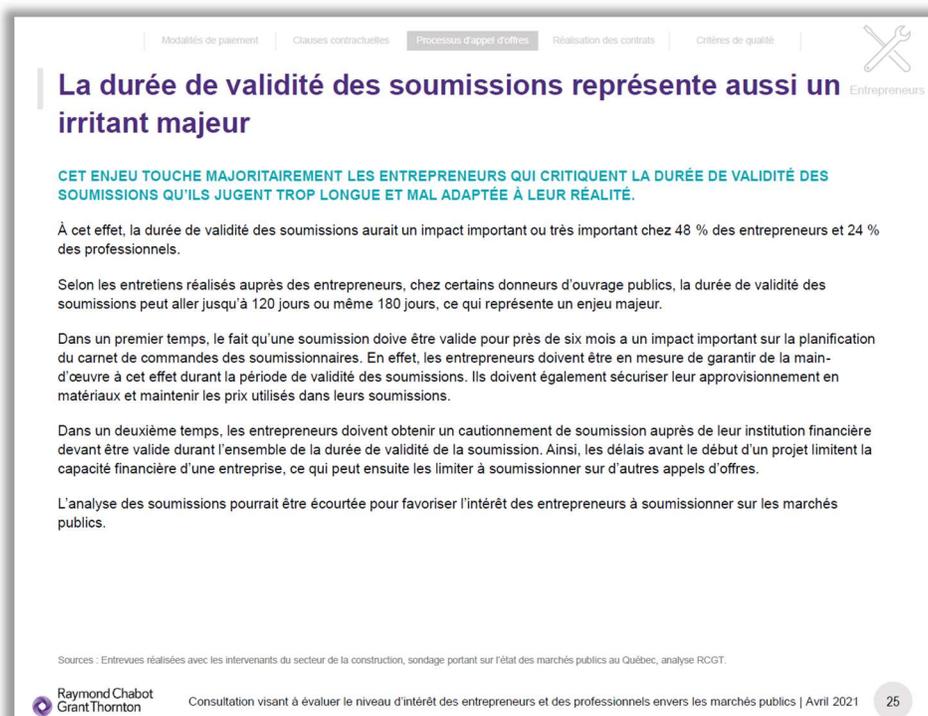
L'article 30 du RMRCTC viendrait abroger l'article 39 du RCTC. L'AQEI soulève une mise en garde importante relativement à cette proposition de modification.

En effet, la période de validité doit demeurer sous des seuils raisonnables et, selon l'AQEI, le seuil de 45 jours ne devrait jamais être dépassé ou, sous certaines conditions exceptionnelles et avec permission du dirigeant de l'organisme public.

Sans cette « surveillance », les organismes publics pourraient être tentés d'augmenter graduellement la période de validité des soumissions (comme nous l'avons vu quelques donneurs d'ouvrages), affectant la capacité financière des entrepreneurs.

Par exemple, les membres de l'AQEI ont été confrontés à un donneur d'ouvrage qui avait prévu, dans des cas d'exception, de prévoir des périodes de validités de soumission à 180 jours. Avec le temps, ces cas d'exception sont devenus la règle.

Les entrepreneurs se détourneront de ces appels d'offres (voir la *Consultation visant à évaluer le niveau d'intérêt des entrepreneurs et des professionnels envers les marchés publics*) car les délais de validité de soumission hypothèquent leur capacité financière.



Modaliés de paiement | Clauses contractuelles | **Processus d'appel d'offres** | Réalisation des contrats | Critères de qualité

La durée de validité des soumissions représente aussi un irritant majeur

CET ENJEU TOUCHE MAJORITAIREMENT LES ENTREPRENEURS QUI CRITIQUENT LA DURÉE DE VALIDITÉ DES SOUMISSIONS QU'ILS JUGENT TROP LONGUE ET MAL ADAPTÉE À LEUR RÉALITÉ.

À cet effet, la durée de validité des soumissions aurait un impact important ou très important chez 48 % des entrepreneurs et 24 % des professionnels.

Selon les entretiens réalisés auprès des entrepreneurs, chez certains donneurs d'ouvrage publics, la durée de validité des soumissions peut aller jusqu'à 120 jours ou même 180 jours, ce qui représente un enjeu majeur.

Dans un premier temps, le fait qu'une soumission doive être valide pour près de six mois a un impact important sur la planification du carnet de commandes des soumissionnaires. En effet, les entrepreneurs doivent être en mesure de garantir de la main-d'œuvre à cet effet durant la période de validité des soumissions. Ils doivent également sécuriser leur approvisionnement en matériaux et maintenir les prix utilisés dans leurs soumissions.

Dans un deuxième temps, les entrepreneurs doivent obtenir un cautionnement de soumission auprès de leur institution financière devant être valide durant l'ensemble de la durée de validité de la soumission. Ainsi, les délais avant le début d'un projet limitent la capacité financière d'une entreprise, ce qui peut ensuite les limiter à soumissionner sur d'autres appels d'offres.

L'analyse des soumissions pourrait être écourtée pour favoriser l'intérêt des entrepreneurs à soumissionner sur les marchés publics.

Sources : Entrevues réalisées avec les intervenants du secteur de la construction, sondage portant sur l'état des marchés publics au Québec, analyse RCGT.

Raymond Chabot
Grant Thornton

Consultation visant à évaluer le niveau d'intérêt des entrepreneurs et des professionnels envers les marchés publics | Avril 2021

25

L'AQEI recommande fortement de maintenir l'article 39 du RCTC, notamment quant à l'autorisation exigée du dirigeant de l'organisme public lorsque la période de validité des soumissions est supérieure à 45 jours.

RECOMMANDATION #13

Que l'article 30 du RMRCTC soit retiré.

L'article 31 du RMRCTC viendrait modifier l'intitulé de la section II du chapitre V du RCTC.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

Dans un premier temps, l'article 32 du RMRCTC viendrait modifier le premier alinéa de l'article 40 du RCTC pour permettre à l'organisme public de, maintenant, pouvoir considérer une spécification liée au développement durable et à l'environnement.

Ce genre de proposition de modification doit être analysée avec prudence. Il ne faudrait pas que ce genre de qualifications / spécifications introduisent des opportunités de « créer » de nouvelles exigences non réglementées/structurées.

De plus, avant que ce genre de qualifications/spécifications entrent en vigueur, il faudrait s'assurer que le marché soit prêt à répondre à de telles nouvelles exigences. **L'AQEI suggère que l'adoption de cette disposition soit reportée dans le temps.**

RECOMMANDATION #14

Que l'article 32 du RMRCTC soit adopté mais que son entrée en vigueur soit reportée dans le temps afin de permettre aux entrepreneurs d'obtenir ces qualifications/spécifications.

Dans un deuxième temps, l'article 32 du RMRCTC viendrait également modifier le deuxième alinéa de l'article 40 du RCTC en augmentant la marge préférentielle de 5% à 10%.

Les membres de l'AQEI se questionnent à savoir de quelle façon est évaluée le deuxième alinéa de l'actuel article 40, soit : « ...*une telle exigence réduit indûment la concurrence*... ».

L'AQEI suggère qu'une précision soit apportée à l'article 40 du RCTC afin qu'une définition soit ajoutée pour déterminer ce qui « réduit indûment la concurrence ».

RECOMMANDATION #15

Que l'article 32 du RMRCTC soit modifié afin qu'un alinéa soit ajouté à l'article 40 du RCTC afin qu'une définition soit ajoutée pour déterminer ce qui « réduit indûment la concurrence ».

Contrat conclu à la suite d'un appel d'offres public.

L'article 33 du RMRCTC viendrait modifier l'article 41 du RCTC en allongeant le délai de publication au SEAO à la suite de la conclusion d'un contrat, soit de 15 jours à 30 jours.

Les membres de l'AQEI relatent que le MTMD publie très rapidement (dans les heures) les résultats. Quant à la SQI, certains membres relatent que pour certains projets, les résultats ne se retrouvent jamais au SEAO.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 34 du RMRCTC viendrait modifier l'article 41.1 du RCTC en allongeant le délai de publication au SEAO de toute dépense supplémentaire de 60 jours à 120 jours.

Il viendrait également préciser la publication « annuelle » des dépenses supplémentaires.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 35 du RMRCTC viendrait modifier l'article 41.2 par un ajout de concordance avec les nouvelles modifications qui seraient apportées à 41.1.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

Contrat conclu de gré à gré ou à la suite d'un appel d'offres sur invitation.

L'article 36 du RMRCTC viendrait modifier l'article 42.1 du RCTC en allongeant le délai de publication au SEAO de toute dépense supplémentaire de 60 jours à 120 jours.

Il viendrait également préciser la publication « annuelle » des dépenses supplémentaires.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 37 du RMRCTC viendrait modifier l'article 42.2 par un ajout de concordance avec les nouvelles modifications qui seraient apportées à 42.1.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

L'article 38 du RMRCTC viendrait abroger l'article 48 du RCTC qui lui prévoit, *pour des contrats relatifs à un bâtiment*, la confirmation que l'organisme public détient les fonds nécessaires à l'exécution du changement d'une dépense égale ou supérieure à 3M\$ et que l'ordre de changement envisagé porte la valeur totale des changements à plus de 10% de la valeur initiale du contrat.

L'AQEI prend note de cette proposition de modification, car ses membres ne réalisent pas, ou très peu, ce genre d'ouvrage.

L'article 39 du RMRCTC viendrait introduire une précision à l'article 55 du RCTC à l'effet qu'un rang modifié ou qu'une fin de sollicitation (deuxième alinéa de l'article 20.1) ne serait pas considéré comme un rendement insatisfaisant.

La précision est intéressante.

L'AQEI salue cette proposition de modification.

L'article 40 du RMRCTC viendrait abroger l'article 60 du RCTC (article *relatif à un contrat pour un bâtiment*), qui lui oblige le dirigeant de l'organisme public à rendre compte des règlements des différends intervenus en vertu de la section II du chapitre VII du RCTC.

L'AQEI prend note de cette proposition de modification, car ses membres ne réalisent pas, ou très peu, ce genre d'ouvrage.

L'article 41 du RMRCTC viendrait modifier l'article 8 de l'Annexe 5 en modifiant le 15% par le facteur « K » et en introduisant des dispositions se reportant à cette nouvelle façon de calculer ce facteur dépendamment qu'il s'agit d'un contrat de travaux de construction ou un contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels.

Cette proposition de modification réglementaire viserait à introduire la sollicitation d'une démonstration de la qualité et d'un prix en vue d'une adjudication selon le prix ajusté le plus bas (facteur « k »).

On peut comprendre que cette proposition de modification vise à harmoniser le RCTC au RCA, RCTI et RCS. Mais, pour avoir côtoyer les associations de professionnels (architectes et ingénieurs) dans les dernières années, ce facteur semblait être source de conflit perpétuel.

Peu de membres de l'AQEI ont eu à faire ce genre de projets (contrat mixte) où le facteur « k » était utilisé. Nous ferons donc nôtre les commentaires des architectes et des ingénieurs face à ce facteur « k ».

À ce stade-ci, l'AQEI réservera ses commentaires.

L'article 42 du RMRCTC viendrait introduire les principes des dispositions transitoires, ce qui est tout à fait normal.

L'AQEI comprend cette proposition de modification.

CONCLUSION

Pour les prochaines étapes, le Sous-secrétariat du Conseil du trésor pourra compter sur l'expertise et la collaboration de l'AQEI pour mener à bien la révision du RCTC qui, rappelons-le, a pour objectifs de :

- Accorder davantage d'agilité aux organismes publics dans la passation des marchés publics liés aux travaux de construction.
- Prévoir la souplesse pour favoriser davantage la qualité dans la sollicitation et l'adjudication des contrats de travaux de construction.
- Réduire le fardeau administratif et accélérer des processus au sein des organismes publics.
- Harmoniser le RCTC avec les autres règlements et alléger le caractère prescriptif du RCTC à l'égard des organismes publics.

L'AQEI espère que le lecteur y trouvera des pistes d'améliorations concrètes et que ses recommandations pourront être intégrées à la version finale du RCTC.



Caroline Amireault

Avocate et Directrice générale

T : 514.324.2734 | C : 514.924.2734

caroline.amireault@aqei.cc

6965, rue Jean-Talon Est, Montréal, QC, H1S 1N2

