

Récents développements législatifs concernant les contrats municipaux

Par André Langlois, avocat, Direction des affaires juridiques, ministère des Affaires municipales et de la Métropole

La Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal (2002, chapitre 37, projet de loi 106), entrée en vigueur le 14 juin 2002, contient plusieurs dispositions touchant le régime d'octroi des contrats municipaux. La présente chronique a pour but d'analyser ces récents développements législatifs en ce qui concerne les cas où les organismes municipaux doivent faire une mise en concurrence avant d'accorder des contrats¹.

Précision quant aux modalités des invitations écrites

Les lois municipales prévoient généralement que les contrats d'assurances, de travaux, de fourniture de matériel ou de matériaux et de services ne peuvent être accordés qu'après demande de soumissions faite par invitation écrite auprès d'au moins deux entrepreneurs ou deux fournisseurs lorsqu'ils comportent une dépense d'au moins 25 000 \$ et de moins de 100 000 \$.

Auparavant, les seules exigences prévues par les dispositions applicables, notamment les articles 573.1 de la Loi sur les cités et villes (LCV) et 936 du Code municipal du Québec (CMQ), concernaient, outre le caractère écrit requis pour l'invitation à contracter, l'impossibilité d'accorder le contrat à une personne autre que celle ayant fait la plus basse soumission sans avoir reçu l'autorisation préalable du ministre des Affaires municipales et de la Métropole. Notons en passant que cette dernière règle vise la plus basse soumission conforme aux exigences de la demande de soumissions².

Les modifications apportées par le projet de loi 106 font dorénavant un renvoi

exprès à des exigences particulières prévues pour les demandes de soumissions publiques, notamment aux articles 573 LCV ou 935 CMQ. Ainsi, dans le cas des articles 573.1 et 936, leur second alinéa renvoie maintenant aux exigences suivantes des dispositions concernant les soumissions publiques :

- le délai pour la réception des soumissions ne doit pas être inférieur à huit jours (1^{er} alinéa du paragraphe 2) : une invitation écrite doit donc donner au moins huit jours aux soumissionnaires pour préparer leurs soumissions;
- les soumissions et les contrats en découlant ne peuvent contenir que des prix forfaitaires ou unitaires (paragraphe 3). Un contrat peut prévoir à la fois un prix forfaitaire et un ou des prix unitaires pour certains éléments³. On peut toutefois douter que cela puisse viser un contrat fixant le prix selon un pourcentage;
- les soumissions doivent être ouvertes publiquement et les soumissionnaires ont le droit d'assister à cette ouverture qui doit se faire en présence d'au moins deux témoins, ce qui ne comprend pas la personne effectuant cette opération (paragraphe 4 et 5);
- les noms des soumissionnaires et le prix de leur soumission doivent être déclarés à haute voix lors de l'ouverture des soumissions (paragraphe 6). Il y a lieu de noter que cette obligation ne s'appliquera toutefois pas dans le cadre du nouveau système de pondération et d'évaluation des offres entrant en vigueur le 1^{er} novembre 2002 et qui devra, à compter de cette date, être obligatoirement utilisé pour l'adjudication de tout contrat de services professionnels. Comme nous le

verrons lors de l'analyse des dispositions prévoyant ce nouveau système, l'enveloppe de prix fait l'objet d'une ouverture spéciale qui a lieu dans le processus d'évaluation des offres et seulement pour celles ayant obtenu au moins la note de passage. Mais n'anticipons pas trop...

- reprise de la règle déjà mentionnée concernant l'autorisation du ministre pour accorder un contrat à un autre que le plus bas soumissionnaire «conforme» (paragraphe 7);
- renvoi à la règle particulière permettant de tenir compte des conditions d'octroi d'une soumission pour le choix du plus bas soumissionnaire conforme (paragraphe 8).

Suppression de l'exception concernant les contrats d'économie d'énergie comportant en partie des services professionnels

Depuis 1985, les lois municipales prévoyaient que ce type de contrat ne nécessitait pas de demandes de soumissions en raison du fait que la partie relative aux services professionnels n'avait pas à faire l'objet d'une mise en concurrence. Lorsque les accords

1. Le 19 juin 2002 est entré en vigueur le Règlement sur l'adjudication des contrats pour la fourniture de certains services professionnels. Ce règlement a fait l'objet d'une chronique juridique rédigée par le soussigné dans la revue *Le Carrefour* du mois de septembre 2002 (p. 4-7) publiée par la COMAQ. On peut également trouver une copie de ce texte sur le site Internet du ministère.

2. Voir notamment *Centre routier inc. c. Paroisse de Saint-Luc-de-Matane*, J.E. 92-513 (C.S.), p. 19.

3. Voir à ce sujet *Sintra inc. c. Ville de Mascouche*, J.E. 95-1615 (C.A.), page 8 des notes du juge Chamberland et *Faucher c. Saint-François-de-Sales-de-la-Rivière-du-Sud*, J.E. 85-850 (C.A.), p. 13-14.

intergouvernementaux de libéralisation des marchés publics ont été rendus applicables aux municipalités à la fin des années 90, cette exception devenait de plus en plus difficile à justifier puisqu'en vertu des accords seuls certains services professionnels bien précis n'étaient pas assujettis aux demandes de soumissions, soit les services qui ne peuvent être rendus, en vertu d'une loi ou d'un règlement, que par certains professionnels dont les avocats, notaires, architectes et ingénieurs.

Dans le domaine municipal, les contrats d'économie d'énergie ont servi, dans la plupart des cas, à la transformation des réseaux d'éclairage publics pour les rendre moins énergivores. Or, la majeure partie de ces contrats consistait en la fourniture de matériaux ou de services autres que professionnels et la partie des services professionnels était souvent peu importante.

La rédaction du règlement portant sur les règles d'adjudication des contrats de services professionnels à l'égard des professions à exercice exclusif a été l'occasion d'une remise en question de cette exception qui a été jugée comme difficilement conciliable avec les règles contenues dans les accords de libéralisation des marchés publics applicables aux municipalités.

Le projet de loi 106 a donc modifié les dispositions prévoyant le champ d'application de ce règlement pour en retirer ce domaine; voir notamment les articles 90 et 112 relativement aux modifications faites aux articles 573.3.0.2 LCV et 938.0.2 CMQ.

Dorénavant, lorsque des contrats visant à procurer des économies d'énergie à un organisme municipal prévoient en partie la fourniture de services professionnels, ces contrats doivent être octroyés de la même façon que les contrats de services et non pas en fonction du nouveau règlement portant sur les contrats de services professionnels à caractère exclusif, à savoir le Règlement sur l'adjudication des contrats pour la fourniture de certains services professionnels, entré en vigueur le 19 juin 2002.

Selon les montants en jeu pour l'ensemble du contrat, un tel contrat doit faire l'objet d'une demande de soumissions par voie d'invitation écrite auprès d'au moins deux fournisseurs ou d'une demande de soumissions publiques publiée dans le système électronique d'appel d'offres approuvé par le gouvernement, en l'occurrence le système Merx, et dans un journal diffusé sur le territoire de l'organisme municipal ou dans une publication spécialisée dans le domaine.

Instauration d'un système obligatoire d'évaluation des offres pour les contrats de services professionnels

Le 1^{er} novembre 2002 entreront en vigueur les dispositions du projet de loi 106 qui établissent une nouvelle façon d'analyser les soumissions dans le cas des contrats de services professionnels⁴. Ces dispositions, notamment les articles 573.1.0.1.1 LCV et 936.0.1.1 CMQ, feront en sorte qu'à partir de cette date les organismes municipaux devront utiliser un système de pondération et d'évaluation des offres pour analyser les soumissions reçues lors de toute mise en concurrence exigée par la loi ou le règlement applicable à certains services professionnels.

Le système obligatoire mis en place comporte deux étapes différentes visant d'une part à évaluer la qualité de chaque soumission sans tenir compte du prix et d'autre part à considérer le prix à l'égard des seules soumissions ayant obtenu au moins la note de passage dans la première étape. La loi fixe cette note de passage à 70 sur un nombre total de 100 points et exige qu'au moins quatre critères autres que le prix soient ainsi évalués. De plus, aucun de ces critères ne peut valoir pour plus de 30 % du pointage total.

L'évaluation en première étape de l'aspect qualitatif des soumissions est faite par un comité formé d'au moins trois membres. Selon une précision expresse de la loi, il ne peut y avoir de membres du conseil de l'organisme municipal qui siègent à ce comité. Ce dernier doit évaluer individuellement chaque soumission, sans que le prix de celle-ci soit connu, et cela en fonction des critères déterminés dans les documents d'appel d'offres.

D'ailleurs, le prix des soumissions doit être inclus dans une enveloppe ne contenant que cet élément. Cette enveloppe n'est ouverte que pour les soumissions ayant obtenu au moins la note de passage de 70 % à l'étape de l'évaluation des éléments qualitatifs. Pour les soumissions s'étant vu attribuer une note moindre que 70 %, l'enveloppe de prix n'est pas ouverte et est retournée aux soumissionnaires. Ces règles concernant l'ouverture des enveloppes de prix constituent des exceptions à la règle habituelle prévoyant l'ouverture des soumissions et le dévoilement des prix à voix haute lors des appels d'offres publics ou par invitation écrite comme le prévoient d'ailleurs expressément les paragraphes 3^o d in fine des articles 573.1.0.1.1 et 936.0.1.1 précités.

Pour les soumissions ayant subi avec succès l'étape qualitative, le prix est considéré pour déterminer la note finale attribuée à chaque soumission. Cela se fait en pratique par l'utilisation de la formule suivante :

$$\frac{(\text{pointage intermédiaire} + 50) \times 10\,000}{\text{prix}} = \text{note finale}$$

Le pointage intermédiaire est le pointage obtenu à la première étape en additionnant les notes accordées pour chacun des critères prévus aux documents d'appels d'offres autres que le prix. Ce pointage se situe entre 70 et 100 en comprenant ces deux chiffres.

Le chiffre 50 de cette formule vise à faire en sorte que pour un écart de prix de plus de 25 %, le plus bas soumissionnaire qualifié à la première étape l'emportera sur les concurrents ayant une note supérieure. Quant à lui, le chiffre 10 000 permet de s'assurer que la note finale ne comporte pas quatre ou cinq décimales et que le résultat apparaisse positif.

En terminant sur ce nouveau système, il convient de souligner que, s'il sera obligatoire pour les contrats de services professionnels à partir du 1^{er} novembre 2002, le nouveau système de pondération et d'évaluation des offres pourra également être utilisé de façon facultative à compter de cette date pour

4. Voir l'article 292 du projet de loi 106.



les autres contrats assujettis aux mises en concurrence et cela à la place du système existant, le tout en vertu du dernier alinéa des articles 573.1.0.1.1 LCV et 936.0.1.1 CMQ notamment⁵. Enfin, en vertu des modifications apportées entre autres aux paragraphes 7 des articles 573 LCV et 936 CMQ, on ne pourra demander au ministre d'autoriser un organisme municipal à donner un contrat à un autre que celui ayant obtenu le meilleur pointage comme c'est le cas également lors de l'utilisation du système actuel. Dans de tels cas, l'organisme a le choix de donner ou non le contrat mais il ne peut le donner à un autre que celui ayant obtenu la meilleure note finale.

Extension des dispositions concernant les pénalités pour infraction aux règles d'octroi des contrats

Auparavant, les paragraphes 9 des articles 573 LCV et 935 CMQ prévoyaient, à l'égard des pertes subies par la municipalité, la responsabilité personnelle des membres du conseil et des employés ayant participé sciemment à l'octroi d'un contrat accordé sans soumissions publiques ou donné à une personne autre que le plus bas soumissionnaire sans l'autorisation du ministre. De plus, une telle situation pouvait entraîner la disqualification des élus pendant deux ans. Ces dispositions ne trouvaient toutefois pas application dans le cas où les contrats devaient faire l'objet d'une invitation écrite auprès d'au moins deux fournisseurs ou entrepreneurs.

Dorénavant, les dispositions dans ce domaine se retrouvent aux articles 573.3.4 LCV et 938.4 CMQ. Elles s'appliquent maintenant à tous les cas où des élus ou des employés participent sciemment à la passation d'un contrat sans respecter les règles prévues par la loi ou le règlement portant sur certains contrats de services professionnels. Donc ces règles ne s'appliquent plus seulement aux contrats devant faire l'objet de demandes de soumissions publiques, mais bien à tous les cas où la loi ou le règlement exige une mise en concurrence. Cela inclut les invitations écrites et l'utilisation du fichier prévu au règlement.

En outre, ces dispositions ne visent plus seulement les cas où un contrat est donné sans la mise en concurrence exigée ou est accordé à un autre que le plus bas soumissionnaire conforme, mais visent tous les cas où les règles établies par la loi ou le règlement n'ont pas été respectées. On peut croire qu'à ces deux cas s'ajoute donc celui où un contrat est donné à une personne n'ayant pas obtenu le meilleur pointage à la suite de l'utilisation d'un système de pondération et d'évaluation des offres. Serait également un cas d'application des nouvelles dispositions l'octroi délibéré d'un contrat de services professionnels de 25 000\$ et plus après le 1^{er} novembre 2002 sans utiliser le système de pondération et d'évaluation des offres obligatoires dans ce domaine.

Il y a lieu de souligner que les nouvelles dispositions visent toujours les cas où les élus ou employés ont agi « sciemment » en infraction aux règles de la loi ou du règlement. En ce sens s'appliquent toujours, selon nous, les enseignements de la Cour d'appel dans l'affaire *Néron c. Bilodeau*⁶ voulant que ce recours en disqualification ou en responsabilité vise à sanctionner les refus délibérés de respecter les exigences de la loi et non les simples irrégularités administratives. Il y a tout lieu de croire que le respect des règles concerne les formalités impératives de la loi ou du règlement et non pas les non-conformités portant sur des éléments secondaires n'ayant que peu de conséquences sur la transparence et le traitement équitable des soumissionnaires de même que sur la gestion efficace des deniers publics.

Ajout de nouveaux cas d'exception

Les modifications apportées aux lois municipales dans les derniers mois font que l'on retrouve maintenant généralement énumérés à l'intérieur d'un même article les cas d'exception où les organismes municipaux n'ont pas à faire de mise en concurrence. C'est notamment la situation pour les articles 573.3 LCV et 938 CMQ. Ces deux articles ont fait l'objet d'une reformulation dans le projet de loi 106 qui en a profité pour ajouter deux nouveaux cas.

Ainsi ne sont plus assujettis aux règles d'adjudication exigeant une forme quelconque de mise en candidature les contrats dont l'objet :

- est la fourniture d'espaces média pour les fins d'une campagne de publicité ou de promotion; cela s'explique par le fait que dans de tels cas, on vise souvent une clientèle que les règles d'appel d'offres rendent difficile à rejoindre. Ainsi, par exemple, une municipalité qui voudrait promouvoir un lotissement résidentiel haut de gamme pourrait faire de la publicité dans des magazines s'adressant à une clientèle à l'aise sans être obligée de faire une mise en concurrence entre ceux-ci. Cette exception n'englobe pas les cas où un organisme municipal doit publier des avis dans les journaux pour répondre à des exigences légales (avis publics concernant les règlements d'emprunt ou d'urbanisme, avis d'appel d'offres);
- découle de l'utilisation d'un progiciel ou d'un logiciel et vise notamment à assurer la compatibilité avec des systèmes, progiciels ou logiciels existants ou à protéger des droits exclusifs (droits d'auteur, brevets ou licences exclusives). Il s'agit en quelque sorte de l'inclusion de cas de fournisseurs uniques reconnus par les accords intergouvernementaux de libéralisation des marchés publics dans le domaine informatique. Cela permet, entre autres, de confier l'entretien ou la mise à jour des logiciels existants à la firme les ayant fournis à l'organisme municipal. Il faut toutefois qu'un tel contrat garde une relation étroite avec les logiciels existants et n'entraîne pas en fait le remplacement de ceux-ci par de nouveaux n'ayant aucun lien avec eux. Il faut se souvenir que cette situation constitue une exception à la règle générale voulant que les contrats de services informatiques de 25 000\$ et plus doivent faire l'objet d'une mise en concurrence en vertu de la loi. À cet égard, une telle exception devait être interprétée restrictivement. ■

5. On devrait élaborer davantage sur ce nouveau système de pondération et d'évaluation des offres lors d'une future chronique juridique.

6. [1988] R.J.Q. 2366 (C.A.), p. 2373.