

Recommandations formulées au conseil de la MRC de Montcalm concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres 1015795 et attribué à BC2 Groupe Conseil inc.

No de la recommandation : 2021-21

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. c. A-33.2.1, a. 22, 23, 31, 35, 56 et 60

1. Aperçu

L'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu une communication de renseignements à l'égard du processus d'appel d'offres publié par la MRC de Montcalm (la « MRC ») le 9 septembre 2016. Cet appel d'offres, publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec sous le numéro de référence 1015795, vise l'obtention de services professionnels en vue de la réalisation d'un projet de desserte d'Internet haute vitesse à l'ensemble des résidences mal desservies des 10 municipalités de la MRC.

Le signalement reçu est à l'effet que l'entreprise BC2 Groupe conseil inc. (« BC2 ») a remporté l'appel d'offres, mais que le contrat a été entièrement réalisé par BC2 Tactique inc. (« Tactique »), entreprise qui ne détenait pas d'autorisation de contracter ou de sous-contracter avec un organisme public (« Autorisation »), alors qu'une telle Autorisation est requise.

Suivant les vérifications de l'AMP, ce contrat est toujours en cours d'exécution.

Les manquements suivants sont identifiés par l'AMP :

- La MRC a autorisé BC2 à conclure un sous-contrat public avec Tactique, qui ne détenait pas l'Autorisation à la date de conclusion de ce sous-contrat alors que celle-ci était requise;
- La MRC a porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en autorisant BC2 à sous-traiter, de manière rétroactive à l'octroi du contrat, l'ensemble de ce dernier à Tactique.

2. Questions en litige

Les questions sur lesquelles l'AMP doit se prononcer sont les suivantes :

1. Le contrat découlant de l'appel d'offres 1015795 était-il assujéti à l'obligation de détenir une Autorisation? Le cas échéant, le sous-contrat de Tactique était-il assujéti à l'obligation de détenir une Autorisation?
2. La MRC a-t-elle porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en autorisant BC2 à sous-traiter, de manière rétroactive à l'octroi du contrat, l'ensemble de ce dernier à Tactique?

3. Analyse

La MRC est assujéti aux principes généraux régissant la passation des contrats publics et aux prescriptions du *Code municipal du Québec*¹.

Plus particulièrement, la MRC doit respecter les dispositions des articles 21.17 et suivants de la *Loi sur les contrats des organismes publics*² (la « LCOP »), et ce, par le truchement de l'article 938.3.3 du *Code municipal du Québec*.

3.1. Le contrat découlant de l'appel d'offres 1015795 était-il assujéti à l'obligation de détenir une Autorisation? Le cas échéant, le sous-contrat de Tactique était-il assujéti à l'obligation de détenir une Autorisation?

La question de savoir si ce contrat ou ce sous-contrat est assujéti à l'obligation, pour l'entreprise, de détenir une Autorisation doit être examinée à la lumière du Décret 435-2015³ prescrivant le seuil de 1 000 000 \$.

Selon les renseignements apparaissant au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec, le contrat adjugé à BC2 comporte une dépense totale de 2 818 474,58 \$. Par conséquent, le contrat de services octroyé par la MRC à BC2 est un contrat assujéti à l'obligation de l'entreprise de détenir une Autorisation au plus tard au moment de la conclusion du contrat⁴. Selon les vérifications de l'AMP, BC2 a sous-traité l'ensemble de ce contrat à Tactique, de façon contemporaine à cette adjudication. Par conséquent, le sous-contrat de Tactique est également assujéti à l'obligation de détenir une Autorisation, et ce, au moment de la conclusion de ce sous-contrat.

En effet, l'article 21.17 de la LCOP édicte la règle selon laquelle toute entreprise qui souhaite conclure un contrat ou un sous-contrat public d'une certaine envergure avec un organisme public doit détenir une Autorisation émise par l'AMP.

¹ RLRQ, c. C-27.1

² RLRQ, c. C-65.1

³ (2015) 147 G.O.Q. II, 1627

⁴ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art. 21.18

Par ailleurs, l'article 21.18 de la LCOP précise qu'une Autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du sous-contrat.

Ainsi, l'entreprise qui sous-contracte ses obligations à un tiers à l'intérieur de ce cadre normatif ne peut le faire qu'auprès d'une entreprise qui détient également une Autorisation à la date de la conclusion de ce sous-contrat.

La LCOP est une loi d'ordre public et les règles relatives à l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public sont impératives⁵. Ce faisant, la MRC ne peut autoriser son contractant à sous-contracter l'ensemble du contrat à une entreprise qui ne détient pas l'Autorisation requise⁶.

La vérification de l'AMP révèle que BC2 détenait l'Autorisation requise au moment de la conclusion du contrat, mais que Tactique n'en détenait pas au moment de la conclusion du sous-contrat. Tactique a obtenu son Autorisation le 14 août 2017. Tactique ne détient plus d'Autorisation depuis le 20 août 2020.

Aucune dérogation du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation n'a été obtenue par Tactique.

3.2. La MRC a-t-elle porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en autorisant BC2 à sous-traiter, de manière rétroactive à l'octroi du contrat, l'ensemble de ce dernier à Tactique?

L'AMP est d'avis que la MRC a porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en autorisant BC2 à sous-traiter, de manière rétroactive à l'octroi du contrat, l'ensemble de ce dernier à Tactique.

Les documents d'appel d'offres exigent que les sous-traitants appelés à agir dans le cadre du mandat à octroyer soient dénoncés dans les documents soumis. Cette exigence est incluse dans la sous-section 2.6 de l'appel d'offres, laquelle précise notamment que les offres de services feront, dans un premier temps, l'objet d'une évaluation qualitative par un comité de sélection formé de trois membres.

Au surplus, les clauses incluses dans cet appel d'offres indiquent que cette évaluation s'effectue sur la base des documents fournis par le soumissionnaire⁷. L'expérience du soumissionnaire et l'organisation de l'équipe de travail comptent pour 50 points sur 100.

⁵ 9150-0124 Québec inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports), 2018, QCCS 5957, par. 30, confirmé par la Cour d'appel, 2019, QCCA 879; Entreprise QMD inc. c. Ville de Montréal, 2020, QCCS 3, par. 57

⁶ Code municipal du Québec, art. 938.3.3

⁷ Clause 2.10

Deux soumissions ont été transmises à la MRC en réponse à cet appel d'offres, soit celle de BC2 et de CIMA Québec s.e.n.c. (« CIMA+ »). Celle de BC2 ne dénonce aucun sous-traitant dans sa soumission évaluée aux fins de déterminer le gagnant de l'appel d'offres.

Le comité de sélection a attribué un pointage plus élevé à CIMA+. Cette dernière soumission a cependant été déclarée non conforme par la MRC après réception d'informations postérieures à l'analyse et à l'évaluation des soumissions par le comité de sélection. Ainsi, la MRC a rejeté, aux motifs de non-conformité, la soumission de CIMA+.

La MRC a donc, par résolution, adjugé le contrat à BC2 le 2 novembre 2016. Bien que le contrat ait été adjugé à BC2, toutes les factures transmises à la MRC et payées par cette dernière l'ont été à Tactique, entreprise distincte de celle de BC2. Or, les responsables du paiement des factures de la MRC auraient dû s'en apercevoir dès la réception de la première facture, puisqu'elle était identifiée au nom d'une entreprise différente de celle à qui le contrat a été adjugé. En réalité, les quelque 30 factures divulguées à l'AMP, sur une période de deux ans et demi, démontrent clairement qu'elles ont été émises par Tactique.

Après s'être aperçu de cette méprise le (ou vers le) 3 avril 2020, la MRC a obtenu de BC2 une ratification des paiements effectués à tort à Tactique et a exigé qu'elle lui dénonce l'ensemble des sous-traitants.

Le 14 juillet 2020, BC2 a fourni à la MRC le nom des sous-traitants ayant agi dans le cadre du contrat. Dans cette dernière correspondance, BC2 allègue notamment avoir dû confier un mandat de sous-traitance à Tactique pour s'assurer que le chargé de projet identifié dans la soumission déposée en 2016 en réponse à l'appel d'offres puisse continuer à assumer sa responsabilité de chargé de projet, puisque ce dernier était devenu président de Tactique en cours de contrat.

La résolution de la MRC datée du 22 septembre 2020 énonce que, malgré les affirmations indiquées dans la correspondance de BC2 du 14 juillet 2020, l'ensemble du contrat a été confié en sous-contrat au tiers Tactique. Également, la MRC conclut que, contrairement à ce qui est allégué par BC2, le chargé de projet est l'actionnaire unique et président de Tactique, et il occupe cette fonction depuis l'incorporation de Tactique en 2012. Considérant l'avancement du projet et le fait accompli, la MRC a autorisé la sous-traitance à Tactique de manière rétroactive à l'octroi du contrat en novembre 2016, alors que cette dernière ne détenait pas d'Autorisation à cette date.

Le régime d'autorisation mis en place par l'État prévoit la vérification préalable de l'intégrité des entreprises souhaitant contracter avec l'État, conformément aux critères et aux conditions déterminés par la LCOP.

Ce régime vise à vérifier, en amont, qu'une entreprise partie à un contrat ou à un sous-contrat public satisfait aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat ou à un sous-contrat public⁸. Ces conditions visent notamment à promouvoir la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents.

Les articles 1416 et 1417 du *Code civil du Québec* prévoient la nullité absolue d'un contrat qui n'est pas conforme aux conditions de formation qui s'imposent pour protéger le public. La détention de l'Autorisation est une condition d'admissibilité nécessaire à la formation d'un contrat ou d'un sous-contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement.

Cette règle vise à protéger le public, qui a un intérêt à ce que les contrats payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres⁹. Par conséquent, le défaut de détenir une Autorisation entraîne la nullité absolue du contrat ou du sous-contrat public.

Il revient aux organismes publics et municipaux d'assurer le respect du régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État mis en place avec l'adoption des dispositions de la LCOP relatives à l'Autorisation. Les organismes publics et municipaux ne peuvent avoir un rôle passif : ils sont des acteurs clés dans l'intégrité des marchés publics.

D'ailleurs, l'AMP tient un registre public des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter avec un organisme public, qui permet à tous ceux qui travaillent dans la passation des marchés publics d'y accéder pour vérifier si une entreprise est titulaire d'une Autorisation, lorsque requise.

Par conséquent, la MRC ne peut autoriser, de façon rétroactive, l'octroi d'un contrat ou d'un sous-contrat public frappé d'une nullité absolue *ab initio*.

Par ailleurs, l'appel d'offres exigeait que l'identité des sous-traitants soit mentionnée dans la soumission. L'expérience du soumissionnaire et l'organisation de l'équipe de travail ont fait l'objet d'une évaluation qualitative pour décider de l'adjudicataire du contrat. BC2 n'a pas dénoncé ses sous-traitants dans sa soumission, contrairement aux exigences incluses dans l'appel d'offres. Par conséquent, le comité de sélection de la MRC a effectué l'évaluation de la soumission de BC2 à partir d'informations erronées ou incomplètes. En entérinant, de façon rétroactive, la sous-traitance de l'ensemble du contrat à Tactique, l'AMP est d'avis que la MRC a porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres.

De plus, la transmission d'informations jugées erronées, dans la soumission de CIMA+ pour ce même appel d'offres, a mené au rejet de cette soumission pour non-conformité qualifiée d'irrégularité majeure. La MRC a conclu que les informations transmises par

⁸ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art. 21.17

⁹ *Entreprise QMD inc. c. Ville de Montréal*, préc., note 8, par. 57

BC2, dans sa correspondance datée du 14 juillet 2020, sont erronées. Cette conclusion a eu un impact certain sur le contenu de la soumission de BC2, rendant celle-ci tout aussi erronée ou incomplète. Malgré ce fait, la MRC a autorisé BC2, de façon rétroactive, à sous-contracter l'ensemble du contrat. En procédant ainsi, l'AMP est également d'avis que la MRC a, de nouveau, porté atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres.

Enfin, si la MRC avait su dès le début que Tactique s'était chargée de l'exécution du contrat, celle-ci n'aurait eu d'autre option que de déclarer la soumission de BC2 non conforme, cette dernière ne détenant pas l'Autorisation requise pour l'exécution du contrat ou du sous-contrat. Le fait d'entériner une soumission comportant une irrégularité majeure rétroactivement à l'octroi du contrat porte également atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres. Également, le fait que la MRC ait découvert son réel contractant ou le transfert en sous-traitance de l'ensemble du contrat public plus de trois ans après le début de l'exécution du contrat démontre une problématique certaine dans la surveillance de l'exécution de ce dernier.

5. Conclusion

VU les dispositions de la LCOP à l'égard de l'autorisation préalable requise à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public;

VU l'objectif visé par l'adoption de telles dispositions, notamment la promotion de la confiance du public dans les marchés publics en attestant de l'intégrité des concurrents;

VU l'importance accordée par le législateur au régime relatif aux autorisations préalables de contracter ou de sous-contracter avec un organisme public ou municipal, et les dispositions d'ordre public adoptées à cet effet;

VU l'obligation de toute entreprise qui conclut un contrat ou un sous-contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement avec un organisme public ou municipal de détenir une Autorisation, au plus tard à la date de la conclusion de ce contrat ou de ce sous-contrat;

VU l'ensemble du contrat confié à un sous-traitant ne détenant pas son Autorisation au moment de la conclusion du sous-contrat;

VU l'absence de dérogation du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation permettant à BC2 de conclure un sous-contrat public avec Tactique alors qu'une telle Autorisation était requise;

VU la non-conformité de la soumission de BC2 découverte en cours d'exécution du contrat par la MRC, laquelle constitue une irrégularité majeure;

VU l'évaluation qualitative de la soumission de BC2 par un comité de sélection à partir d'informations erronées ou incomplètes pour déterminer l'adjudicataire du contrat;

VU le rejet de la soumission de CIMA+ pour le même motif d'irrégularités, soit celui d'informations erronées dans une soumission;

VU l'atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en raison du processus d'adjudication vicié;

VU que le contrat octroyé à BC2 est en cours d'exécution;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la Loi, l'AMP

RECOMMANDE à la MRC de Montcalm d'annuler le contrat conclu avec BC2 Groupe conseil inc.;

RECOMMANDE à la MRC de Montcalm de s'assurer que les critères d'évaluation de la conformité de soumissions, à la suite d'un appel d'offres, sont appliqués de façon uniforme d'un soumissionnaire à un autre;

RECOMMANDE à la MRC de Montcalm de se doter de procédures efficaces et efficaces visant à effectuer une surveillance adéquate de l'exécution d'un contrat public;

RECOMMANDE à la MRC de Montcalm d'assurer la formation du conseil et des employés travaillant en gestion contractuelle sur les exigences du *Code municipal du Québec* et de la *Loi sur les contrats des organismes publics* relativement aux autorisations de contracter et de sous-contracter;

REQUIERT du conseil de la MRC de Montcalm de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 30 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 14 juin 2021

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ