

Mémoire
présenté à l'École nationale d'administration publique
dans le cadre du programme de Maîtrise en administration publique
pour l'obtention du grade de Maître ès science (M. Sc.)

Mémoire intitulé

**Modes de réalisation des projets d'infrastructure et droit des
marchés publics au Québec : intérêt public, saine administration et
enjeux juridiques**

Présenté par
Jérémy Lebeuf

Février 2025

Le mémoire intitulé

Modes de réalisation des projets d'infrastructure et droit des marchés publics au Québec : intérêt public, saine administration et enjeux juridiques

Présenté par

Jérémy Lebeuf

Est évalué par les membres du jury de mémoire suivants :

César Garzon, Professeur agrégé et président

Nicholas Jobidon, Professeur agrégé et directeur de mémoire

Marie-Hélène Dufour, Professeure adjointe, Université de Sherbrooke,
évaluatrice externe

Remerciements

Je remercie d'abord le professeur Nicholas Jobidon pour son soutien, sa disponibilité et sa confiance tout au long de mon parcours à l'ÉNAP.

Je remercie également le professeur Marc-Antoine Picotte pour ses encouragements et son soutien. Je remercie mes collègues et mentors qui m'ont supporté pendant mes premières années de pratique.

Finalement, je remercie ma femme et mes proches qui m'ont soutenu et enduré durant cette longue aventure.

Résumé

Le droit des marchés publics québécois permet à l'Administration publique de recourir à différents modes de réalisation pour mener à terme ses projets d'infrastructure. Le choix d'un mode de réalisation adapté aux caractéristiques d'un projet peut notamment permettre d'accélérer la mise en service de l'ouvrage et diminuer les coûts de construction. La sélection du mode de réalisation optimal est toutefois un exercice complexe qui implique de nombreuses considérations d'ordre juridique et qui nécessite une connaissance approfondie du droit des marchés publics québécois. Nos recherches visent d'abord à mieux comprendre et prévenir les risques juridiques applicables aux projets publics d'infrastructure réalisés au Québec selon les quatre modes de réalisation à l'étude, à savoir le mode de conception-soumission-construction, le mode de gérance pour services et construction, le mode de conception-construction et la RPI. En plus d'aborder les caractéristiques particulières des contrats « A » et « B », nous démontrons que le recours à certains modes de réalisation collaboratifs oblige l'Administration publique à conclure un contrat « C » avec ses prestataires de services. Ce mémoire clarifie ainsi un domaine d'activités complexe qui se situe à la jonction entre le droit public, le droit privé et la gestion de projet. Finalement, nous formulons des constats quant à l'opportunité de sélectionner les modes de réalisation à l'étude en fonction du contexte propre à chaque projet et nous proposons des pistes de solution afin de minimiser plusieurs risques juridiques.

Mots clés :

Appel d'offres, approche collaborative, contrats publics, construction, droit des marchés publics, intérêt public, mode de réalisation, *Loi sur les cités et villes*, *Loi sur les contrats des organismes publics*, saine administration.

Abstract

Quebec public procurement laws allow public authorities to use a variety of project delivery systems. Choosing an optimal project delivery system can accelerate commissioning and reduce construction costs. However, selecting the optimal delivery system is a complex exercise, involving numerous legal considerations and requiring in-depth knowledge of Quebec public procurement laws. Our research aims primarily at developing a better understanding of the legal risks that may arise during public construction projects carried out in Quebec using the traditional delivery system, as well as the construction management at risk, design-build and IPD systems. We therefore try to clarify a complex field of activity located at the crossroads of public law, private law and project management. We also identify possible solutions to minimize several legal risks. Finally, we propose different conclusions regarding the opportunity of selecting certain delivery systems for public authorities, depending on the specific context of each project.

Key words:

Act respecting Contracting by Public Bodies, call for proposals, Cities and Towns Act, collaborative approach, construction, government contracts, project delivery method, project delivery system, public interest, public procurement law, sound administration.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	1
Résumé.....	2
Liste des illustrations	7
Liste des abréviations.....	8
Note terminologique	9
INTRODUCTION	11
1. Thème	11
2. Définition et pouvoir décisionnel.....	12
3. Les principaux outils et les principales sources disponibles.....	15
4. Démarche	18
5. But et contribution du projet.....	20
CHAPITRE 1 : CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE	22
1.1. Crise de confiance et hausse des coûts	22
1.2. La stratégie gouvernementale en matière d'infrastructures	25
1.3. Réforme et innovation dans l'industrie québécoise de la construction.....	27
1.4. Le PL 62 et le contrat de partenariat.....	31
1.5. Le PL 79 et la réforme du droit des marchés publics applicable aux organismes municipaux	38
1.6. La problématique	40
CHAPITRE 2 : MÉTHODOLOGIE	42
2.2 Approche méthodologique.....	42
2.3 Questions de recherche	43
CHAPITRE 3 : INTÉRÊT PUBLIC ET CADRE THÉORIQUE.....	45
3.1. Généralités	45
3.2. Le droit public et les actions de l'Administration publique.....	46
3.2.1. La protection de l'intérêt public.....	46
3.2.2. La saine administration des deniers publics.....	49
3.2.3. L'encadrement des pouvoirs contractuels de l'Administration publique : des régimes complexes et évolutifs	53
3.3. L'écosystème commercial de l'industrie québécoise de la construction et les marchés publics	55

CHAPITRE 4 : LE MODE TRADITIONNEL DE RÉALISATION	61
4.1. Le mode traditionnel de réalisation et ses principaux avantages	61
4.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode traditionnel de réalisation	68
4.3. Constats et conclusions concernant le mode traditionnel de réalisation	76
CHAPITRE 5 : LA GÉRANCE POUR SERVICES ET CONSTRUCTION	80
5.1. La gérance pour services et construction et ses principaux avantages	80
5.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode de gérance pour services et construction	87
5.3. Constats et conclusions concernant le mode de gérance pour services et construction	94
CHAPITRE 6 : LE MODE DE CONCEPTION-CONSTRUCTION	97
6.1. Le mode de conception-construction et ses principaux avantages	97
6.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode de conception-construction	105
6.3. Constats et conclusions concernant le mode de conception-construction	115
CHAPITRE 7 : LA RPI	119
7.1. La RPI et ses fondements	119
7.2. La mise en place et l'exécution d'un projet en RPI	127
7.3. Les principaux avantages de la RPI	133
7.4. Les principaux risques juridiques et les principales limitations de la RPI	136
7.5. Constats et conclusions concernant la RPI	139
CONCLUSION	143
BIBLIOGRAPHIE	145

LISTE DES FIGURES

- Figure 1** Augmentation des prix de la construction au Canada (secteur bâtiment, 2017-2024)
- Figure 2** Principales composantes de l'intérêt public et de la saine administration
- Figure 3** Principales phases du mode traditionnel de réalisation
- Figure 4** Structure contractuelle – Mode traditionnel de réalisation (Guide OIQ)
- Figure 5** Structure contractuelle – Mode traditionnel de réalisation selon la *Stratégie gouvernementale en infrastructure (2024)*
- Figure 6** Simulation économique – Mode traditionnel de réalisation
- Figure 7** Principales phases du mode de gérance pour services et construction
- Figure 8** Structure contractuelle – Mode de gérance pour services et construction
- Figure 9** Principales phases du mode de conception-construction
- Figure 10** Structure contractuelle du mode de conception-construction
- Figure 11** Structure contractuelle du mode conception-construction (variantes selon IRAC)
- Figure 12** Principales phases de la RPI
- Figure 13** Structure contractuelle de la RPI (CCDC-10)
- Figure 14** Structure contractuelle de la RPI (Bourgault et al.)
- Figure 15** Structure contractuelle de la RPI (SQI)
- Figure 16** Logigramme décisionnel RPI (Ashcraft)
- Figure 17** Structure financière RPI (Ashcraft)
- Figure 18** Structure financière RPI (SQI)
- Figure 19** Structure de la gouvernance RPI (sommaire)

LISTE DES ILLUSTRATIONS

- Illustration 1** Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode traditionnel de réalisation
- Illustration 2** Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode de gérance pour services et construction
- Illustration 3** Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode de conception-construction
- Illustration 4** Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon la RPI

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AMP	Autorité des marchés publics
BIG	Bureau de l'inspecteur général de la ville de Montréal
C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i> , RLRQ, c. CCQ-1991
CCDC	Comité canadien des documents de construction
LCOP	<i>Loi sur les contrats publics</i> , RLRQ, c. C-65.1
LCV	<i>Loi sur les cités et villes</i> , RLRQ, c. C-19
LSTC	<i>Loi sur les sociétés de transport en commun</i> , RLRQ, c. S-30.01
LSST	<i>Loi sur la santé et la sécurité du travail</i> , RLRQ, c. S-2.1
MTMD	Ministère des Transports et de la Mobilité durable
MAMH	Ministère des Affaires municipales et de l'habitation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIQ	Ordre des ingénieurs du Québec
PL 62	Projet de loi 62 – <i>Loi visant principalement à diversifier les stratégies d'acquisition des organismes publics des organismes publics et à leur offrir davantage d'agilité dans la réalisation de leurs projets d'infrastructure</i> (version sanctionnée le 9 octobre 2024)
PL 79	Projet de loi 79 – <i>Loi édictant la Loi sur les contrats des organismes municipaux et modifiant diverses dispositions principalement aux fins d'allègement du fardeau administratif des organismes municipaux</i> (version déposée à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2024)
RCTC	<i>Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics</i> , RLRQ, c. C-65.1, a. 23
RCS	<i>Règlement sur certains contrats de services des organismes publics</i> , RLRQ, c. C-65.1, r. 4
RPI	Réalisation de projet intégré
SEAO	Système électronique d'appel d'offres du Gouvernement du Québec
SQI	Société québécoise des infrastructures
PPP	Partenariat public-privé

NOTE TERMINOLOGIQUE

Le droit des marchés publics québécois prévoit trois principales catégories de donneurs d'ouvrage : les organismes publics, les organismes municipaux et les entreprises du gouvernement.

Les organismes publics regroupent les organismes identifiés à l'article 4 LCOP, ce qui inclut les ministères provinciaux, les centres de services scolaires, les établissements publics visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, ainsi que plusieurs organismes budgétaires et non budgétaires énumérés aux annexes 1 et 2 de la *Loi sur l'administration financière*, RLRQ, c. A-6.001. Les pouvoirs contractuels des organismes publics sont encadrés par la LCOP et ses différents règlements d'application tels que le RCTC et le RCS. Plusieurs grands donneurs d'ouvrage publics québécois sont des organismes publics au sens de l'article 4 LCOP, y compris la SQI et le MTMD. L'entrée en vigueur du PL 62 en octobre 2024 a apporté plusieurs modifications significatives au régime légal encadrant les pouvoirs contractuels des organismes publics dans le cadre de la réalisation de leurs projets d'infrastructure. Ces modifications sont en partie abordées au chapitre 1.4.

Les organismes municipaux regroupent principalement les municipalités et les villes régies par la LCV ou le *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.7. En date du dépôt de ce mémoire, les principaux pouvoirs contractuels des organismes municipaux sont prévus aux articles 573 à 573.4 LCV ou aux articles 934 à 938.4 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.7. Les pouvoirs contractuels de certaines municipalités et villes sont régis par des lois particulières telles que la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01 et la *Loi sur la Communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. c-37.02. Puisque le régime juridique encadrant les pouvoirs contractuels des sociétés de transport en commun prévu aux articles 92.1 à 108.2 LSTC est très similaire à celui prévu à la LCV, nos références aux organismes municipaux incluent les sociétés de transport en commun régies par la LSTC. Plusieurs dispositions du Chapitre V.1. *Intégrité des entreprises* de la LCOP sont également applicables aux contrats conclus par les organismes municipaux. Le PL 79 déposé à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2024 propose une importante réforme

du droit des marchés publics applicables aux organismes municipaux. Ce projet de loi n'était toutefois pas entré en vigueur au moment du dépôt du présent mémoire. Certaines dispositions du PL 79 sont brièvement abordées au chapitre 1.5.

Les entreprises du gouvernement regroupent les organismes visés à l'article 7 LCOP ainsi que les filiales qu'ils détiennent et qui ne sont pas en concurrence avec le secteur privé. Cette catégorie inclut plusieurs sociétés d'État québécoises telles qu'Hydro-Québec, Investissement Québec, Loto-Québec et la Société des alcools du Québec. Les entreprises du gouvernement bénéficient d'une plus grande liberté contractuelle puisqu'elles doivent elles-mêmes adopter les règles encadrant la passation de leurs contrats, sous réserve du respect des accords intergouvernementaux qui leur sont applicables. Les règles ainsi adoptées sous la forme de politiques doivent être publiques et « tenir compte » des grands principes énoncés aux articles 2, 14 et 14.6 à 14.9 de la LCOP. Plusieurs dispositions du Chapitre V.1. *Intégrité des entreprises* de la LCOP sont également applicables aux contrats conclus par les entreprises du gouvernement.

Lorsque des notions abordées dans notre étude s'appliquent à l'ensemble des donneurs d'ouvrage compris dans ces trois catégories, nous référons à l'« Administration publique » pour désigner ceux-ci.

Le genre masculin est utilisé comme générique dans le seul but de ne pas alourdir le texte.

Les recherches juridiques sont à jour au 1^{er} décembre 2024.

Modes de réalisation des projets d'infrastructure et droit des marchés publics au Québec : intérêt public, saine administration et enjeux juridiques

INTRODUCTION

1. Thème

Notre étude aborde les enjeux juridiques associés à la réalisation de projets d'infrastructure publique au Québec selon le mode de conception-soumission-construction (aussi appelé mode traditionnel), le mode de gérance pour services et construction, le mode de conception-construction et la RPI. Nous abordons entre autres les dispositions du PL 62 entrée en vigueur au courant du mois d'octobre 2024 et qui visent à accorder plus de flexibilité aux organismes publics lors de la planification et de la réalisation de leurs projets d'infrastructure. Certaines dispositions du PL 79 qui proposent d'importantes modifications aux pouvoirs contractuels des organismes municipaux sont également abordées, bien que ce projet de loi n'ait pas été adopté au moment du dépôt de notre mémoire.

La notion de mode de réalisation est en partie issue des domaines de la gestion de projets, de l'architecture et de l'ingénierie¹. Il s'agit d'une terminologie traduite des expressions anglaises « project delivery method »² et « project delivery system »³. La LCOP, la LCV et les autres lois québécoises applicables aux marchés publics ne définissent pas la notion de mode de réalisation. Certains praticiens et auteurs québécois réfèrent parfois aux

¹ Salma AHMED et Sameh EL-SAYEGH, « Critical Review of the Evolution of Project Delivery Methods in the Construction Industry », MDPI, 2021, p. 2-4 ; INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, « Manuel canadien de pratique de l'architecture, Chapitre 4.1 – Modes de réalisation des programmes de conception-construction », 2^e édition, 2009, p. 1-2.

² Mario BOURGAULT, Ivanka IORDANOVA, Nathalie PERRIER, Sara RANKOHI et Mathieu DENIS, « Les modes de réalisation comme moyen d'orchestrer les projets de construction : Concepts et exemples nationaux, dans La gestion de projets au Québec, Des cas pour illustrer une expertise en croissance », Éditions JFD, 2021, p. 169.

³ Jeffrey R. APPELBAUM, « Does it Really Matter? What Does the Project Delivery System Bring to the Success or Failure of the Project? », 2012, American Bar Association, Forum on the Construction Industry, p. 1.

« modes de construction » ou aux « modes d'exécution de projet » pour désigner les modes de réalisation, générant ainsi une certaine confusion terminologique.

Les auteurs et chercheurs québécois avaient jusqu'à récemment peu abordé les enjeux juridiques associés aux différents modes de réalisation de projet, tant selon une perspective de droit public que de droit privé. Le dépôt du PL 62 en mai 2024 et l'intérêt croissant du marché pour les modes de réalisations dits collaboratifs⁴ ont toutefois eu pour effet d'augmenter significativement l'intérêt juridique pour cette discipline au cours de la dernière année.

Ce mémoire est présenté selon la perspective d'un chercheur et praticien initié aux enjeux et principes abordés. Ce texte s'adresse avant tout à des lecteurs initiés aux règles et principes d'approvisionnement public au Québec.

Ce mémoire ne présente pas le positionnement d'un expert en gestion de projet d'infrastructure.

2. Définition et pouvoir décisionnel

Le mode de réalisation peut être défini comme étant la stratégie de réalisation d'un projet et la façon d'orchestrer (ou de découper) les activités qu'il comporte les unes avec les autres⁵. Le choix du mode de réalisation doit avoir lieu rapidement dans le cycle de vie du projet⁶ puisqu'il définit sa méthode de planification ainsi que la séquence de réalisation des activités et sous-activités du projet⁷, incluant la conception et la construction de l'ouvrage. Le mode de réalisation retenu par l'Administration publique détermine ainsi la structure contractuelle d'un projet et influence grandement la répartition des rôles, risques et

⁴ Voir notamment Marie-Claude SARRAZIN, Antoine MARTIN et Gabriel JOBIDON, « La mise en œuvre des modes collaboratifs au Québec : perspectives contractuelles et législatives » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2024), vol 555, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024, p. 65 ; Bill WOODHEAD, Theron DAVIS et Robert WALKER, « Collaborative construction contracts », *Alberta Law Review*, 2023, volume 61 (2), p. 307-352.

⁵ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p.170.

⁶ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Guide des modes de réalisation des projets de construction, CCDC-10 », 2018, p.1-4.

⁷ J. R. APPELBAUM, préc., note 3, p. 1.

responsabilités entre ses différentes parties prenantes⁸. Il peut également déterminer le nombre de contrats devant être conclus par l'Administration publique dans le cadre d'un projet de même que les différents modes d'adjudication de ces contrats. Chaque mode de réalisation comporte ses propres avantages, désavantages et risques⁹. Les modes de réalisation peuvent faire l'objet d'ajustements et ainsi être adaptés aux circonstances particulières de chaque projet¹⁰. Considérant cette adaptabilité, certains praticiens emploient parfois la notion d'« approche » pour référer plus largement à la stratégie de réalisation d'un projet.

En somme, le choix d'un mode de réalisation a des impacts directs ou indirects sur la très grande majorité des activités d'un projet d'infrastructure¹¹. Les illustrations 1, 2, 3 et 4 présentent l'ordonnancement et le cycle de vie détaillé des projets réalisés selon les modes de réalisation à l'étude. Ces illustrations permettent également de visualiser les principales distinctions entre ces modes de réalisation de projet.

Le mode de réalisation d'un projet ne doit pas être confondu avec les modes d'adjudication des contrats ni avec les modes de rémunération des fournisseurs¹², lesquels réfèrent respectivement à la procédure de sélection de l'adjudicataire ainsi qu'à la méthode de calcul des paiements pour les services rendus. Le mode de réalisation d'un projet ne doit également pas être confondu avec les méthodes de construction d'un ouvrage, lesquelles relèvent principalement de considérations techniques.

Hormis quelques dispositions de la LCOP et du PL 79 qui concernent spécifiquement les contrats de partenariat¹³ ainsi que la *Loi concernant les partenariats en matière d'infrastructures de transport*, RLRQ, c. P-9.001, le droit des marchés publics québécois

⁸ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 3 ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 171-172 ; COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, Rapport final, Québec, Publications du Québec, 2015, Tome 1, p. 49-53 ; J. R. APPELBAUM, préc., note 3, p. 1.

⁹ Stéphanie BOULENGER et Marcelin JOANIS, « Analyse économique des marchés publics dans l'industrie de la construction au Québec », CIRANO, 2015, p. 111.

¹⁰ INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, préc., note 1, p. 1-2.

¹¹ J. R. APPELBAUM, préc., note 3, p. 1 ; S. AHMED et S. EL-SAYEGH, préc., note 1, p. 2-3.

¹² M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 172.

¹³ Voir le chapitre V. *Les contrats de partenariat* de la LCOP et la section VII. *Attribution d'un contrat de partenariat suivant un système adapté au projet d'infrastructure* du PL 79.

ne prévoit pas de cadre particulier applicable au choix d'un mode de réalisation de projet. La *Directive sur les projets majeurs d'infrastructure publique*¹⁴ précise néanmoins que le dossier d'affaires élaboré par l'Administration publique qui réalise un projet assujéti à cette directive doit détailler les stratégies d'approvisionnement en tenant compte du mode de réalisation envisagé¹⁵. L'Administration publique dispose ainsi d'une grande liberté quant au choix d'un mode de réalisation pour ses projets d'infrastructure¹⁶.

La sélection par l'Administration publique d'un mode de réalisation est une décision hautement stratégique¹⁷ qui peut notamment permettre de favoriser la collaboration entre les parties prenantes au projet ainsi que le respect de l'échéancier planifié. Il peut également permettre de réduire les coûts de construction et accélérer la mise en service de l'ouvrage¹⁸. Le choix d'un mode de réalisation optimal et approprié favorisera le succès d'un projet sans toutefois le garantir. Le choix d'un mode de réalisation inadéquat peut au contraire complexifier inutilement la réalisation du projet et exposer les parties prenantes à des risques additionnels.¹⁹

Le choix d'un mode de réalisation est donc lourd de conséquences et doit être réfléchi. Lorsqu'elle se questionne sur les différents modes de réalisation pouvant être mis en place dans le cadre d'un projet, l'Administration publique doit non seulement tenir compte des risques et contraintes inhérents à tout projet d'infrastructure, mais elle doit aussi tenir compte des multiples limitations particulières qui découlent du droit des marchés publics québécois²⁰. Ainsi, bien que l'Administration publique dispose d'un large pouvoir

¹⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, « Directive sur la gestion des projets majeurs d'infrastructure publique », 2e édition, 2016. Nous comprenons que cette directive devrait sous peu être révisée par le gouvernement du Québec afin de s'adapter aux dispositions du PL 62 et favoriser l'accélération des projets assujéti à cette directive.

¹⁵ Article 21, par. j de la *Directive sur les projets majeurs d'infrastructure publique*, préc., note 14.

¹⁶ Voir notamment GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Plan d'action pour le secteur de la construction, Troisième partie – L'État de situation prévalant en février 2020 », mars 2021, p. 118 : « Le découpage par lots par des chantiers de construction est une pratique de gestion contractuelle à l'entière discrétion des municipalités. ».

¹⁷ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 8, p. 49 ; ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, « Guide de bonnes pratiques, Favoriser les meilleures conditions d'exécution des projets de construction », mai 2023, p. 24.

¹⁸ J. R. APPELBAUM, préc., note 3, p. 2.

¹⁹ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, Rapport final, Ottawa, 2022, en ligne : « http://www.archives.gov.on.ca/fr/e_records/OLRTPI/documents/rapport-final/index.html », p. 109-117.

²⁰ Voir par exemple ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 24 ; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, « Les contrats de construction en droit public et privé », Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 21-24.

discrétionnaire quant au choix d'un mode de réalisation, ce choix devra tenir compte des multiples restrictions légales encadrant l'adjudication et l'administration des contrats publics.

L'Administration publique doit également faire preuve de prudence avant d'adopter des pratiques issues de juridictions étrangères puisque le droit des marchés publics québécois est un regroupement unique de normes complexes et parfois floues qui peuvent être inconciliables avec des pratiques commerciales innovantes. De plus, des pratiques adoptées dans des juridictions de common law peuvent être inadaptées ou incompatibles avec le droit civil québécois.

Nous soulignons finalement que l'industrie québécoise n'a toujours pas adopté une nomenclature qui définit uniformément chaque mode de réalisation de projet. Cette réalité peut favoriser les malentendus au sein de l'industrie et ajouter un obstacle additionnel au développement des connaissances dans ce domaine d'activités déjà complexe. Nous avons également observé que ces ambiguïtés terminologiques sont d'autant plus importantes dans la littérature internationale.

3. Les principaux outils et les principales sources disponibles

Nos recherches nous ont permis de répertorier plusieurs publications qui abordent les distinctions entre les modes de réalisation de projet à l'étude. Ces publications permettent notamment à l'Administration publique d'analyser et de comparer les avantages et les inconvénients associés aux différents modes de réalisation qui s'offrent à elle. Cependant, aucune des sources répertoriées ne présente une analyse détaillée des enjeux juridiques issus du droit des marchés publics québécois, lesquels sont pourtant critiques dans le cadre d'une telle analyse. Les principales publications qui se sont avérées pertinentes dans le cadre de nos recherches sont présentées ci-après.

D'abord, le *Guide des bonnes pratiques* de l'OIQ intitulé *Favoriser les meilleures conditions d'exécution des projets de construction* et publié en février 2022 présente des recommandations concernant le choix d'un mode de réalisation de projet d'infrastructure. Ce guide énonce que le processus de sélection des modes de réalisation mis en place par les donneurs d'ouvrage devrait être adapté au cadre légal applicable sans toutefois aborder

ce sujet plus amplement²¹. Il présente également un tableau intitulé *Caractéristiques, avantages et éléments à surveiller pour chaque mode de réalisation* dans lequel les éléments clés associés à plusieurs modes de réalisation sont résumés²².

Ensuite, le CCDC a publié en 2018 le *Guide des modes de réalisation des projets de construction (CCDC-10)*. Ce guide d'une quinzaine de pages est présenté comme un outil pouvant aider les parties prenantes à un projet d'infrastructure à sélectionner le mode de réalisation le plus approprié pour un projet spécifique. Le CCDC-10 recommande d'adopter une approche de gestion de risques en procédant à une analyse qualitative, et lorsque possible à une analyse quantitative, afin de sélectionner le mode de réalisation approprié. Il propose sept principales caractéristiques pour comparer et évaluer les modes de réalisation : la définition de la portée du projet, les exigences de performance, les exigences relatives à l'échéancier, les coûts, l'affectation de ressources humaines, l'expertise en construction du donneur d'ouvrage et finalement la collaboration et la communication entre les parties²³. Le CCDC-10 demeure néanmoins succinct et aborde très sommairement les contraintes juridiques associées au choix d'un mode de réalisation. Ce document doit également être utilisé avec prudence par l'Administration publique puisqu'il a été élaboré dans une perspective canadienne et ne tient donc pas compte des contraintes imposées par le droit des marchés publics québécois.

Les professeurs et chercheurs Mario Bourgault, Ivanka Iordanova, Nathalie Perrier, Sara Rankohi et Mathieu Denis ont publié en 2021 un article particulièrement pertinent qui présente les principaux modes de réalisation de projet utilisés au Québec et au Canada. Les auteurs abordent notamment l'importance pour l'Administration publique de choisir un mode de réalisation adapté aux circonstances de chaque un projet²⁴. Les auteurs soulignent notamment qu'une meilleure connaissance des modes de réalisation de projet pourrait être grandement bénéfique pour l'industrie québécoise de la construction. Ils identifient différents projets publics qui ont été réalisés au Québec selon des modes de réalisation étudiés dans le cadre de nos recherches. Les auteurs présentent également des figures

²¹ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 25.

²² *Id.*, p. 85 à 87.

²³ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 3-4.

²⁴ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2.

détaillées qui permettent de clarifier plusieurs notions complexes. L'article permet par ailleurs de définir des termes parfois ambigus et il clarifie ainsi la terminologie employée dans ce domaine de recherche. Ce texte présente lui aussi un tableau permettant de comparer sommairement cinq modes de réalisation sans toutefois aborder les enjeux juridiques associés à chacun de ceux-ci.

Le professeur Gabriel Jobidon a pour sa part publié plusieurs recherches sur le sujet. Ses publications soulignent notamment l'intérêt et la pertinence d'explorer des approches collaboratives dans le contexte des grands projets d'infrastructure au Québec et ailleurs. Dans l'article *Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language* publié en 2019, les professeurs Gabriel Jobidon, Pierre Lemieux et Robert Beauregard s'intéressent à la nature des relations contractuelles intervenues entre la SQI et ses fournisseurs en fonction des modes de réalisation employés²⁵. Les auteurs y abordent les distinctions relationnelles et linguistiques observées dans les documents contractuels rédigés par la SQI dans le cadre de sept projets d'infrastructure réalisés selon différents modes de réalisation. Les auteurs concluent notamment que le choix d'un mode de réalisation qui permet d'impliquer toutes les parties prenantes dès la phase de planification d'un projet d'infrastructure (*early contractor involvement* ou « ECI ») peut favoriser la collaboration tout au long du projet et ainsi offrir des avantages considérables aux donneurs d'ouvrage²⁶.

L'American Bar Association a publié en 2012 un article détaillé au sujet des modes de réalisation offerts aux donneurs d'ouvrage publics et privés américains intitulé *Does It Really Matter? What Does the Project Delivery System Bring to the Success or Failure of the Project?* L'auteur Jeffrey R. Appelbaum y présente plusieurs risques juridiques propres aux différents modes de réalisation étudiés tout en offrant des mesures de mitigation. Il indique également que les donneurs d'ouvrages devraient adopter des démarches rigoureuses lors du choix d'un mode de réalisation plutôt que de se fier aveuglément aux recommandations de leurs consultants externes. L'auteur conclut notamment sa recherche

²⁵ Gabriel JOBIDON, Pierre LEMIEUX et Robert BEAUREGARD, « Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language », 2019 (8), MDPI Laws.

²⁶ *Id.*, p. 66.

en affirmant ce qui suit : « *There is no "best" or "one size fits all" project delivery system* »²⁷.

Chacune de ces publications s'est avérée être d'une grande utilité dans le cadre de nos recherches.

Nous soulignons également que de nombreux articles scientifiques issus de juridictions étrangères abordent les avantages et les désavantages associés aux différents modes de réalisation de projet. Toutefois, puisque ces articles n'abordent pas les risques ou les enjeux juridiques associés aux différents modes de réalisation à l'étude, leur contribution à nos recherches s'est avérée plus limitée.

Finalement, nous soulignons que nos recherches ne se sont pas étendues aux outils ayant pu être développés au sein de l'Administration publique sans être accessibles au public.

4. Démarche

Les enjeux juridiques associés au mode de gérance pour services et construction, au mode de conception-construction et à la RPI sont entre autres abordés en les comparant aux enjeux associés au mode traditionnel de réalisation²⁸. Par notre démarche, nous identifions les considérations juridiques qui distinguent ces quatre modes de réalisation tout en dressant les avantages et les risques juridiques inhérents à chacun de ceux-ci.

Suivant un tel exercice comparatif, nous formulons des constats quant à l'opportunité pour l'Administration publique de sélectionner les modes de réalisation à l'étude en fonction du contexte propre à chaque projet.

Nos recherches traitent à la fois des règles de droit privé et de droit public applicables lors de la mise en place d'un mode de réalisation de projet d'infrastructure. Nous abordons plus particulièrement les règles de droit encadrant les pouvoirs contractuels de l'Administration publique qui sont prévues à la LCV et à la LCOP de même que celles prévues aux règlements issus de ces lois. Nous traitons également des règles de droit privé applicables

²⁷ J. R. APPELBAUM, préc., note 3, p. 23.

²⁸ Le mode de conception-soumission-construction est aussi appelé mode *traditionnel* en raison de sa prédominance et de sa simplicité organisationnelle.

aux contrats publics de construction et de services professionnels, y compris celles prévues au Livre cinquième – *Des obligations* du C.c.Q.

Nous référons également aux notions de contrat « A » et de contrat « B » élaborées par la Cour suprême du Canada dans des affaires issues des juridictions de common law et adoptées par les tribunaux québécois depuis plusieurs années²⁹. L'application de ces notions en droit des marchés publics québécois est résumée comme suit par le professeur Nicholas Jobidon :

Depuis au moins 1981, le droit des marchés publics québécois et canadiens reconnaît que le dépôt d'une soumission conforme en réponse à un appel d'offres entraîne la création d'un contrat dit « de soumission », aussi appelé le contrat « A », entre l'organisme public et le soumissionnaire. Ce contrat A se distingue du contrat faisant l'objet de l'appel d'offres, étant le contrat dit « d'exécution » ou le contrat « B », qui lui s'intéresse à l'exécution de la prestation visée par l'appel d'offres³⁰(...)

Le contrat « A » désigne ainsi le précontrat établi par le dépôt d'une soumission conforme en réponse à un appel d'offres public alors que le contrat « B » désigne le contrat formé lors de l'acceptation d'une soumission par l'Administration publique. Il n'y a ainsi généralement qu'un seul contrat « B » conclu par appel d'offres, alors qu'il y a autant de contrats « A » qu'il y a de soumissions conformes. Nous démontrons également que le recours à certains modes de réalisation dits *collaboratifs* oblige l'Administration publique à conclure un troisième contrat suivant la conclusion des contrats « A » et « B » précités. Tel que nous l'abordons plus amplement au chapitre 1.4, nous proposons de référer à la notion de contrat « C » afin de désigner ce troisième contrat.

Notre étude n'aborde pas tous les modes de réalisations répertoriés, y compris le mode de gérance pour services ainsi que le PPP. De plus, chacun des modes de réalisation à l'étude peut faire l'objet d'ajustements de manière à générer des modes de réalisation personnalisés

²⁹ Voir notamment *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering* [1981] 1 RCS 111 ; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée* [1999] 1 RCS 619.

³⁰ Nicholas JOBIDON « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), vol 551, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, p. 43.

et distincts. Pour ces raisons, nos travaux ne constituent pas une étude exhaustive couvrant tout mode de réalisation de projet ni toute variante pour chacun de ces modes.

Nous évitons volontairement de référer à la notion de modes de réalisation « alternatifs » puisque cette notion demeure selon nous imprécise et peut donc porter à confusion. Alors que certains considèrent que tous les modes de réalisation qui se distinguent du mode traditionnel sont alternatifs, d'autres proposent des critères plus restrictifs.³¹

Finalement, il est important de souligner que le choix d'un mode de réalisation optimal exige une réflexion multidisciplinaire qui ne se limite pas aux enjeux identifiés dans ce mémoire. Alors que nos recherches présentent les considérations juridiques devant être prises en compte par l'Administration publique, l'identification du mode de réalisation optimal pour un projet spécifique exige également que des considérations techniques, organisationnelles, politiques, économiques et logistiques soient étudiées.³²

5. But et contribution du projet

Ce mémoire vise d'abord à mieux comprendre les enjeux juridiques applicables aux projets publics de construction réalisés au Québec selon les modes de réalisation à l'étude. Cette démarche implique notamment l'identification des principaux risques juridiques susceptibles de se matérialiser lors de la mise en œuvre de chacun de ces modes de réalisation. En identifiant ces risques en amont des projets, nous souhaitons contribuer à leur prévention en permettant à l'Administration publique de mettre en place des remparts afin de minimiser les probabilités qu'ils se matérialisent.

Également, puisque les modes de réalisation demeurent un sujet peu documenté dans une perspective de droit québécois, nous souhaitons alimenter la littérature et les réflexions dans ce domaine de recherche.

³¹ Concernant ces enjeux terminologiques, voir les commentaires de M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 185 ; Voir également M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p.68 : « La distinction fondamentale avec les modes traditionnels tient au fait que dans les modes alternatifs, l'achèvement de la conception de l'ouvrage est confié au cocontractant en plus de la réalisation des travaux de construction ».

³² COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 191 ; COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 3-4 ; INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, préc., note 1, p. 1-2.

Nous souhaitons ultimement contribuer au processus décisionnel suivi par l'Administration publique en permettant aux décideurs de mieux pondérer et mitiger les risques juridiques associés au choix et à la mise en place d'un mode de réalisation de projet. En ce sens, les observations présentées dans notre mémoire peuvent d'abord s'avérer utiles pour les parties prenantes appelées à participer au processus décisionnel visant à choisir un mode de réalisation pour des projets spécifiques, incluant les conseillers juridiques. Plusieurs notions abordées dans notre mémoire peuvent également s'avérer pertinentes dans le cadre de la rédaction des documents contractuels permettant de mettre en place les modes de réalisation à l'étude.

En somme, notre étude tente de contribuer à l'accroissement et au développement du savoir juridique en matière d'octroi et de gestion des contrats publics dans le domaine de la construction au Québec.

Nous soulignons finalement que nos recherches se sont déroulées dans un contexte de réforme du droit des marchés publics québécois applicable aux projets d'infrastructure. Ainsi, bien que cet objectif ne fût pas identifié lors du lancement de nos travaux, nous abordons les récentes modifications adoptées et proposées par le PL 62 et le PL 79. Nous souhaitons par cette démarche contribuer au développement des connaissances juridiques dans le contexte où cette réforme favorise la diversification des modes de réalisation et pourrait générer de nombreux questionnements au sein de l'Administration publique.

CHAPITRE 1 : CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE

1.1. Crise de confiance et hausse des coûts

Le début des années 2000 a été marqué par plusieurs révélations médiatiques dénonçant des cas de collusion et de corruption dans l'industrie de la construction et dans les marchés publics au Québec. Les travaux de la CEIC ont notamment démontré que l'Administration publique a payé pendant plusieurs années des coûts de construction et de conception gonflés par des stratagèmes illégaux visant à limiter ou éliminer la concurrence³³. Des témoins interrogés devant la CEIC ont entre autres évoqué que des surcoûts de l'ordre de 22 à 35 % auraient été payés par l'Administration publique dans le cadre de plusieurs projets d'infrastructure³⁴. En réponse à ces révélations, plusieurs mesures ont été mises en place par le législateur afin de resserrer les règles applicables aux contrats publics, particulièrement dans le domaine de la construction. Les autorités ont depuis consacré d'importants efforts dans le but de regagner la confiance du public envers l'Administration publique et les parties prenantes responsables de réaliser les projets publics d'infrastructure. La création du BIG en 2014, la création de l'AMP en 2018 et l'adoption de mesures permettant de récupérer les sommes perçues par des stratagèmes illégaux³⁵ font partie des nombreuses initiatives mises en place afin d'arriver à cette fin. Les différentes mesures adoptées par le législateur et les travaux de la CEIC auraient notamment contribué à la diminution des coûts de construction dans la région métropolitaine de Montréal durant une brève période à partir de 2014³⁶.

Les années 2015 à 2019 ont ensuite été marquées par une augmentation significative des activités dans le secteur de la construction au Québec³⁷. Le nombre d'employés qualifiés n'ayant toutefois pas suivi cette croissance, l'industrie s'est progressivement retrouvée en

³³ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 8, Tome 3, p. 74-75.

³⁴ *Id.*

³⁵ Voir la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3.

³⁶ Pierre-André NORMANDIN et Daphné CAMERON, « Montréal : le prix des travaux continue à baisser », *La Presse*, 22 octobre 2015, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/actualites/montreal/201510/21/01-4912607-montreal-le-prix-des-travaux-continue-a-baisser.php>. » (consulté le 15 septembre 2024).

³⁷ Nicolas PLANTE, Jean-Philippe BROSSEAU et Marie-Pier BERNARD, « Consultation visant à évaluer le niveau d'intérêt des entrepreneurs et des professionnels envers les marchés publics », Raymond Chabot Grant Thornton, 2021, p. 4.

période de pénurie de main-d'œuvre et de surchauffe. Cette situation a par ailleurs contribué à une baisse de l'intérêt des entreprises privées envers les projets publics d'infrastructure. Un sondage mené en 2020 auprès des entreprises privées œuvrant dans le domaine de la construction souligne plus particulièrement que cette perte d'intérêt s'explique en partie par la présence de conditions contractuelles jugées plus favorables et équitables dans les projets privés³⁸.

Ainsi, alors que les travaux la CEIC portaient progressivement leurs fruits, la concurrence dans le marché de la construction s'est affaiblie et a mené à une hausse des coûts dans les projets publics³⁹.

Alors que la surchauffe du marché persistait, la pandémie et le déclenchement du conflit opposant l'Ukraine à la Russie ont aussi successivement perturbé les chaînes d'approvisionnement mondiales. Ces événements ont notamment mené à l'augmentation du coût des matériaux utilisés sur les chantiers de construction partout au Canada⁴⁰. Dans le secteur de la construction des bâtiments non résidentiels, cette hausse fut significative à partir du premier trimestre de l'année 2020, comme le démontrent les analyses de l'Association canadienne de la construction⁴¹ :

³⁸ *Id.*, p. 11.

³⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Plan d'action pour le secteur de la construction, Troisième partie – L'État de situation prévalant en février 2020 », mars 2021, p. 50.

⁴⁰ Sylvie RATTÉ, « Chaînes d'approvisionnement – Les perturbations s'accroissent », Banque de développement du Canada, en ligne : « <https://www.bdc.ca/fr/articles-outils/blogue/chaines-approvisionnement-perturbations-accroissent#:~:text=L'invasion%20russe%20de%20l, sur%20les%20cha%C3%A9nes%20d'approvisionnement> » (consulté le 10 octobre 2024).

⁴¹ ASSOCIATION CANADIENNE DE LA CONSTRUCTION, « Analyse trimestrielle du secteur de la construction ICITC T1 2024 », 2024, p. 24.

Indice des prix de la construction de bâtiments
Variation trimestrielle en pourcentage pour la construction non résidentielle

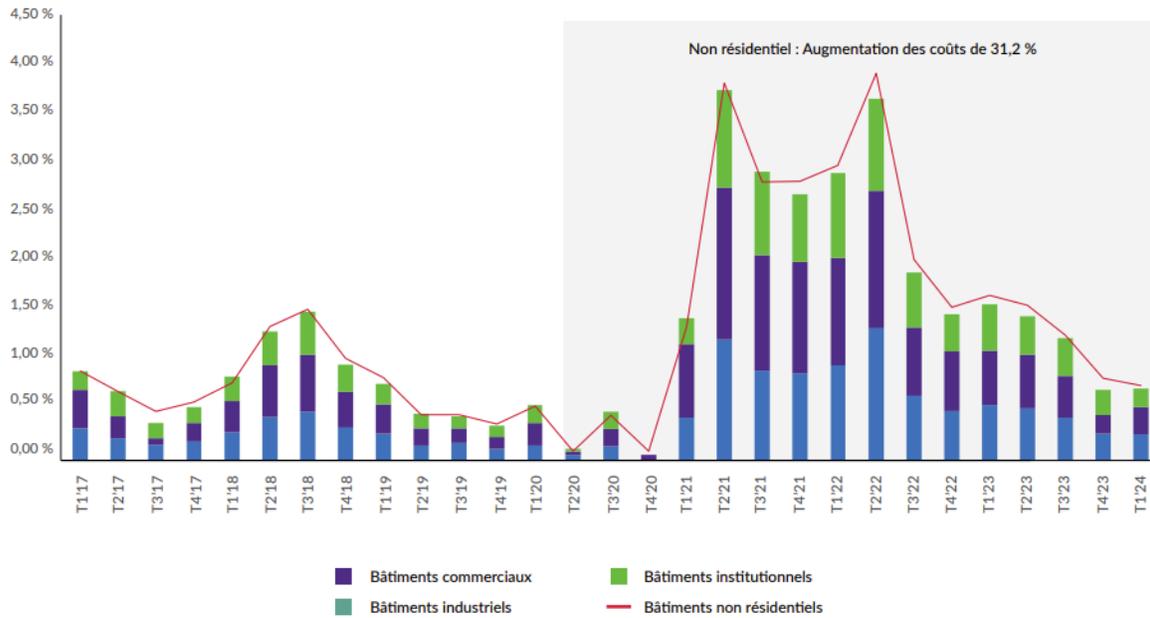


Figure 1 – Augmentation des prix de la construction au Canada (secteur bâtiment, 2017-2024)

Les coûts de construction ainsi que les prix proposés par les entreprises privées pour réaliser des projets publics ont ainsi subi une forte hausse soutenue par l’inflation postpandémique. La montée progressive du taux directeur fixé par la Banque du Canada à partir de 2022 a pour sa part contribué à l’augmentation des coûts d’emprunt et de financement des projets d’infrastructure⁴².

Le cumul de ces enjeux a également eu pour effet d’augmenter le niveau de risques devant être supportés par les entreprises privées prenant part aux projets majeurs d’infrastructures devant se dérouler sur plusieurs années, particulièrement lorsque les contrats intervenus prévoient une rémunération forfaitaire non ajustable (ou non indexable).

C’est donc en quelque sorte une tempête parfaite qui a frappé l’industrie québécoise de la construction et qui a mené à l’importante hausse des prix des soumissions présentées à l’Administration publique au cours des dernières années. Plusieurs projets majeurs ont été

⁴² Karl RETTINO-PARZELI, « Des coûts d’emprunt bousculent les plans des entreprises », Les Affaires, 23 février 2024, en ligne : « <https://www.lesaffaires.com/dossiers/financement-faire-face-aux-couts-demprunt-2/des-couts-demprunt-bousculent-les-plans-des-entreprises-2/> » (consulté le 10 août 2024).

remis en question et certains ont été abandonnés par l'Administration publique⁴³ en raison de ce contexte commercial défavorable⁴⁴, et ce, au détriment de la collectivité québécoise. La hausse des coûts de construction a également frappé les projets résidentiels et ainsi contribué à l'actuelle crise du logement.

Les différentes mesures protectionnistes (incluant les tarifs douaniers) récemment adoptées par les autorités américaines et canadiennes s'ajoutent aux facteurs de risques précités et contribuent à maintenir un climat d'incertitude au sein de l'industrie québécoise de la construction.

Malgré ces défis, tout indique que les projets majeurs d'infrastructures publiques devraient se multiplier au cours des prochaines années, notamment en raison du déficit en maintien d'actifs affectant les infrastructures publiques provinciales⁴⁵. Le Plan québécois des infrastructures pour la période 2024-2034 prévoit plus particulièrement des investissements records totalisant 153 milliards de dollars, soit une hausse de trois milliards par rapport au précédent plan publié pour les années 2023-2033. Pour sa part, Hydro-Québec prévoit des investissements records en maintien et développement de ses infrastructures afin de répondre à la demande croissante en électricité propre⁴⁶. Ces prévisions ne tiennent par ailleurs pas compte des projets d'infrastructure sous la responsabilité des organismes municipaux qui pourraient eux aussi se multiplier au cours des prochaines années.

1.2. La stratégie gouvernementale en matière d'infrastructures

Face à l'accumulation des défis et échecs rencontrés par l'Administration publique dans le cadre de ses projets d'infrastructure au cours des dernières années, le gouvernement

⁴³ Stéphane BAILLARGEON, « Québec enterre son projet de réseau d'Espaces bleus », Le Devoir, 4 mars 2024, en ligne : « <https://www.ledevoir.com/culture/808383/quebec-enterre-projet-reseau-espaces-bleus> » (consulté le 20 mai 2024).

⁴⁴ Voir notamment Maxime BERGERON, « Tramway et 3e lien : un constat d'échec pour Québec », La Presse, 21 novembre 2023, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/actualites/chroniques/2023-11-21/tramway-et-3e-lien-un-constat-d-echec-pour-quebec.php> » (consulté le 20 mai 2024).

⁴⁵ Voir notamment GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Budget de dépenses 2022-2023, Plan québécois des infrastructures ». Volume 6, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2023, p. 15.

⁴⁶ HYDRO-QUÉBEC, « Plan stratégique 2022-2026 », p. 12 ; Ulysse BERGERON et Martin CHAMBERLAND, « Le retour des grands chantiers », La Presse, 28 septembre 2024, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/affaires/hydro-quebec/le-retour-des-grands-chantiers/2024-09-28/hydro-quebec/une-cure-de-rajeunissement-qui-amene-de-la-puissance.php> » (consulté le 1er octobre 2024).

provincial a publié en mai 2024 la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques*. Ce document présente la stratégie du gouvernement pour lutter contre la surchauffe du marché et les nombreux défis qui nuisent à la réalisation des projets d'infrastructure publique. Sans valeur légale, cette stratégie vise à présenter les mesures que le gouvernement entend prendre pour moderniser l'industrie québécoise de la construction et accélérer les projets publics d'infrastructures. Les objectifs visés par le gouvernement sont ambitieux : construire des infrastructures de qualité et réaliser les projets plus rapidement et à meilleur coût⁴⁷. Les moyens proposés par le gouvernement sont regroupés en quatre grands axes.

D'abord, le gouvernement propose d'améliorer et d'optimiser la planification des projets. Il invite notamment l'Administration publique à coordonner les différents projets devant être réalisés dans un même secteur géographique afin d'éviter de surcharger le marché et ainsi nuire à la concurrence. Il propose ainsi que les différents donneurs d'ouvrage publics priorisent les projets dont les besoins sont les plus urgents en fonction de la capacité régionale du marché. Ce premier axe inclut le recours plus soutenu aux nouvelles technologies comme le BIM ainsi qu'aux méthodes innovantes de construction comme la préfabrication des matériaux.

Ensuite, le gouvernement propose de développer un environnement d'affaires plus compétitif. Il propose notamment d'alléger le fardeau administratif de l'Administration publique pour accélérer la conclusion des contrats tout en ouvrant la porte à des modes de réalisation axés sur la collaboration et la performance. Citant des données que la SQI a collectées lors de la construction de 12 écoles⁴⁸, le gouvernement soutient que le recours à de nouveaux modes de réalisation plus collaboratifs pourrait permettre de dégager des économies d'environ 18,2 % tout en accélérant l'échéancier d'environ 24,6 %⁴⁹. Les moyens proposés par le gouvernement pour atteindre ces objectifs sont en partie intégrés dans le PL 62 plus amplement abordé au chapitre 1.4 de notre étude.

⁴⁷ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Stratégie québécoise en infrastructures publiques, Des infrastructures de qualité, réalisées plus rapidement et à meilleur coût », Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2024.

⁴⁸ De telles données n'ont toutefois pas été publiées en date du 1^{er} décembre 2024.

⁴⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 47, p. 31-32.

Troisièmement, le gouvernement propose d'accroître l'agilité des organismes publics dans la planification et la réalisation des projets d'infrastructure. Cet axe prévoit notamment la modification de la LCOP, de la *Loi sur les infrastructures publiques*, RLRQ, c. I-8.3, et de la *Directive sur la gestion des projets majeurs d'infrastructures publique*. Le gouvernement propose notamment d'améliorer et de simplifier les règles de gouvernance et d'approbation des projets. Plusieurs des éléments compris dans cet axe sont eux aussi abordés au chapitre 1.4 de notre étude.

Finalement, le quatrième axe de la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques* déposée en mai 2024 regroupe différentes initiatives concernant le suivi de la performance des projets majeurs. Le gouvernement propose notamment de mieux documenter l'état des infrastructures publiques afin de faciliter la planification et la priorisation des projets d'entretien et de réfection.

1.3. Réforme et innovation dans l'industrie québécoise de la construction

Soutenus par la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques*, les acteurs du milieu ont récemment entrepris plusieurs démarches visant à moderniser l'industrie de la construction, laquelle traverse une importante période de réforme marquée notamment par des initiatives législatives, technologiques et industrielles. Certaines de ces initiatives découlent directement de la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques* alors que d'autres ont été entreprises bien avant la publication de celle-ci.

D'abord, plusieurs modifications législatives ont récemment été adoptées ou pourraient prochainement être adoptées par le législateur afin de moderniser l'industrie de la construction au Québec. Le législateur a adopté en mai 2024 le projet de loi 51, *Loi modernisant l'industrie de la construction*, L.Q. 2024, c. 19 (le « PL 51 »). Ce dernier vise entre autres à lutter contre la pénurie de main-d'œuvre dans l'industrie de la construction. Il prévoit plusieurs modifications touchant notamment la formation des travailleurs de la construction, le régime des négociations collectives ainsi que la mobilité des travailleurs. Il autorise d'abord certains travailleurs à accomplir des tâches et travaux connexes à leurs spécialités, ce qui leur était auparavant interdit. Le PL 51 réduit ainsi les cloisons entre les

compétences des travailleurs et leur offre une certaine polyvalence⁵⁰ en leur permettant d’accomplir des travaux mineurs qui exigeaient auparavant l’intervention d’un autre corps de métier, ce qui pouvait ralentir les travaux. Le PL 51 vise également à faciliter la mobilité de la main-d’œuvre expérimentée entre les différentes régions administratives de la province en abaissant le nombre minimal d’heures d’expérience devant être atteint afin de permettre à un employé de travailler à l’extérieur de sa région. Finalement, le PL 51 facilite la reconnaissance de l’expérience des travailleurs étrangers qui souhaitent intégrer l’industrie québécoise de la construction.

Le gouvernement a également publié en juillet 2024 le projet de *Règlement sur les paiements et le règlement rapides des différends en matière de travaux de construction*, lequel vise notamment à accélérer le flux monétaire entre les intervenants sur les chantiers de construction publics et réduire le nombre de différends soumis aux tribunaux en lien avec le paiement des coûts additionnels encourus par les entrepreneurs. Ce projet de règlement prévoit entre autres que les donneurs d’ouvrages publics et leurs entrepreneurs devront se plier aux décisions intérimaires rendues par un tiers intervenant durant l’exécution du projet⁵¹.

L’étude détaillée du PL 61 a pour sa part débuté le 1^{er} octobre 2024 et se poursuit au courant du mois de novembre 2024. S’il est adopté, ce projet de loi permettra de confier la planification et la réalisation des projets complexes d’infrastructure de transport à la nouvelle agence Mobilité Infra Québec, laquelle agirait à titre de mandataire de l’État. Mobilité Infra Québec aurait ainsi la lourde tâche de réaliser de grands projets de façon efficace, plus rapidement et à meilleur coût. Ce projet de loi pourrait également élargir les pouvoirs de certains organismes publics de transport en commun en les autorisant à accomplir des activités commerciales connexes « accessoirement à un projet d’infrastructure de transport collectif »⁵², comme le développement de complexes

⁵⁰ Voir les articles 4 et 4.0.1 du *Règlement sur la formation professionnelle de la main-d’œuvre de l’industrie de la construction*, chapitre R-20, r. 8.

⁵¹ Voir les articles 44 à 46 du *Projet de règlement, Règlement sur les paiements et le règlement rapides des différends en matière de travaux de construction* (2024) 156 G.O.Q. II, 4808.

⁵² Projet de loi no. 61, *Loi édictant la Loi sur Mobilité Infra Québec et modifiant certaines dispositions relatives au transport collectif* (version en date du 1^{er} décembre 2024), articles 4 et 10.

immobiliers. Le PL 61 propose également un régime particulier encadrant l'acquisition d'immeubles par Mobilité Infra Québec.

Puis, le 2 octobre 2024, le gouvernement a présenté le projet de loi 76, *Loi visant principalement à accroître la qualité de la construction et la sécurité du public*. Ce projet de loi propose notamment plusieurs modifications à la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1, et au *Règlement sur la qualification professionnelle des entrepreneurs et des constructeurs-propriétaires*, RLRQ, c. B-1.1, r. 9, afin d'obliger l'inspection des travaux de construction à différentes étapes d'un projet.

Finalement, le 7 novembre 2024, le gouvernement a présenté le PL 79 notamment afin de réformer et moderniser le droit des marchés publics applicables aux organismes municipaux. Le PL 79 est plus amplement abordé au chapitre 1.5.

Ensuite, plusieurs initiatives de nature technologique ont été développées et sont progressivement implantées dans l'industrie. Le recours au BIM dans de nombreux projets constitue l'un des principaux avancés en cette matière⁵³. Le BIM consiste essentiellement en la production progressive d'une maquette virtuelle en trois dimensions (3D) à l'aide de logiciels informatiques. La production de la maquette est générée par l'intégration de données dans le logiciel par le concepteur et les différentes parties prenantes au projet. Plusieurs affirment que le BIM peut à la fois permettre de faciliter la communication entre les parties, d'encourager la collaboration, de diminuer les risques d'erreur de conception et finalement d'améliorer la précision des estimations concernant les coûts et échéanciers des travaux.⁵⁴ En plus du BIM, des logiciels permettent désormais de simuler informatiquement le déroulement d'un projet d'infrastructures en quatre dimensions (4D). Cette simulation permet essentiellement de recréer des séquences et scénarios de

⁵³ Voir notamment GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Feuille de route gouvernementale pour la modélisation des données des infrastructures 2021-2026, Cibles et initiatives des donneurs d'ouvrage publics relatives au secteur de la construction, dans les domaines du bâtiment, du génie civil et de la voirie et des actifs industriels », 31 mars 2024, en ligne : « https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/fdr_bim_gouv/feuille_de_route_actualisee_au_31_mars_2024.pdf ».

⁵⁴ Mathieu COMEAU et Chantale BOUCHARD, « Modélisation des données du bâtiment (BIM) : perspectives juridiques », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2021), vol. 495, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2021, 93.

construction, et d'ainsi visualiser à l'avance le déroulement de différentes étapes de construction d'un projet⁵⁵. D'autres initiatives technologiques permettent aussi de faciliter la gestion documentaire des projets ainsi que la communication entre les nombreuses parties prenantes aux projets d'infrastructure. À titre d'exemples, certains acteurs ont désormais recours à des logiciels tels qu'*Aidi* ou *Procore* afin d'assurer la gestion de leurs projets de façon plus efficace. Enfin, de nouvelles technologies émergentes telles que le jumelage numérique des bâtiments (*digital twins* en anglais) permettent aux acteurs du milieu de la construction de collecter des données précises et fiables concernant les performances des ouvrages⁵⁶.

La principale initiative industrielle mise de l'avant dans les dernières années afin de moderniser l'industrie de la construction consiste en la préfabrication et le préassemblage en usine des matériaux de construction. En effet, l'utilisation de produits préfabriqués sur les chantiers est un avancé majeur qui pourrait offrir d'importants avantages économiques et stratégiques⁵⁷ aux clients et entrepreneurs dans les secteurs résidentiel et commercial. Le recours aux biens et matériaux préfabriqués dans l'industrie de la construction est inspiré des chaînes de production industrielle où la préfabrication et le préassemblage de biens sont une pratique répandue depuis plusieurs siècles⁵⁸. Le recours aux chaînes d'assemblage en usine a notamment révolutionné l'industrie automobile et a contribué au développement de la méthode de gestion *lean*, maintenant répandue dans de multiples industries⁵⁹.

⁵⁵ Voir notamment Michel GUÉVREMONT, « 4D Simulation of Capital Construction Projects: Levels of Development and Ontology for Delay Claims Applications », thèse de doctorat, Concordia Institute of Information Systems Engineering, 2021.

⁵⁶ Jorge Mauricio RAMIREZ VELASQUEZ et Ivanka IORDANOVA, « Proposition de synergie entre le jumeau numérique et le lean dans la construction », Groupe de recherche en intégration et développement durable en environnement bâti (GRIDD), en ligne : « <https://gridd.etsmtl.ca/projets/a-proposed-synergy-between-digital-twin-and-lean-in-construction> » (consulté le 1er octobre 2024).

⁵⁷ Sara RANKOHI, Mario BOURGAULT, Ivanka IORDANOVA et Carlo CARBONE, « Developing a Construction-Oriented DfMA Deployment Framework », MDPI, 2023, p. 11 ; Philippe GOUGEON, « Productivité dans le secteur de la construction et impact d'accroître la polyvalence des métiers », Rapport final présenté à l'ACQ, 2023, p. 3, disponible en ligne : « <https://www.acq.org/wp-content/uploads/2023/09/nouvelle-2023-prov-communiqu-e-productivite-dans-le-secteur-de-la-construction-et-impact-daccroitre-la-polyvalence-des-metiers-final.pdf> » (consulté le 10 octobre 2024).

⁵⁸ S. RANKOHI, M. BOURGAULT, I. IORDANOVA et C. CARBONE, préc., note 57, p. 10-11.

⁵⁹ Howard W. ASHCRAFT, Jr., « Integrated Project Delivery Agreement – A Lawyer's Perspective », Journal of Canadian College of Construction, 2014, p. 130 ; Marie-Hélène DUFOUR, « Le contrat d'entreprise de construction dans un contexte de grand chantier », Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023, p. 265.

L'utilisation de la préfabrication et du préassemblage dans le cadre d'un projet d'infrastructure peut notamment augmenter la productivité des activités, réduire les coûts de construction, réduire la quantité de travailleurs mobilisés sur site, accélérer la mise en service de l'ouvrage⁶⁰, faciliter le contrôle de la qualité⁶¹ et diminuer les risques de blessures au chantier. La préfabrication peut donc être une mesure efficace pour lutter contre la pénurie de main-d'œuvre tout en accélérant les travaux⁶². Le MTMD adopte notamment cette approche lors de la construction de certains ponts selon la méthode « ABC » (*Accelerated Bridge Construction*)⁶³. Le gouvernement fédéral mise lui aussi sur la préfabrication afin d'accélérer la construction de logement. Malgré les avantages et le potentiel de la préfabrication dans l'industrie de la construction, cette méthode de construction demeure pour l'instant peu répandue au Québec⁶⁴.

1.4. Le PL 62 et le contrat de partenariat

Comme le souligne la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques*, l'accumulation des normes encadrant la conclusion et la gestion des contrats publics a pour effet de limiter l'agilité de l'Administration publique lors de la planification et la réalisation de ses projets d'infrastructure⁶⁵. Les difficultés récemment rencontrées dans le cadre des grands projets publics d'infrastructures ont d'ailleurs permis de mettre en évidence la lourdeur et la désuétude du cadre normatif applicable aux organismes publics et aux organismes municipaux. C'est principalement pour répondre à ce problème que le gouvernement a procédé au dépôt du PL 62 le 9 mai 2024 (en ce qui concerne les organismes publics).

⁶⁰ Voir notamment Marianne ROBERGE, « Hoso : une résidence étudiante construite en un temps record à Porto », Portail Constructo, consulté le 10 novembre 2024, en ligne : « https://www.portailconstructo.com/monde_chantier/hoso_residence_etudiante_construite_temps_record_porto#:~:text=Hoso%20%3A%20une%20r%C3%A9si » (consulté le 15 novembre 2024).

⁶¹ S. RANKOHI, M. BOURGAULT, I. IORDANOVA et C. CARBONE, préc., note 57, p. 3.

⁶² Voir l'exemple cité par Frédéric LACROIX-COUTURE, « Construire en préfabriqué pour contrer la pénurie de logements étudiants », Le Devoir, 2 août 2024, en ligne : « <https://www.ledevoir.com/societe/817457/construire-prefabrique-contrer-penurie-logements-etudiants> » (consulté le 10 octobre 2024).

⁶³ Isabelle DELORME, « Miser sur la construction en accéléré », mars 2023, Les Affaires, en ligne : « <https://www.lesaffaires.com/dossiers/construction-negocier-le-virage-numerique-3/miser-sur-la-construction-en-accelere-2/> » (consulté le 10 octobre 2024).

⁶⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Stratégie québécoise en infrastructures publiques, Des infrastructures de qualité, réalisées plus rapidement et à meilleur coût », Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2024, p. 20.

⁶⁵ *Id.*, p. 30 à 38.

Adopté le 8 octobre, le PL 62 a été sanctionné le 9 octobre 2024 et est entré en vigueur ce même jour, à l'exception de certaines dispositions concernant le mécanisme de paiement rapide et les pouvoirs réglementaires du Conseil du trésor. Il modifie notamment la LCOP, la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1 et la *Loi sur les infrastructures publiques*, RLRQ, c. I-8.3.

Comme l'ont souligné plusieurs observateurs lors de l'étude du PL 62⁶⁶, ce dernier ne modifie pas la LCV et le *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, et crée donc un fossé additionnel entre le régime légal encadrant les pouvoirs contractuels des organismes municipaux et celui encadrant les pouvoirs contractuels des organismes publics. Ainsi, bien qu'il prévoit d'importantes modifications au droit des marchés publics, la portée du PL 62 demeure en très grande partie limitée aux organismes publics et entreprises du gouvernement. Le législateur a cependant procédé au dépôt du PL 79 quelques mois après le dépôt du PL 62, notamment afin d'uniformiser les règles applicables et réduire les écarts entre le cadre légal applicable aux organismes municipaux et celui applicable aux organismes publics. Certaines dispositions du PL 79 sont abordées à la section suivante.

Le PL 62 introduit d'abord une nouvelle catégorie de contrat pouvant être conclu par les organismes publics afin de mener à terme leurs projets d'infrastructure, soit le contrat de partenariat. Les règles encadrant la conclusion d'un tel contrat sont principalement prévues au chapitre V – *Les contrats de partenariat* de la LCOP et remplacent le régime consacré aux PPP. L'article 3 (2) par. 1 de la LCOP définit le contrat de partenariat comme étant celui conclu dans le cadre d'un projet d'infrastructure et à l'égard duquel :

un organisme public associe un contractant à la conception et à la réalisation de l'infrastructure ainsi qu'à l'exercice d'autres responsabilités liées à l'infrastructure tels son financement, son entretien ou son exploitation, et qui impliquent une approche collaborative pendant ou après le processus d'adjudication.

(notre annotation)

L'article 3 (5) de la LCOP élargit cette définition en précisant que certains contrats peuvent être assimilés à un contrat de partenariat même si le cocontractant retenu par l'organisme

⁶⁶ Voir notamment CONSEIL DES INFRASTRUCTURES, « Mémoire déposé à la Commission des finances publiques dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques », mai 2024, p. 12.

public assume uniquement la conception et la construction de l'ouvrage (donc aucune autre responsabilité liée à l'infrastructure contrairement à ce que prévoit l'article 3 (2) par. 1 LCOP). L'article 3 (5) de la LCOP ajoute également que le Conseil du trésor peut déterminer par règlement qu'un contrat de services professionnels ou un contrat de travaux de construction impliquant une approche collaborative est un contrat de partenariat :

*Sont assimilés à des contrats de partenariat les contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels dans le cadre desquels un organisme public associe un contractant à la conception et la réalisation d'une infrastructure en recourant à une approche collaborative pendant ou après le processus d'adjudication ainsi que les contrats que le Conseil du trésor détermine par règlement dans le cadre desquels un organisme public associe un contractant à la conception **ou** la réalisation d'une infrastructure lorsque ceux-ci impliquent une approche collaborative que le règlement précise.*

(notre annotation)

Bien que la définition du contrat de partenariat soit large et modulable, le législateur impose dans tous les cas que le contrat de partenariat inclut une approche collaborative avant ou après la conclusion du contrat « B ». L'approche collaborative est toutefois une notion de droit nouveau qui est définie en des termes larges et non restrictifs, comme l'indique l'article 3 (6) LCOP :

Pour l'application de la présente loi, une approche collaborative peut notamment comprendre la tenue d'ateliers bilatéraux en présence d'un vérificateur de processus, une mise en commun des ressources et des informations liées au projet d'infrastructure ainsi qu'un partage consensuel des risques et, selon le cas, des économies générées ou des gains réalisés et des pertes subies pendant la durée du contrat en respectant la qualité exigée.

(notre annotation)

Les modifications apportées à l'article 18 LCOP précisent également que les contrats de partenariat peuvent être conclus par le MTMD, la SQI, ainsi que tout organisme public spécifiquement autorisé à conclure un tel contrat par son ministre responsable.

La LCOP stipule ainsi que trois caractéristiques essentielles doivent obligatoirement être présentes pour qu'un contrat se qualifie de contrat de partenariat :

Caractéristique 1 : Le contrat « A » ou le contrat « B » doit inclure une approche collaborative (tel que ce dernier terme est défini à l'article 3 (6) LCOP);

Caractéristique 2 : L'adjudicataire du contrat « B » doit être responsable de concevoir et de réaliser (construire) l'ouvrage, sauf si le Conseil du trésor détermine par règlement que le contrat peut être qualifié de partenariat sans regrouper ces deux responsabilités; et

Caractéristique 3 : Le contrat doit être conclu par le MTMD, la SQI ou un organisme public spécifiquement autorisé à cette fin par son ministre responsable.

Le contrat de partenariat constitue donc un contrat de conception-construction dans le cadre duquel le MTMD, la SQI ou un organisme public autorisé emploie une approche collaborative dans le cadre du contrat « A » ou du contrat « B ». Il inclut également un contrat de conception ou de construction comportant une approche collaborative (laquelle peut être tenue dans le cadre du contrat « A » ou du contrat « B ») lorsque le Conseil du trésor le détermine par règlement. Si les trois caractéristiques précitées ne sont pas rencontrées, le contrat ne pourra alors pas être qualifié de contrat de partenariat au sens de la LCOP.

Or, comme nous le détaillons au chapitre 7, ces caractéristiques ne correspondent pas parfaitement à la définition de la RPI. En effet, la RPI propose généralement de confier à des entités différentes les rôles de concepteur et de constructeur d'un ouvrage. Ainsi, bien que le concepteur et le constructeur de l'ouvrage sont appelés à collaborer tout au long du projet réalisé en RPI, ceux-ci ne forment généralement pas une co-entreprise et ils assument donc des responsabilités distinctes. Pour cette raison et puisque l'article 3 LCOP indique clairement que les responsabilités de concevoir et de réaliser l'infrastructure doivent être confiées à une même entreprise pour donner naissance à un contrat de partenariat, nous concluons que, si aucun règlement adopté par le Conseil du trésor ne prévoit cette possibilité, le PL 62 ne semble pas à lui seul permettre aux organismes publics de recourir à la RPI (selon les caractéristiques identifiées au chapitre 7).

De plus, en permettant que l'approche collaborative ait lieu après la conclusion d'un contrat de partenariat, l'article 3 LCOP semble indiquer qu'un contrat de partenariat pourrait subir d'importants ajustements après sa conclusion. La mise en place d'une approche collaborative après le processus d'adjudication pourrait ainsi permettre aux parties prenantes de rééquilibrer le contrat en fonction des imprévus pouvant survenir en cours de projet. Or, cette pratique pourrait dans certaines circonstances s'avérer difficilement réconciliable avec les règles prévues à l'article 17 LCOP qui limitent la portée des modifications contractuelles pouvant être convenues après la conclusion d'un contrat conclu par appel d'offres.

Ensuite, le PL 62 modifie l'article 21 LCOP autrefois applicable aux PPP et permet désormais aux organismes publics qui souhaitent conclure un contrat de partenariat de négocier les termes du contrat « B » avec un seul concurrent au terme d'un appel de qualification. Ainsi, l'organisme public pourra rapidement identifier l'unique concurrent avec lequel il souhaite entreprendre des négociations. Avant l'adoption du PL 62, l'article 21 LCOP énonçait que l'organisme public devait obligatoirement négocier avec « chacun » des concurrents retenus aux termes de la procédure de qualification. Puisqu'il s'avère complexe de négocier parallèlement avec plusieurs concurrents tout en demeurant parfaitement équitable, ce changement simplifie et facilite la procédure d'adjudication des contrats de partenariat et encouragera également le recours au mode de réalisation de conception-construction progressif⁶⁷ (ce mode de réalisation spécifique est plus amplement abordé à la section 6.2 de notre étude).

Le PL 62 modifie également l'article 13.1 LCOP et facilite la conclusion de certains contrats de gré à gré lorsqu'aucune soumission conforme n'a été déposée en réponse à un appel d'offres. Les modifications apportées à l'article 13.1 LCOP s'appliquent à l'ensemble des organismes publics et permettent désormais à ceux-ci de négocier et conclure de gré à gré des contrats dont la dépense est supérieure au seuil obligatoire d'appel

⁶⁷ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, « Conception-construction progressif, Mode de réalisation », juillet 2022, en ligne : « https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/expertises/gestion_de_projets/cc-progressif_sqi_2022.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

d'offres si ce contrat prévoit les mêmes conditions que celles prévues à l'appel d'offres pour lequel aucune soumission conforme n'a été déposée. Auparavant, l'organisme public qui souhaitait conclure un contrat de gré à gré dans ce contexte devait d'abord publier un avis d'intention et attendre l'expiration d'un délai de 15 jours avant de pouvoir conclure un tel contrat. Cette modification permet donc aux organismes publics de rapidement prendre action lorsqu'un appel d'offres s'avère infructueux, mais qu'ils doivent néanmoins assurer l'exécution des services décrits à l'appel d'offres. Ces modifications nous apparaissent particulièrement pertinentes et avantageuses lorsqu'un projet est réalisé selon le mode de gérance pour services et construction, tel que nous l'abordons plus amplement au chapitre 5.2.

De plus, le nouvel article 22.0.1 LCOP prévoit un régime particulier applicable à la publication des résultats du processus d'appel d'offres menant à la conclusion d'un contrat de partenariat. Ce nouvel article prévoit que l'Administration publique pourra conclure un contrat de partenariat sans même que sa valeur ni le montant estimé de la dépense ne soit connu ou fixé par les parties :

22.0.1. Un organisme public doit, pour chaque contrat visé au Chapitre V, publier dans le système électronique d'appel d'offres les renseignements suivants dans le délai indiqué :

1. dans les 72 jours suivant la date de la conclusion du contrat, le nom du contractant, une description de l'objet du contrat et le montant initial ou le montant estimé de la dépense, selon le cas, ou, si aucun de ces montants n'est connu à ce moment, dans les 72 jours suivant la date ou un tel montant est établi dans le cadre de l'exécution du contrat.

(notre annotation)

Cette modification est significative puisqu'elle permet désormais à l'Administration publique de conclure un contrat de partenariat avec un fournisseur et d'établir la valeur de ce contrat plusieurs mois après son adjudication. L'Administration publique pourrait ainsi procéder à la réalisation d'un projet d'infrastructure selon la séquence suivante :

Étape 1 : Publication d'un appel d'offres et adjudication d'un contrat mixte de services et de travaux (conclusion des contrats « A » et conclusion du contrat « B »);

- Étape 2 : Développement du projet et rémunération du fournisseur selon une base horaire ou forfaitaire (exécution du contrat « B »);
- Étape 3 : Négociations entre l'Administration publique et son fournisseur dans le cadre d'ateliers bilatéraux et conclusion d'une entente ferme concernant la construction de l'ouvrage (conclusion du contrat « C »); et
- Étape 4 : Publication de la valeur du contrat « C » et réalisation des travaux (exécution du contrat « C »).

Autrefois proscrite par la LCOP, cette stratégie impliquerait ainsi la négociation et la conclusion d'un troisième contrat qui s'ajouterait aux contrats « A » et « B » (plutôt qu'une simple modification du contrat « B »). Cette troisième entente peut être qualifiée de contrat en vertu des articles 1378 et 1385 C.c.Q puisqu'elle implique un échange bilatéral de consentements entre l'Administration publique et son fournisseur afin d'assurer l'exécution d'une prestation. Afin de respecter la nomenclature élaborée par la Cour suprême du Canada et reprise par les tribunaux québécois, nous proposons de référer à ce troisième contrat comme étant le contrat « C ». Comme le permettent les modifications apportées le PL 62, ce contrat « C » pourrait être formé à l'issue de négociations techniques et commerciales tenues en la présence d'un vérificateur de processus (prenant par exemple la forme d'une clôture financière et technique)⁶⁸. Nous abordons certaines caractéristiques de ce contrat « C » au chapitre 7 consacré à la RPI.

La séquence en quatre étapes mentionnées ci-haut propose une importante distinction avec le régime applicable aux contrats de conception-construction sans approche collaborative puisque ces derniers doivent obligatoirement comprendre des paramètres financiers précis dès l'adjudication du contrat « B » en vertu de l'article 24 RCTC.

En somme, le PL 62 propose notamment de remplacer et de moderniser l'ancien régime encadrant la mise en place des PPP. Ce régime est remplacé par le régime applicable aux contrats de partenariat, lequel prévoit des règles plus souples et permissives en ce qui concerne à la fois les termes du contrat « A » et du contrat « B ». Les organismes publics

⁶⁸ D'importantes modifications devront cependant être apportées à la *Directive sur la gestion des projets majeurs d'infrastructure publique* afin d'assurer l'application de cette mesure dans le cadre des projets soumis à cette directive.

assujettis à ces nouvelles règles pourront donc désormais conclure des contrats de conception-construction tout en recourant à une approche collaborative. Finalement, sur autorisation du Conseil du trésor et sous réserve des dispositions réglementaires qui pourraient être adoptées, le MTMD, la SQI et les organismes publics autorisés pourraient potentiellement recourir à la RPI ou à des modes de réalisation similaires.

1.5. Le PL 79 et la réforme du droit des marchés publics applicable aux organismes municipaux

Le droit des marchés publics applicable aux organismes municipaux est le résultat d'une accumulation progressive de normes complexes et disparates⁶⁹, comme en témoigne notamment la numérotation et le contenu des articles 573 à 573.4 LCV et 934 à 938.4 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.7. L'évolution constante des règles applicables aux organismes municipaux a d'ailleurs généré une multitude de questionnements et d'incertitudes juridiques au fil des années⁷⁰.

Par le dépôt du PL 79, le gouvernement propose une réorganisation complète de ce régime juridique afin de moderniser et simplifier les règles applicables à la passation des contrats des organismes municipaux. Le PL 79 propose toutefois de conserver les grands principes encadrant la passation des contrats municipaux et prévus à la LCV et au *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1 et. Au surplus, s'il est adopté, le PL 79 permettrait de réduire les distinctions entre le cadre légal applicable aux organismes publics et celui applicable aux organismes municipaux (sans toutefois les éliminer).

Le PL 79 reprend d'abord l'obligation pour chaque organisme municipal d'adopter son propre règlement de gestion contractuelle, comme le prévoit déjà les articles 573.3.1.2 LCV et 938.1.2 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1. Conformément aux articles 7 à 10 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, le règlement sur la gestion contractuelle devra être public et prévoir notamment des mesures visant à lutter

⁶⁹ Concernant l'évolution des règles encadrant les pouvoirs contractuels des organismes municipaux, voir notamment Julie PERREAULT, « Appels d'offres municipaux », Montréal, Wolters Kluwer, 2020, p. 7-20.

⁷⁰ *Id.*, p. 3 ; Stéphanie PAQUETTE, Vincent PARADIS, Julie PERREAULT et Josie-Anne TARDIF « Actualités en gestion contractuelle municipale » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, Développements récents en droit des marchés publics (2024), vol 551, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, p. 3.

contre le truquage des offres, à encadrer la procédure de modification des contrats et à favoriser les achats responsables. Les règlements adoptés par les organismes municipaux devront obligatoirement prévoir des mesures « favorisant les biens et les services québécois ou autrement canadiens » aux fins de la conclusion de tout contrat attribué de gré à gré ou suivant une procédure d'invitation. À certains égards, les règlements adoptés par les organismes municipaux pourront déroger à certaines dispositions de la loi en vertu de l'article 9 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux*. L'adoption du PL 79 permettrait ainsi aux organismes municipaux d'établir eux-mêmes une importante partie des règles contractuelles qu'ils doivent respecter.

Ensuite, le PL 79 propose une importante modification terminologique en remplaçant la notion d'appel d'offres par la notion de « procédure ouverte », laquelle comporte et regroupe de nombreuses formes d'appel au marché. Sauf lorsqu'une exception s'applique et permet la conclusion d'un tel contrat de gré à gré, un organisme municipal devra obligatoirement tenir une procédure ouverte afin de conclure tout contrat dont la dépense est supérieure au seuil d'appel d'offres obligatoire déterminé par un règlement (lequel seuil serait ainsi plutôt désigné « seuil de procédure ouverte obligatoire »).

L'article 33 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux* propose une importante modification aux articles 573.2 et 573.3 (1) par. 2 LCV et 937 et 938 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1 en élargissant les exceptions qui permettent à un organisme municipal de conclure de gré à gré certains contrats dont la dépense est supérieure au seuil d'appel d'offres obligatoire.

Les articles 18 et 20 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux* prévoient qu'un organisme municipal devra procéder à une évaluation sérieuse de ses besoins avant d'entreprendre une procédure d'attribution de contrat en plus de procéder à une estimation de la valeur de tout contrat dont la dépense est égale ou supérieure à 100 000 \$.

Tout comme le PL 62, le PL 79 ajoute le contrat de partenariat aux différentes catégories de contrat pouvant être conclu par les organismes municipaux dans le cadre de leurs projets d'infrastructure. Il définit le contrat de partenariat selon les mêmes termes que ceux prévus au PL 62, sous réserve de quelques nuances et distinctions. Contrairement au régime mis

en place par le PL 62 qui permet à la SQI et au MTMD de conclure des contrats de partenariat sans autorisation préalable, aucun organisme municipal assujetti au PL 79 ne pourra conclure de contrat de partenariat sans l'autorisation préalable du ministre des Affaires municipales et de l'Habitation⁷¹. Par ailleurs, le pouvoir réglementaire confié au Conseil du trésor en vertu du PL 62 est confié au ministre des Affaires municipales et de l'Habitation. Nous notons également que les articles 27 (1) par. 5, 44 et 72 à 77 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux* accordent une certaine flexibilité aux organismes municipaux en permettant qu'un contrat de partenariat soit conclu suivant une procédure d'adjudication « adaptée au projet d'infrastructure ».

En somme, s'il est adopté, le PL 79 remplacera et simplifiera la très grande partie des règles prévues aux articles 573 à 573.4 LCV et celles prévues aux articles 934 à 938.4 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.7.

L'étude du PL 79 par l'Assemblée nationale est en cours au moment de rédiger ces lignes.

1.6. La problématique

Comme le démontrent les sections 1.1 à 1.5 ci-dessus, l'industrie québécoise de la construction et le droit des marchés publics traversent simultanément une période de réforme et de bouleversement. Bien que les changements apportés par le législateur et l'industrie visent entre autres à faciliter la réalisation des projets d'infrastructure, ces changements apporteront également leurs lots de défis et de questionnements juridiques au cours des prochaines années.

Notamment, et comme le prévoit la *Stratégie québécoise en infrastructures publiques*, plusieurs modifications apportées par le PL 62 encouragent l'Administration publique à diversifier les modes de réalisation employés dans le cadre de ses projets d'infrastructure.

Or, nos recherches indiquent que très peu d'auteurs se sont intéressés aux enjeux juridiques qui accompagnent la mise en place d'un mode de réalisation de projet selon une perspective de droit des marchés publics québécois. Au surplus, les changements apportés par la

⁷¹ Voir le texte de l'article 72 de la *Loi sur les contrats des organismes municipaux* proposé par le PL 79.

réforme du droit des marchés publics ajoutent de nouvelles incertitudes juridiques dans ce domaine d'activité.

Dans ce contexte et puisque le choix d'un mode de réalisation de projet est une décision stratégique de très grande importance, il nous paraît indispensable que la communauté juridique soit adéquatement outillée afin d'accompagner les décideurs qui seront appelés à sélectionner et mettre en place les différents modes de réalisation à l'étude.

Au surplus, nous constatons qu'un certain désordre terminologique s'est installé dans ce domaine de recherche et qu'il complexifie le développement des connaissances.

CHAPITRE 2 : MÉTHODOLOGIE

2.1. Approche méthodologique

La méthodologie empruntée dans le cadre de nos recherches repose sur le positivisme juridique. Ce mémoire cherche plus particulièrement à décrire, comprendre et expliquer les principales normes juridiques applicables dans le cadre de la réalisation des projets publics d'infrastructure au Québec. Puisqu'une partie de nos recherches aborde également le contexte d'adoption de ces normes juridiques (voir les chapitres 1 et 3), nous avons également recours accessoirement au modèle herméneutique, lequel englobe les courants interprétativiste et constructiviste du droit.⁷²

Nous interprétons notamment les dispositions pertinentes du PL 62, de la LCOP et de la LCV⁷³ à la lumière de leur contexte d'élaboration et de leur contexte d'application afin d'identifier le *vrai sens*⁷⁴ de ces dispositions. Le recours au positivisme et à l'herméneutique nous permet d'établir une forme de cohérence au sein du droit des marchés publics québécois qui, de prime abord, se distingue notamment par sa complexité⁷⁵, son évolution constante et sa désorganisation.

Une fois le contexte d'élaboration étudié aux chapitres 1 et 3, notre étude propose une démarche en trois étapes pour arriver aux fins identifiées à la sous-section 5. *But et contribution du projet.*

La première étape est présentée aux chapitres 4.1, 5.1, 6.1, 7.1 et 7.2 et consiste à définir et circonscrire chacun des modes de réalisation à l'étude afin de mieux comprendre les enjeux juridiques associés à chacun de ceux-ci.

⁷² Michelle CUMYN et Mélanie SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité, Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 2013, 71(2), p. 2 ; Luc B TREMBLAY, « Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique », 2012, 46-2, Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal, p. 256-257.

⁷³ Nous abordons également les dispositions pertinentes du C.c.Q., sans toutefois en étudier le contexte d'élaboration de ces dispositions.

⁷⁴ *Id.*, p. 13.

⁷⁵ Voir notamment Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Développements récents en droit des marchés publics, vol. n° 510, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2022, aux pages 60 à 63 et à la page 93.

La deuxième étape est présentée aux chapitres 4.2, 5.2, 6.2, 7.3 et 7.4 et consiste à identifier puis comparer les avantages, les inconvénients et les risques juridiques associés aux différents modes de réalisation à l'étude, y compris ceux qui découlent de l'application du droit des marchés publics. Nous proposons au passage des moyens et des pistes de solution qui pourraient mitiger certains risques juridiques identifiés.

La troisième et dernière étape est présentée aux chapitres 4.3, 5.3, 6.3 et 7.4 et consiste à partager des constats quant aux avantages et risques associés au choix des différents modes de réalisation à l'étude en fonction de certaines caractéristiques et catégories de projets d'infrastructure. Cette analyse implique notamment de référer aux avantages, risques et inconvénients identifiés à l'étape précédente de notre démarche. Nous proposons plus particulièrement que le choix d'un mode de réalisation de projet doit, à la lumière des différents risques juridiques anticipés, permettre de protéger l'intérêt public et respecter le principe de saine administration des deniers publics. Aux fins de cette étape, les notions d'intérêt public et de saine administration des deniers publics jouent le rôle d'étoile polaire devant guider la décision de l'Administration publique.

Ce mémoire n'est donc pas une étude critique ni une étude économique du droit des marchés publics.

Puisque notre approche méthodologique repose sur le positivisme juridique, nous avons priorisé les sources et études québécoises. Ainsi, nous référons fréquemment aux plus récentes publications des chercheurs québécois et des organismes québécois spécialisés tels que la SQI et l'OIQ. Les références historiques ainsi que les sources issues de juridictions étrangères sont plus limitées en raison des particularités du droit des marchés publics québécois.

2.2 Questions de recherche

Les questions de recherche abordées sont les suivantes :

- 1- Quels sont les principaux risques d'ordre juridique propres aux différents modes de réalisation à l'étude qui doivent être considérés lors du choix d'un mode de réalisation par l'Administration publique au Québec?

- 2- Quels sont les moyens et outils offerts l'Administration publique afin de mitiger les risques d'ordre juridiques propres aux différents modes de réalisation à l'étude?
- 3- Dans quelles circonstances le mode traditionnel de réalisation sera-t-il le mode le plus approprié afin de favoriser la protection de l'intérêt public et la saine gestion des fonds publics?
- 4- Dans quelles circonstances le mode de gérance de la construction pour services et construction sera-t-il le mode le plus approprié afin de favoriser la protection de l'intérêt public et la saine gestion des fonds publics?
- 5- Dans quelles circonstances le mode de réalisation de conception-construction sera-t-il le mode le plus approprié afin de favoriser la protection de l'intérêt public et la saine gestion des fonds publics?
- 6- Dans quelles circonstances la RPI sera-t-elle le mode de réalisation le plus approprié afin de favoriser la protection de l'intérêt public et la saine gestion des fonds publics?

CHAPITRE 3 : INTÉRÊT PUBLIC ET CADRE THÉORIQUE

3.1. Généralités

Comme le souligne le rapport de la Commission d'enquête publique sur le réseau de train léger sur rail d'Ottawa, le choix d'un mode de réalisation de projet doit tenir compte d'une multitude de facteurs tout en priorisant l'intérêt public :

les organismes gouvernementaux qui procèdent à l'approvisionnement d'un projet d'infrastructure important et complexe doivent analyser de façon critique les options d'exécution du projet à l'aide de critères objectifs adaptés aux circonstances du projet et aux diverses priorités de l'acheteur. La Commission reconnaît que les organismes publics doivent donner la priorité à la certitude des coûts, à la certitude du calendrier et au transfert des risques. Néanmoins, les décideurs doivent se garder d'accorder trop de poids à ces priorités dans l'évaluation des options d'exécution. Il convient de prendre en considération l'ensemble des options d'exécution d'un projet. (...) Enfin, en tant que considération primordiale, un organisme public doit donner la priorité à la protection de l'intérêt public.⁷⁶

(notre annotation)

Nous proposons de regrouper les multiples facteurs à considérer en deux catégories, à savoir d'une part les enjeux associés au respect du droit public, et d'autre part, les enjeux juridiques et commerciaux issus de l'écosystème des marchés publics dans le domaine de la construction au Québec.

Ces considérations sont respectivement présentées aux sections 3.2 et 3.3 ci-dessous.

⁷⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 117.

3.2. Le droit public et les actions de l'Administration publique

Deux principes phares doivent gouverner et orienter les actions de l'Administration publique dans le cadre de ses projets d'infrastructure : l'intérêt public⁷⁷ et la saine administration des deniers publics⁷⁸.

3.2.1. La protection de l'intérêt public

Tout projet d'infrastructure publique devrait avoir comme principale finalité l'intérêt public⁷⁹. Le choix d'un mode de réalisation étant un élément central et déterminant pour chaque projet d'infrastructure, il doit lui aussi être guidé par une telle finalité plutôt que par des considérations strictement économiques ou politiques⁸⁰.

Pour assurer la protection de l'intérêt public lorsqu'elle entreprend un projet d'infrastructure, l'Administration publique doit notamment être capable de maximiser le rendement des fonds investis tout en contrôlant ses dépenses⁸¹. Ce sont d'ailleurs ces objectifs de nature budgétaire qui ont mené à l'adoption de nombreuses règles encadrant la passation des marchés publics au Québec⁸². Le professeur Antoine Pellerin souligne toutefois que l'intérêt public comporte de nombreuses facettes et ne se limite pas à la rationalité financière. Il précise que de nombreuses responsabilités sociales et légales

⁷⁷ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 8 p. 46 ; Paul EMANUELLI, « The Art of Tendering. A global due diligence guide », 4^e édition, Procurement Publishing Office, 2022, p. 5 ; et Antoine PELLERIN, « Réconcilier contrats publics et intérêt public: Pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État », thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2020, p. 20-27 ; André LANGLOIS et Pier-Olivier FRADETTE, « Les contrats municipaux par demandes de soumissions », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 3.

⁷⁸ Voir notamment le PL 79, article 1 (2) ; Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, « Contrats des organismes publics, Loi annotée », Publications CCH, 2014, art. 2., p. 4 et 5 ; A. PELLERIN, préc., note 77, p. 23 ; Nicholas JOBIDON, « L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2018 (48), p. 95.

⁷⁹ A. PELLERIN, préc., note 77, p. 20-27 ; COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p.117.

⁸⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p.117.

⁸¹ Maude BRUNET et Alejandro ROMERO-TORRES, « La gestion de projets au Québec, Des cas pour illustrer une expertise en croissance », Éditions JFD, 2021, p. 12.

⁸² A. PELLERIN, préc., note 77, p. 190-191 ; *Couillard Construction limitée c. Procureur général du Québec (Ministère des Transports du Québec)*, 2022 QCCS 2069, par. 127 : « L'essence du processus d'appel d'offres est de permettre aux autorités publiques de conclure, au meilleur prix possible, les contrats soumis par soumission. Il s'agit d'une question d'intérêt public. ».

incomber à l'Administration publique lors de la passation de contrats avec des parties privées :

La population s'attend en effet de la part des pouvoirs publics qu'ils fassent en sorte que les deniers publics soient consacrés à des projets de qualité, payés à un prix raisonnable, selon un processus transparent et compétitif au terme duquel un cocontractant intègre aura idéalement été sélectionné.⁸³

L'article 11 de la *Directive sur les projets majeurs d'infrastructure publique* adoptée par le Gouvernement du Québec énonce d'ailleurs des objectifs similaires aux propos du professeur Antoine Pellerin :

11. Le gestionnaire de projet doit assurer la performance du projet et livrer une infrastructure publique de qualité répondant au besoin exprimé, tout en respectant le coût, la portée et l'échéancier convenus.

Depuis l'entrée en vigueur en 2022 du projet de loi no. 12, *Loi visant principalement à promouvoir l'achat québécois et responsable par les organismes publics, à renforcer le régime d'intégrité des entreprises et à accroître les pouvoirs de l'Autorité des marchés publics*, l'article 2 par. 4.1 de la LCOP énonce expressément que cette loi a notamment pour objectif de favoriser l'intérêt public en établissant un cadre légal qui permet aux organismes publics de rechercher la « meilleure valeur » pour ses dépenses. Au total, la LCOP énonce à sept reprises l'obligation de protéger l'intérêt public en référant notamment au « motif d'intérêt public » qui doit justifier plusieurs décisions des organismes publics. À titre d'exemple, l'article 13 (1) par. 4 de la LCOP prévoit que la protection de l'intérêt public peut justifier la conclusion de contrats de gré à gré malgré le dépassement des seuils d'appel d'offres obligatoires. Les auteurs Pierre Giroux, Denis Lemieux et Nicholas Jobidon mentionnent ce qui suit au sujet de cette règle :

les principes d'intégrité, d'égalité, de transparence et d'accessibilité peuvent être présumés comme représentant l'intérêt public. En conséquence, les motifs relatifs à l'intérêt public invoqués par l'organisme public devront tenir compte des principes codifiés à l'article 2 comme autant de limites à sa discrétion.⁸⁴

⁸³ *Id.*, p. 9.

⁸⁴ P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 78, p. 158.

Or, malgré les nombreuses références directes à l'intérêt public répertoriées dans le cadre législatif applicable aux contrats publics, le législateur provincial ne définit pas cette notion. Il demeure donc difficile d'identifier précisément toutes les facettes et tous les contours de cette notion dans le contexte des contrats publics. Certains affirment même que la notion d'intérêt public devrait demeurer imprécise afin de lui permettre de s'adapter à une panoplie de situation⁸⁵.

Tout comme l'OCDE le souligne⁸⁶, l'auteur Paul Emmanuelli mentionne que le droit des marchés publics vise avant tout à servir l'intérêt public. Il ajoute toutefois que la complexité des marchés publics génère son lot de défis et peut rendre difficile la protection de l'intérêt public :

*To properly achieve strategic execution, public sector project teams must simultaneously meet pressing operational objectives, manage limited resources, meet pressing timeframes, and comply with increasingly stringent procedural standards. Striking this balance is no easy task.*⁸⁷

La notion d'intérêt public est donc omniprésente en droit des marchés publics, et elle doit guider l'interprétation des textes législatifs applicables à la passation des contrats publics⁸⁸.

Nous retenons ainsi que pour protéger l'intérêt public, le choix d'un mode de réalisation de projet doit avant tout permettre de répondre adéquatement aux besoins de la collectivité⁸⁹. Le mode de réalisation retenu doit donc permettre d'assurer que la conception des infrastructures publiques priorise le respect des besoins opérationnels et fonctionnels des usagers et citoyens⁹⁰. À titre d'exemple, la construction d'une école

⁸⁵ Voir les arguments et sources présentés dans A. PELLERIN, préc., note 77, p. 55.

⁸⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « Marchés publics », 24 novembre 2024, en ligne : « <https://www.oecd.org/fr/topics/policy-issues/public-procurement.html#:~:text=Il%20s'agit%20de%20l,de%20services%20pour%20les%20gouvernements.> » (consulté le 10 octobre 2024).

⁸⁷ P. EMANUELLI, préc., note 77, p. 1.

⁸⁸ *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, [2019] 4 R.C.S., pars. 39, 55.

⁸⁹ Article 2 (1) par. 4 de la LCOP et article 18 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, PL 79 ; A. PELLERIN, préc., note 77, p. 40-43 ; Pier-Olivier FRADETTE, « La détermination des besoins préalable à un contrat public municipal : comment l'Autorité des marchés publics façonne ce nouveau droit » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit municipal* (2022), vol 509, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2022, 3 ; AUTORITÉ DES MARCHÉS PUBLICS, « Recommandations 2024-02 formulées au Conseil municipal de la Municipalité du Canton de Potton concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1732765 », 11 mars 2024, p. 3.

⁹⁰ A. PELLERIN, préc., note 77, p. 10-16 et 40-43.

devrait d'abord tenir compte des besoins des élèves et enseignants tout en permettant de répondre à la croissance démographique anticipée. De même, lorsque l'ouvrage à construire vise à répondre à des besoins collectifs spécifiques, le mode de réalisation mis en place par l'Administration publique doit lui permettre d'exercer un contrôle étroit sur la configuration et la conception des infrastructures. Par ailleurs, si la construction d'une infrastructure vise à répondre à des besoins urgents, le mode de réalisation retenu devra également permettre de mettre en service cette infrastructure dans les meilleurs délais.

Afin de servir l'intérêt public, le mode de réalisation retenu devra aussi permettre de générer la plus grande valeur pour la collectivité, et ce, au meilleur coût⁹¹. Ainsi, le choix d'un mode de réalisation doit tenir compte de la capacité de payer des contribuables et permettre de respecter celle-ci sans pour autant compromettre la qualité des services aux citoyens.

Au surplus, le mode de réalisation retenu par l'Administration publique doit permettre de minimiser les inconvénients pour la collectivité durant les travaux, incluant les entraves routières.

Nous ajoutons finalement que le choix d'un mode de réalisation devrait être exempt de considérations politiques ou électoralistes afin d'assurer la protection de l'intérêt public⁹².

Les chapitres 4, 5, 6 et 7 adressent ces différents facteurs afin de nous permettre de dresser des constats quant à l'opportunité de sélectionner les modes de réalisation à l'étude.

3.2.2. La saine administration des deniers publics

La saine administration des fonds publics est aussi l'un des objectifs phares ayant justifié la mise en place des règles encadrant le droit des marchés publics au Québec⁹³. Malgré leur

⁹¹ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 117.

⁹² COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, Chapitre 4 – Élaboration du budget et du calendrier : préoccupation concernant l'ingérence pour des raisons politiques.

⁹³ P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 78, p. 4 et 5 ; A. PELLERIN, préc., note 77, p. 23.

interrelation, les notions de saine administration et d'intérêt public ne doivent toutefois pas être confondues.

D'un point de vue strictement terminologique, la saine gestion correspond à un ensemble de valeurs ou de normes mesurables permettant d'évaluer la qualité de la gestion d'une organisation et de mesurer ses résultats⁹⁴.

Bien que le droit des marchés publics québécois ne définisse pas la notion de saine administration des fonds publics, une lecture attentive des différentes lois applicables aux contrats publics nous permet néanmoins de conclure qu'il s'agit d'un concept large regroupant plusieurs principes fondamentaux tels que l'intégrité, la transparence, le développement durable, l'équité, l'efficience, l'imputabilité des dirigeants et la « bonne utilisation »⁹⁵ des fonds publics.

D'abord, le texte de l'article 1 (2) du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux* proposé par le PL 79 énonce clairement cette vision du législateur en affirmant que cette loi visera à favoriser la concurrence et à promouvoir l'intégrité et la transparence des marchés publics « de façon à assurer une saine gestion des fonds publics ».

Jusqu'au 2 décembre 2022, l'article 14 de la LCOP énonçait expressément différents moyens permettant « d'assurer la saine gestion » des contrats dont la dépense était inférieure au seuil d'appel d'offres obligatoire. Cette disposition énonçait notamment que l'Administration publique doit assurer l'efficacité et l'efficience de ses contrats. En se référant notamment à cette disposition qui a depuis été modifiée, le professeur Nicholas Jobidon propose la démarche suivante pour définir le principe de saine gestion des contrats publics :

il faut identifier les principes de base qui sous-tendent le régime d'octroi des contrats des organismes publics, c'est-à-dire les principes de droit civil découlant du Code civil (tels la bonne foi, le consensualisme et la liberté contractuelle) ainsi que les principes de droit administratif applicables tant en vertu du droit public général qu'en vertu des règles plus particulières applicables

⁹⁴ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Grand dictionnaire terminologique », en ligne : <https://vitrinelinguistique.oqlf.gouv.qc.ca/fiche-gdt/fiche/8361065/principes-de-saine-gestion> ».

⁹⁵ Article 2 (1) par. 6 LCOP.

*aux marchés publics. Il faut également définir plus en détail le régime de la Loi sur les contrats des organismes publics.*⁹⁶

Certaines dispositions applicables spécifiquement aux projets publics d'infrastructure permettent aussi de préciser ces principes. C'est notamment le cas de la *Loi sur les infrastructures publiques*, RLRQ, c. I8-3, laquelle a notamment pour objectif d'assurer une planification adéquate des projets d'infrastructure publique et une administration rigoureuse et transparente des deniers publics en favorisant les meilleures pratiques de gestion⁹⁷.

Les observations identifiées précédemment nous permettent de proposer que, dans le contexte du droit des marchés publics, la « saine administration des deniers publics » regroupe un ensemble de principes qui permettent collectivement de contribuer à la protection de l'intérêt public en imposant de nombreuses balises aux décisions de l'Administration publique préalablement à la dépense de fonds publics. Nous proposons d'illustrer l'interrelation entre l'intérêt public, la saine administration et leurs différentes composantes comme suit :

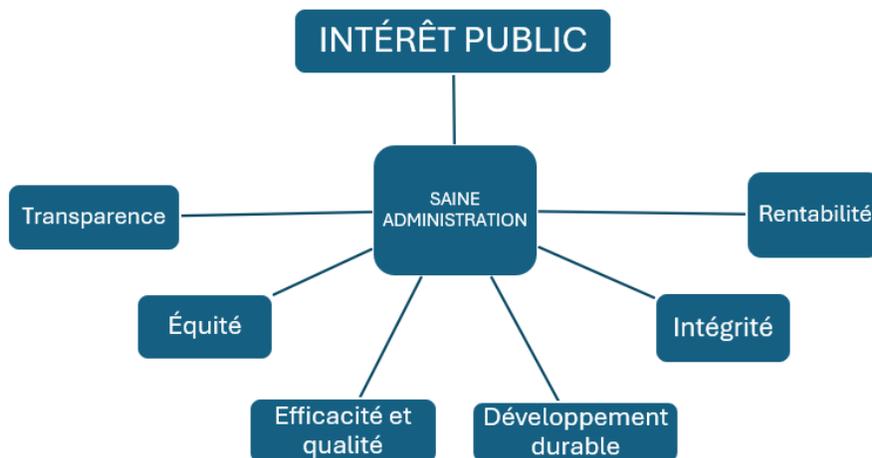


Figure 2 – Principales composantes de l'intérêt public et de la saine administration

⁹⁶ Nicholas JOBIDON, « Contrats des organismes publics inférieurs au seuil d'appel d'offres - comment choisir le bon mode d'adjudication », Brossard, Wolters Kluwer, 2011, p.8.

⁹⁷ Voir article 2, par. 2 de la *Loi sur les infrastructures publiques*, RLRQ, c. I-8.3.

La saine administration des deniers publics peut donc être définie comme un ensemble d'obligations issues du droit privé et du droit public visant à favoriser un usage responsable et efficace des deniers publics.

Pour assurer la saine administration des deniers publics dans le cadre de ses projets d'infrastructure, l'Administration publique doit d'abord procéder à une analyse détaillée des stratégies de réalisation en tenant notamment compte des considérations économiques et sociales propres au projet ainsi que des capacités techniques du donneur d'ouvrage⁹⁸.

La saine administration exige également que la définition des besoins de l'Administration publique soit le résultat d'une évaluation approfondie tenant compte des besoins de la collectivité et qu'elle soit communiquée de manière intégrale aux parties prenantes⁹⁹. Elle requiert que les risques inhérents à chacun des projets soient répartis équitablement entre les parties prenantes¹⁰⁰ et que les critères de sélection des adjudicataires ne soient pas inutilement restrictifs afin d'encourager la participation du plus grand nombre de soumissionnaires pour ainsi favoriser la concurrence¹⁰¹.

La saine administration veut également que l'ouvrage puisse être réalisé à l'intérieur de délais raisonnables et à des coûts concurrentiels eu égard à la complexité du projet¹⁰². Elle exige que la proposition retenue par l'Administration publique soit évaluée selon des critères adéquats et adaptés à chaque projet afin de maximiser les bénéfices offerts à la collectivité¹⁰³.

La saine administration des fonds publics exige par ailleurs que l'Administration publique favorise l'innovation et adopte des pratiques respectant les principes de développement durable¹⁰⁴.

⁹⁸ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 117.

⁹⁹ Article 2 (1) par. 4 de la LCOP.

¹⁰⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 117.

¹⁰¹ Article 2 (1) par. 3 LCOP.

¹⁰² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, préc., note 14, article 11.

¹⁰³ Article 27 (1) par. 5 du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, PL 79.

¹⁰⁴ Geneviève DUFOUR et Marianne DIONNE, « L'approvisionnement responsable : quelle marge de manœuvre pour les acheteurs publics au regard de la nouvelle mouture de la LCOP ? » dans Barreau du

Finalement, le choix du mode de réalisation doit tenir compte de la capacité et de l'expérience des ressources du donneur d'ouvrage appelées à participer au projet¹⁰⁵.

Les chapitres 4, 5, 6 et 7 abordent ces différents facteurs afin de nous permettre de dresser des constats quant à l'opportunité de sélectionner les modes de réalisation à l'étude.

3.2.3. L'encadrement des pouvoirs contractuels de l'Administration publique : des régimes complexes et évolutifs

En plus des grands principes d'intérêt public et de saine administration précités, la mise en place d'un mode de réalisation doit tenir compte des nombreuses règles particulières encadrant les pouvoirs contractuels de l'Administration publique.

Comme nous l'exposons aux sections précédentes, le droit des marchés publics a notamment été mis en place afin d'éviter que l'Administration publique ne dilapide les fonds publics ou n'en fasse un usage détourné tel que la partisanerie politique ou le patronage¹⁰⁶, tant au niveau provincial que municipal. Ultimement, ces règles visent à assurer que les deniers publics seront administrés de manière responsable et dans l'intérêt collectif.

Par ses incidences politiques et économiques immédiates, le droit des marchés publics est constamment appelé à évoluer en fonction de la mise à jour des objectifs gouvernementaux. Cette évolution constante génère plusieurs défis et oblige l'Administration publique à s'adapter rapidement aux nouvelles normes mises en place par le législateur.

Le droit des marchés publics est par ailleurs influencé par le droit public international puisqu'il introduit dans des lois internes une portion des obligations prévues aux accords intergouvernementaux conclus par le gouvernement québécois (aussi appelé « accords commerciaux » ou « accords de libre-échange »)¹⁰⁷. Notamment afin de se conformer à ces

Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), vol 551, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, p. 150-154 ; Voir également les articles 2 (1) par. 4 et 14.6 LCOP ; Voir également les articles 8 (2) par.1 et 18 (2) du projet de *Loi sur les contrats des organismes municipaux*, PL 79.

¹⁰⁵ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 117.

¹⁰⁶ P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 78, p. 4-5.

¹⁰⁷ Voir notamment A. PELLERIN, préc., note 77, pages 79 à 86.

accords, le législateur québécois a adopté diverses dispositions ayant pour effet d'obliger l'Administration publique à procéder à un appel d'offres public pour conclure la très grande majorité des contrats dont la dépense se situe au-delà du seuil applicable. Puisque ce seuil est actuellement fixé à 133 800 \$ pour la plupart des dépenses publiques (incluant les taxes non récupérables, mais excluant les taxes récupérables¹⁰⁸), l'Administration publique se voit imposer l'obligation d'entreprendre un ou plusieurs appel(s) d'offres en vue de retenir les services de professionnels et les services d'entrepreneurs dans le cadre de tout projet d'infrastructure de moyenne ou grande envergure. En plus de permettre au gouvernement de respecter les accords commerciaux applicables, les exigences entourant la tenue d'appels d'offres visent également à favoriser la transparence, la concurrence et le libre marché entre les entreprises qualifiées à exécuter un contrat¹⁰⁹. Ainsi, la conclusion de gré à gré d'un contrat public dont la dépense est supérieure au seuil obligatoire d'appel d'offres doit être justifiée par l'une des exceptions prévues au cadre légal applicable.

La planification d'un projet et la sélection d'un mode de réalisation doivent pas conséquemment tenir compte des nombreuses obligations et restrictions qui encadrent la tenue de ces appels d'offres. Ainsi, et bien qu'elle conserve une importante liberté quant aux choix des critères et du mode d'évaluation des soumissions¹¹⁰, l'Administration publique doit notamment s'assurer de respecter les règles encadrant les délais de publication minimaux, les règles encadrant les communications entre les soumissionnaires et l'Administration publique ainsi que celles encadrant les modes d'adjudication des contrats¹¹¹. Sous réserve de certaines contraintes, l'Administration publique demeure également libre de formuler des critères d'admissibilité et d'éligibilité à l'appel d'offres, incluant des critères d'expérience

¹⁰⁸ *MPECO inc. c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, 2022 QCCA 916, par. 10 ; Voir notamment le *Règlement décrétant des seuils, plafonds et délais applicables lors de l'octroi de certains contrats municipaux*, c. C-19, r.5, lequel réfère aux seuil, plafonds et délais applicables selon les accords intergouvernementaux de libéralisation des marchés publics applicables.

¹⁰⁹ Voir notamment Nicholas JOBIDON, « Le droit de contracter avec l'État : Le principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics », 2021 (2), *Canadian Public Administration* (2), p. 202-217.

¹¹⁰ Voir notamment *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, pars. 89 à 92 ; J. PERREAU, préc., note 69, p. 53 à 67 ; Jean-Benoît POULIOT, *Contrats des organismes publics : l'évaluation qualitative des offres*, Brossard, Wolters Kluwer, 2012 ; Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, préc., note 75, p. 70-71.

¹¹¹ Voir notamment les articles 4 et 9 RCTC pour les organismes publics ; Voir notamment les articles 573 par. 3 (2) et 573 (4) LCV ainsi que le *Règlement décrétant des seuils, plafonds et délais applicables lors de l'octroi de certains contrats municipaux*, C-19, r. 5 pour les organismes municipaux.

minimale¹¹². En plus des règles communes à toute catégorie de contrats publics, des régimes spécifiques encadrent la passation des contrats de travaux de construction et des contrats de services professionnels. L'Administration publique doit donc d'abord qualifier adéquatement chacun des contrats qu'elle anticipe conclure dans le cadre d'un projet d'infrastructure afin de déterminer le régime juridique précis qui s'applique à ce contrat.

En somme, le droit des marchés publics regroupe différentes normes qui visent des objectifs variés. L'accumulation de ces normes a entre autres pour effet de limiter la liberté contractuelle des donneurs d'ouvrage publics québécois¹¹³, tout en alourdissant considérablement le cadre législatif applicable. Au surplus, l'existence parallèle de deux régimes juridiques complexes et distincts encadrant les actions des organismes publics et les actions des organismes municipaux peut constituer un véritable casse-tête, tant pour l'Administration publique que pour les entreprises privées.

3.3. L'écosystème commercial de l'industrie québécoise de la construction et les marchés publics

L'Administration publique recourt systématiquement à des entreprises privées pour accomplir une importante portion des services et travaux publics : déneigement, gestion des déchets, construction, etc. Une telle impartition des services publics permet par ailleurs à l'Administration publique de transférer par contrats une partie des risques¹¹⁴ associés à l'exécution de ces services. Dans le contexte des projets publics d'infrastructures, cette réalité se traduit principalement par la conclusion de contrats de services professionnels avec des firmes d'ingénierie et d'architecture responsables d'élaborer des études techniques ainsi que des plans et devis, la conclusion de contrats de travaux de construction avec des entrepreneurs responsables de réaliser les travaux à l'aide de la main-d'œuvre

¹¹² Voir notamment *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619 ; *Ville de Montréal c. EBC inc.*, 2019 QCCA 1731.

¹¹³ Voir notamment Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, préc., note 75, p. 94 ; Voir également Stéphane LÉPINE et Marc CHIDIAC, « La discrétion du donneur d'ouvrage public dans le cadre d'un processus d'adjudication », dans *Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Développements récents en droit des marchés publics*, vol. n° 510, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 241-285.

¹¹⁴ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 109.

qualifiée et finalement la conclusion de contrats d’approvisionnement avec des fabricants de matériaux.

Une étude menée par des chercheurs de l’Université de Toronto en 2024 s’est intéressée aux conséquences économiques de ce phénomène dans le contexte des grands projets d’infrastructure de transport structurant. Les chercheurs concluent notamment que le recours systématique à des entreprises privées peut rapidement mener à l’explosion des coûts du projet et que le développement d’expertises au sein des donneurs d’ouvrage pourrait diminuer significativement les coûts encourus¹¹⁵.

L’auteur Paul Emmanuelli souligne pour sa part que l’impartition des services publics joue à la fois un rôle social et un rôle économique important :

*In addition to serving as a major driver of economic growth, government procurement also serves as a key method of delivering programs and services to the public through government contracts with private sector suppliers.*¹¹⁶

Ainsi, tant au Québec qu’ailleurs dans le monde, la survie financière de nombreuses entreprises privées repose sur les contrats des gouvernements. De même, la prestation de plusieurs services publics dépend elle aussi de l’intervention des entreprises privées qui acceptent, moyennant rémunération, d’accomplir des services sous la responsabilité des gouvernements. L’impartition des services publics donne ainsi naissance à une étroite relation d’interdépendance entre l’Administration publique et les entreprises privées. L’industrie québécoise de la construction n’échappe pas à cette réalité comme le soulignent les professeurs Stéphanie Boulenger et Marcelin Joanis dans leur étude économique portant sur le marché québécois de la construction produite dans le cadre des travaux de la CEIC :

La construction est un secteur important de l’économie québécoise, avec des dépenses d’immobilisation et de réparation évaluées à 59 milliards de dollars (\$) en 2012, soit 16,5 % du PIB. Les dépenses du secteur public en construction représentent 32 % de ce montant, soit environ 19 milliards \$ qui se répartissent entre les donneurs d’ordres¹¹⁷(...)

¹¹⁵ Jedwin MO, Balthazar CRANE, Marco CHITTI ET Amer SHALABY, « Understanding the drivers of transit construction costs in Canada : a comparative study », Université de Toronto, version préliminaire du 4 décembre 2024, en ligne : « https://stateofcitiessummit.ca/files/041224_Understanding-the-Drivers-of-Transit-Construction-Costs-in-Canada-A-Comparative-Study.pdf », p. 14 à 16 (consulté le 7 décembre 2024)

¹¹⁶ P. EMANUELLI, préc., note 77, p. 1.

¹¹⁷ S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9, p. 9.

Les analyses du Secrétariat du Conseil du trésor indiquent que les organismes publics québécois auraient consacré plus de 26 milliards de dollars en contrats publics pour l'exercice financier du 1^{er} avril 2022 au 31 mars 2023¹¹⁸. Les contrats pour travaux de construction représentaient 9,8 milliards de dollars pour cette même période, soit près de 38 % des sommes dépensées par les organismes publics.

L'importance économique de l'industrie de la construction au sein de l'économie québécoise n'est toutefois pas un phénomène nouveau. L'auteure et ancienne juge à la Cour d'appel du Québec, Thérèse Rousseau-Houle, soulignait déjà en 1982 l'importance socioéconomique des contrats publics de construction au Québec :

*En passant des marchés de travaux publics, en réglementant les constructions privées, l'État et les collectivités locales interviennent dans la vie économique et sociale du pays. Ainsi, au Québec, plus de 25 % du produit national brut est affecté en moyenne à l'industrie de la construction. Ce chiffre démontre à lui seul l'influence de cette industrie sur les autres secteurs de l'économie québécoise. En raison de l'importance de la main-d'œuvre qu'elle emploie et des investissements qu'elle nécessite, l'industrie de la construction est devenue, ces dernières années, le secteur clé du développement.*¹¹⁹

Une étude menée en 2012 révélait par ailleurs que l'industrie de la construction génère annuellement près de 8 % du total des emplois générés par le secteur des entreprises au Québec¹²⁰. En 2023, la Commission de la construction du Québec estimait pour sa part que l'industrie produit 314 200 emplois directs en moyenne par mois, soit un emploi sur 15 au Québec¹²¹.

L'industrie de la construction et les projets publics d'infrastructures jouent ainsi un rôle névralgique au sein de l'économie québécoise depuis plusieurs années.

Indépendamment du domaine d'activité visé, la conclusion d'un contrat entre l'Administration publique et une entreprise privée a toutefois pour effet d'opposer l'intérêt

¹¹⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Conseil du trésor, « Statistiques sur les contrats des organismes publics, 2024 », en ligne : https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/Rapport_Statistiques_2223.pdf ».

¹¹⁹ T. ROUSSEAU-HOULE, préc., note 20, p. 3.

¹²⁰ Jonathan DESLAURIERS et Robert GAGNÉ, « La performance économique de l'industrie de la construction au Québec », 2012, HEC Montréal, p. 6.

¹²¹ COMMISSION DE LA CONSTRUCTION DU QUÉBEC, « L'industrie de la construction, L'industrie en chiffre », consulté le 1er novembre 2024, en ligne : « <https://www.ccq.org/fr-ca/en-tete/qui-sommes-nous/industrie-de-la-construction> ».

général de la collectivité aux intérêts privés de l'entreprise adjudicataire¹²². Alors que la collectivité souhaite bénéficier des meilleurs services au meilleur prix¹²³, l'entreprise privée souhaite pouvoir dégager des profits en contrepartie de ses services¹²⁴. Les entreprises privées qui participent aux projets publics d'infrastructures cherchent ainsi généralement à maximiser leurs gains financiers tout en minimisant les risques commerciaux encourus. Ce faisant, lorsqu'un projet public d'infrastructures comporte de très grands risques pour les parties prenantes privées, plusieurs entreprises pourraient renoncer à ce projet, ou bien intégrer d'importantes contingences financières à même leur soumission pour se protéger financièrement. Un tel cas de figure peut notamment se présenter lorsqu'il est difficile de prévoir tous les obstacles susceptibles de se matérialiser durant le projet, notamment en raison de conditions géotechniques particulières ou encore lorsque d'importantes pénalités sont prévues aux contrats proposés par l'Administration publique.

Or, au Québec comme dans de nombreuses juridictions, le fonctionnement et le fondement des marchés publics reposent sur la concurrence commerciale entre les entreprises privées appelées à participer aux contrats publics¹²⁵. Les soumissionnaires se retrouvent ainsi dans une position délicate où ils doivent proposer des prix suffisamment élevés pour dégager des profits, et ce, tout en devant proposer des prix suffisamment compétitifs afin de maximiser leurs chances d'être l'adjudicataire du contrat. Les équipes d'estimation au sein des entreprises privées sont constamment appelées à devoir trouver un équilibre entre ces risques¹²⁶, particulièrement lorsque le seul critère d'évaluation des soumissions est le

¹²² A. LANGLOIS et P.-O. FRADETTE, préc., note 77, p. 3 ; P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 77, p. 4-5.

¹²³ Voir notamment A. PELLERIN, préc., note 77, p. 9.

¹²⁴ Robert C. MARSHALL et Leslie M. MARX, « The Economics of Collusion, Cartels and Bidding Rings », Boston, The MIT Press, 2011, p. 4.

¹²⁵ A. PELLERIN, préc., note 77, p. 137 ; Nicholas JOBIDON, « Le droit de contracter avec l'État : Le principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics québécois », Canadian Public Administration, 64(2), 2021, p. 206.

¹²⁶ Alors que la proposition de prix trop élevés réduira les chances d'obtenir un contrat, la proposition de prix trop bas peut compromettre la qualité des services et menés à des défauts contractuels. Voir notamment Marika WHEELER et Thomas GERBET, « Des fournisseurs d'Hydro-Québec cassent les prix aux dépens des travailleurs », 13 novembre 2024, Radio-Canada, en ligne : « <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2119543/fournisseurs-hydro-quebec-cassent-prix-travailleurs#:~:text=Des%20entreprises%20s%C3%A9rieuses%20et%20bien.pour%20l'Est%20du%20Qu%C3%A9bec> » (consulté le 15 novembre 2024).

prix¹²⁷. L'ajout de critères qualitatifs dans le cadre de l'évaluation des soumissions permet dans une certaine mesure d'atténuer les désavantages précités¹²⁸, sans toutefois les écarter complètement.

Dans ce contexte, une entreprise privée qui a la possibilité de réaliser plusieurs projets sur une même période pourrait être portée à prioriser les projets qui lui offrent les meilleures chances de générer des profits sans pour autant comporter des risques élevés ou démesurés.

L'Administration publique doit tenir compte de cette dynamique afin de ne pas réduire elle-même la concurrence indûment. En effet, dans un contexte de forte demande, les projets publics se retrouvent eux aussi en concurrence les uns avec les autres. Une étude publiée en 2020 révélait d'ailleurs que l'intérêt des entrepreneurs pour les contrats publics était en chute en raison notamment de la répartition inéquitable des risques inhérents au projet¹²⁹.

De nombreux facteurs économiques et commerciaux propres à cet écosystème doivent ainsi être considérés lors de la sélection d'un mode de réalisation.

Le choix d'un mode de réalisation doit d'abord permettre de générer une saine concurrence au sein du marché afin de permettre à l'Administration publique de bénéficier de la meilleure offre¹³⁰. Le choix d'un mode de réalisation devra ainsi tenir compte des autres projets d'infrastructure en cours dans le même secteur et de la capacité limitée du marché¹³¹. L'Administration publique devrait par conséquent éviter de mettre en place un mode de réalisation qui aura pour effet de limiter inutilement le nombre d'entreprises qualifiées à soumissionner.

¹²⁷ Voir notamment *Pomerleau inc. c. Administration portuaire de Sept-Îles*, 2020 QCCS 1689, par. 855 ; COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 8, Tome 3, p. 27-28 (section 2.4 La pression exercée par le mode de sélection).

¹²⁸ J.-B. POULIOT, préc., note 110, p. 6-7.

¹²⁹ N. PLANTE, BROUSSEAU, J.-P. et BERNARD, M.-P., préc., note 37, p. 37 ; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Stratégie québécoise en infrastructures publiques, Des infrastructures de qualité, réalisées plus rapidement et à meilleur coût », Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2024, p. 16-18.

¹³⁰ N. JOBIDON, préc., note 109, p. 216.

¹³¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 47, p.16-18.

L'Administration publique devrait également s'assurer de mettre en place un mode de réalisation qui répartit les risques entre les parties de façon équitable et adaptée aux circonstances du projet.

CHAPITRE 4 : LE MODE TRADITIONNEL DE RÉALISATION

4.1. Le mode traditionnel de réalisation et ses principaux avantages

Le mode traditionnel de réalisation (aussi appelé conception-soumission-construction) sépare la réalisation d'un projet d'infrastructure en trois phases distinctes et successives, à savoir ¹³² :

Phase 1 – Planification du projet et conception de l'ouvrage

- 1.1. Études de faisabilité et avant-projet;
- 1.2. Conception de l'ouvrage et préparation de plans et devis pour la construction.

Phase 2 – Approvisionnement

- 2.1. Lancement d'un appel d'offres auquel sont joints les plans et devis élaborés par le concepteur;
- 2.2. Évaluation des soumissions;
- 2.3. Adjudication d'un contrat de construction à un entrepreneur général.

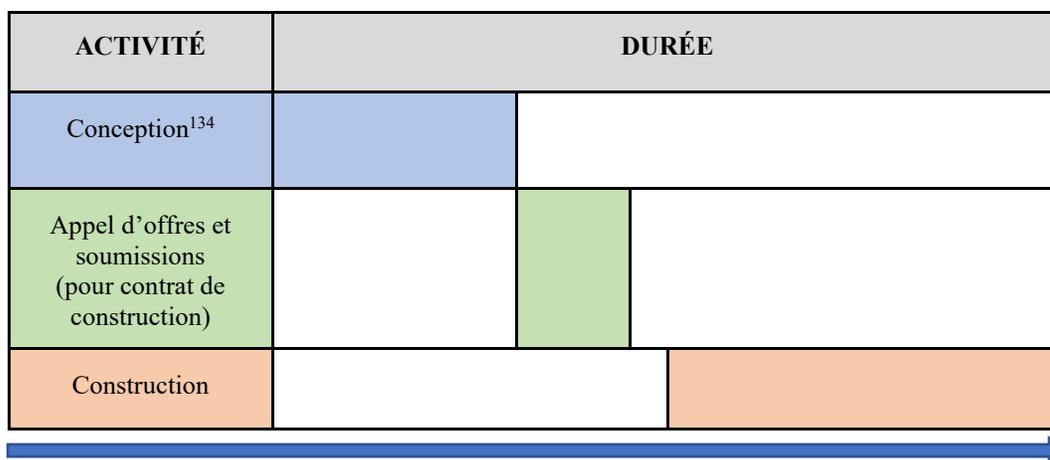
Phase 3 – Réalisation des travaux

- 3.1. Exécution des travaux par l'entrepreneur général et ses sous-traitants conformément aux plans et devis élaborés durant la phase 1;
- 3.2. Réception et mise en service de l'ouvrage par l'Administration publique.

La figure 4 ci-dessous présente les principales étapes du cycle de vie d'un projet d'infrastructure réalisé selon le mode traditionnel ¹³³ :

¹³² Voir notamment COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 8, p. 50 ; G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD., préc., note 25, p. 16 ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 179.

¹³³ G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD., préc., note 25, p. 16.



Début du projet

Fin du projet

Figure 3 – Principales phases du mode traditionnel de réalisation

Le mode traditionnel demeure le mode de réalisation de projet public le plus répandu au Québec¹³⁵. Il permet à l'Administration publique d'assurer un contrôle étroit des activités tout au long du projet tout en offrant une structure contractuelle simplifiée.

L'illustration 1 présente en détail l'ordonnancement des activités régies par le droit des marchés publics et prévus par le mode traditionnel de réalisation. Cette illustration démontre que la séquence de réalisation des activités est linéaire puisque le report d'une activité retarde inévitablement le début de l'activité suivante :

¹³⁴ À des fins de simplification, cette ligne inclut aussi la tenue de l'appel d'offres visant l'acquisition des services professionnels des concepteurs. Voir l'illustration 1 qui présente l'ensemble des activités et sous activités. De plus, le concepteur est appelé à offrir son soutien à l'Administration publique durant la phase de construction.

¹³⁵ G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD, préc., note 25, p. 16.

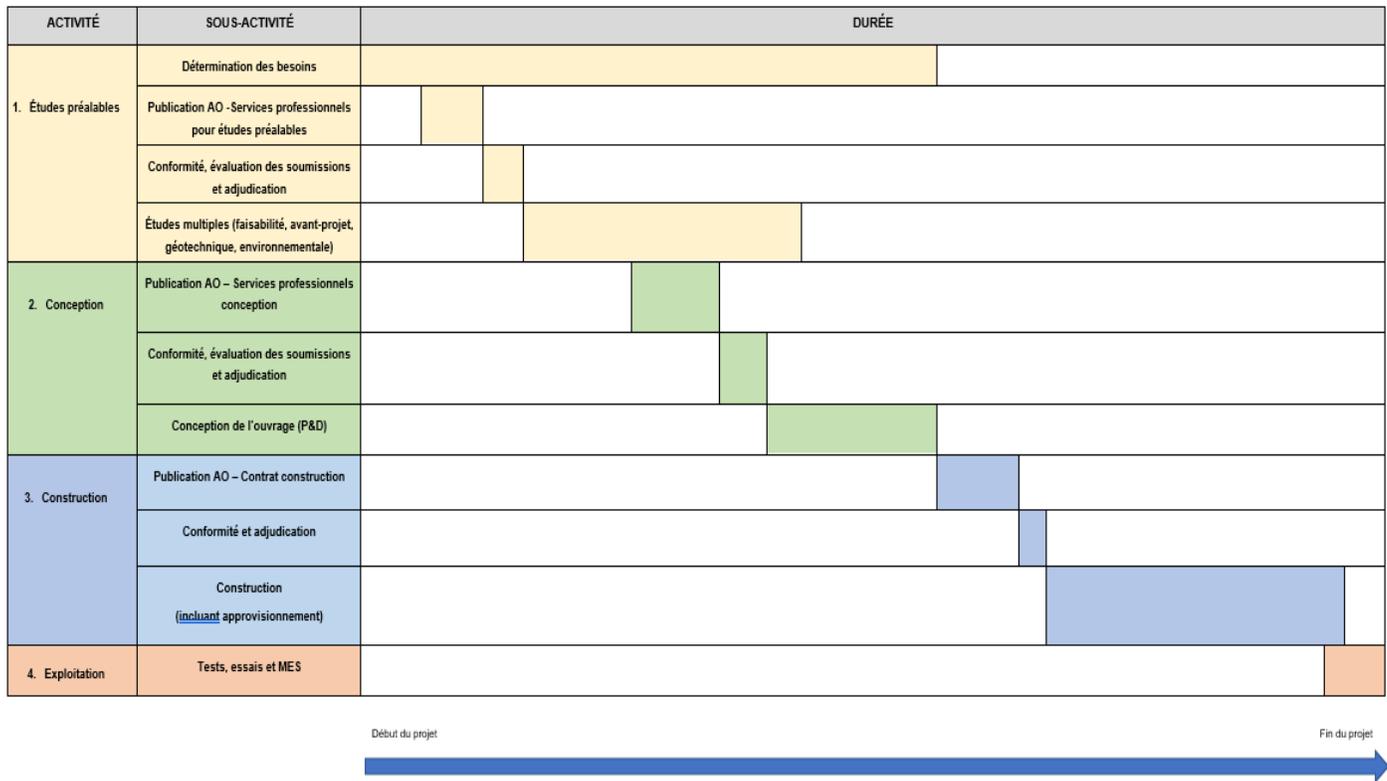


Illustration 1 – Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode traditionnel de réalisation ¹³⁶

Le mode traditionnel sépare ainsi pleinement le rôle de concepteur et de constructeur puisqu'il prévoit l'adjudication et l'administration de deux contrats distincts pour assurer l'exécution de ces activités. Bien qu'ils soient appelés à collaborer, aucun lien contractuel ne lie le concepteur et l'entrepreneur, tel que l'illustre le *Guide des bonnes pratiques* de l'OIQ :

¹³⁶ L'illustration 1 est jointe en annexe au présent mémoire dans format agrandi afin d'en faciliter la lecture.

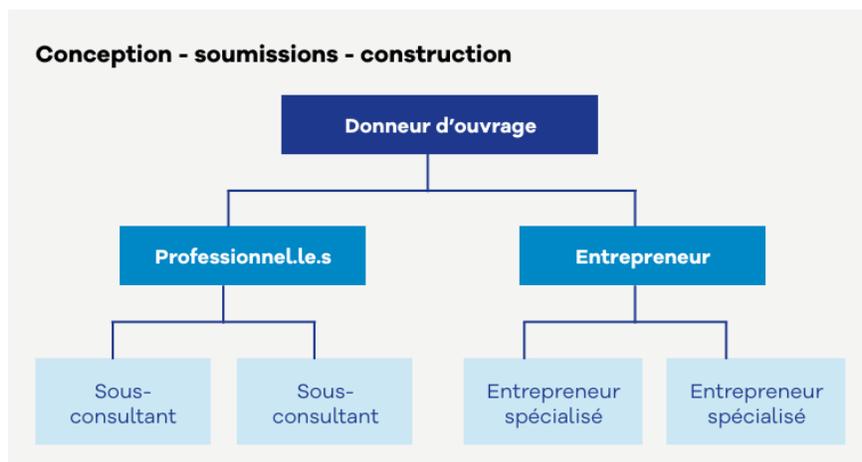


Figure 4 – Structure contractuelle - Mode traditionnel de réalisation (Guide OIQ)¹³⁷

La *Stratégie gouvernementale en infrastructure* publié en février 2024 par le gouvernement du Québec propose la figure suivante afin de présenter la structure d’un projet réalisé en mode traditionnel :

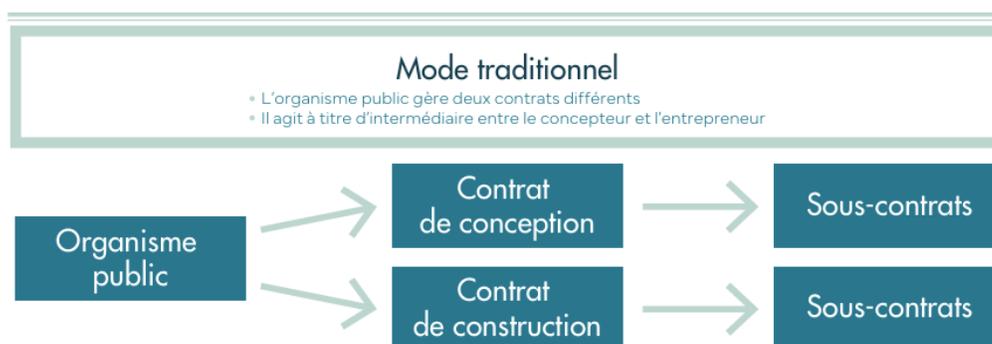


Figure 5 – Structure contractuelle – Mode traditionnel de réalisation selon la *Stratégie gouvernementale en infrastructure (2024)*¹³⁸

Comme présenté à la figure 3, le mode traditionnel prévoit que l’Administration publique confie l’exécution de tous les travaux à un entrepreneur général une fois la conception de l’ouvrage pleinement achevée. L’Administration publique a ainsi l’occasion de peaufiner et de corriger la conception de l’ensemble de l’ouvrage avant de solliciter des soumissions de la part d’entrepreneurs généraux. Le mode traditionnel permet donc à l’Administration

¹³⁷ Figure tirée de COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, page 5.

¹³⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 47, p. 33.

publique d'assurer un contrôle étroit des aspects techniques avant le début des travaux¹³⁹. Lorsque l'Administration publique est appelée à solliciter des offres des entrepreneurs, elle dispose d'un niveau élevé de confiance puisqu'elle connaît avec précision la configuration de l'ouvrage à construire.

Puisque l'Administration publique est appelée à conclure un nombre limité de contrats, les liens contractuels qui lui sont opposables demeurent généralement restreints en raison du principe d'inopposabilité des contrats conclus par des tiers codifiés à l'article 1440 C.c.Q.¹⁴⁰ La responsabilité de gérer, coordonner et superviser les sous-traitants incombe ainsi à l'entrepreneur général qui doit lui-même conclure une multitude de sous-contrats tout en demeurant responsable de la construction de l'ensemble de l'ouvrage vis-à-vis de l'Administration publique¹⁴¹. Ce faisant, même dans le cadre d'un projet d'envergure impliquant de nombreux sous-traitants, l'Administration publique ne devrait pas avoir à coordonner une multitude d'intervenants. L'Administration publique doit néanmoins demeurer attentive aux activités et relations commerciales de ses fournisseurs, étant donné que les travailleurs et sous-traitants appelés à intervenir sur les chantiers de construction peuvent dans certaines circonstances disposer de recours directement contre le donneur d'ouvrage et ses immeubles¹⁴². Elle doit également s'assurer que les

¹³⁹ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 93.

¹⁴⁰ Le contrat conclu entre l'Administration publique et l'entrepreneur général ne doit cependant pas contenir de stipulation en faveur des sous-traitants. Voir notamment la décision *Hydro-Québec c. Isolation Morissette ltée*, 2018 QCCA 740, par. 30 à 53.

¹⁴¹ Voir l'article 2101 C.c.Q. et Andréanne SANSOUCY, « La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 p. 16.

¹⁴² Voir notamment l'article 2726 C.c.Q. qui permet aux sous-traitants, fournisseurs et ouvriers d'exercer un recours hypothécaire contre l'immeuble du donneur d'ouvrage qui n'est pas du domaine public, malgré l'absence de lien contractuel entre ces parties. Nous soulignons toutefois qu'un tel recours a une portée très limitée dans le contexte des projets publics. Voir également le chapitre XI. *Dispositions particulières relatives aux chantiers de construction* de la LSST qui imposent plusieurs obligations au maître d'œuvre d'un chantier. L'Administration publique peut également commettre une faute extracontractuelle à l'égard des sous-traitants en ne respectant pas son contrat conclu avec l'entrepreneur général, voir : *3952851 Canada inc. c. Groupe Montoni (1995) division construction inc.*, 2017 QCCA 620, par. 35 à 46, *Inter-Cité Construction ltée c. Entreprises Alfred Boivin inc.*, 2022 QCCS 4884, par. 76 à 78 et *Banque de Montréal c. Bail Ltée* (1992) 2 RCS 554.

sous-traitants appelés à intervenir dans le cadre du projet respectent les exigences d'intégrité et disposent des autorisations nécessaires à cet égard¹⁴³.

Le mode traditionnel permet également à l'Administration publique de sécuriser un prix ferme pour la réalisation de l'ensemble des travaux, bien que ce prix soit fréquemment sujet à changements en raison des nombreux imprévus pouvant survenir durant le projet. En effet, en procédant d'abord à la conception de l'ouvrage dans son intégralité, l'Administration publique peut ensuite solliciter des offres fixes et détaillées de la part d'entrepreneurs généraux qui incluent tous les coûts de construction prévisibles à la lecture des plans produits. Cette stratégie peut donc faciliter les processus d'approbation des budgets et dépenses et faciliter les démarches en vue d'obtenir certaines subventions offertes par des programmes ou autorités qui demandent la présentation de budgets fixes et de concepts finaux. Il en va de même pour l'obtention de certains permis qui exigent que la conception détaillée de l'ouvrage soit connue avant le début des travaux.

De plus, le mode de réalisation traditionnel permet à l'Administration de suivre sans grande difficulté la procédure d'approbation et de suivi des projets prévue à la *Directive sur les projets majeurs du gouvernement du Québec*¹⁴⁴. En effet, la séparation entre la phase de conception et la phase de construction permet de suivre les étapes du cheminement des projets prévus à l'article 6 de cette directive qui exige la production successive d'une fiche d'avant-projet, d'un dossier d'opportunité et finalement d'un dossier d'affaires. En procédant à la conception de l'ouvrage avant de lancer les travaux, le donneur d'ouvrage s'assure de pouvoir fournir l'ensemble des éléments demandés au dossier d'affaires, lesquels incluent : i) l'analyse des exigences fonctionnelles et techniques de manière à permettre de définir et de formuler clairement l'envergure des besoins fonctionnels et techniques du projet à réaliser¹⁴⁵, et ii) l'échéancier et l'estimation du coût total présentées conformément au découpage proposé.

¹⁴³ Voir notamment les articles 21.1, 21.17 et 21.18 LCOP qui prévoient des exigences concernant l'intégrité des sous-contractants publics. L'article 21.11 LCOP indique que le soumissionnaire doit s'assurer que ses sous-contractants n'est pas inscrit au registre des entreprises non admissibles.

¹⁴⁴ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 99.

¹⁴⁵ Voir les articles 20 à 25 et l'Annexe A de la *Directive sur la gestion des projets majeurs d'infrastructure publique*.

Ensuite, en retenant le mode traditionnel, l'Administration publique s'assure que la stratégie de réalisation sélectionnée soit maîtrisée par la grande majorité des parties prenantes. Chacune d'elles comprend ainsi son rôle et les principaux risques associés à sa participation au projet. Le concepteur doit élaborer des plans et devis en respectant les besoins exprimés par l'Administration publique tout en assurant la conformité réglementaire des installations. Il doit de surcroît s'assurer de la faisabilité de la construction de l'ouvrage tout en offrant son soutien au donneur d'ouvrage durant la phase de construction. L'entrepreneur général doit quant à lui se renseigner adéquatement avant de déposer sa soumission¹⁴⁶ et il doit fournir les matériaux, la main-d'œuvre et les équipements nécessaires à la construction d'un ouvrage conforme aux plans et devis élaborés par le concepteur tout en respectant les échéanciers contractuels. L'entrepreneur est libre du choix des méthodes de construction, sous réserve du respect des normes et contraintes spécifiques à chacun des projets¹⁴⁷. Finalement, l'Administration publique doit respecter son obligation de renseignement et ainsi divulguer l'ensemble des informations pertinentes à ses co-contractants avant le dépôt de leur soumission¹⁴⁸, elle doit collaborer pleinement avec ceux-ci et elle doit rémunérer ses co-contractants selon les termes contractuels applicables. Étant donné cette séparation claire entre les rôles de chaque intervenant (donneur d'ouvrages, concepteur et entrepreneur), le mode traditionnel permet à l'Administration publique d'identifier et de délimiter plus facilement les responsabilités qui incombent aux différentes parties prenantes tout au long du projet¹⁴⁹. Cette délimitation claire peut notamment faciliter l'exercice de droits prévus à des garanties légales ou contractuelles.

Le CCDC propose différents contrats standardisés permettant de mettre en place le mode de réalisation traditionnel : CCDC 2 (contrat à forfait), CCDC 3 (contrat à prix coûtant majoré), CCDC 4 (contrat à prix unitaires). Le CCDC a d'ailleurs élaboré le contrat type à forfait CCDC 2CcQ adapté aux dispositions du C.c.Q.

¹⁴⁶ Voir notamment l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée* (1992) 2 RCS 554, p. 585 à 589.

¹⁴⁷ Voir l'article 2099 C.c.Q.

¹⁴⁸ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 146. p. 585 à 589.

¹⁴⁹ David I. BRISTOW et Jesmond A. PARKE, « An overview of Three Commonly Used Construction Contracts – Stipulated Price Contract, Construction Management, and Design-Build », 2000 (49), *Construction Law Reports*, p. 266.

Puisque le mode traditionnel de réalisation a pour effet de regrouper sous un même contrat l'ensemble des travaux de construction, il est difficile de prévoir un seul et unique mode de rémunération applicable à l'ensemble des travaux. Il est donc fréquent qu'un même contrat de construction prévoie différents modes de rémunération en fonction de la portion des travaux à réaliser. Ainsi, alors que certains items peuvent être rémunérés selon des prix unitaires (mètres, tonnes et autres), d'autres items peuvent plutôt être rémunérés de façon forfaitaire. Les contrats de construction employés par l'Administration publique dans le cadre des projets réalisés en mode traditionnel prévoient aussi généralement des mécanismes qui permettent au donneur d'ouvrage d'imposer facilement des directives de changement en cours de réalisation. Le cumul de différents modes de rémunération et la présence d'une telle clause de modification en cours de travaux permettent à l'Administration publique de contrôler les coûts de construction tout en conservant une certaine marge de manœuvre durant la réalisation des travaux. Les tribunaux québécois ont qualifié de contrat à forfait *relatif* ce type de contrat¹⁵⁰, puisque l'entrepreneur est tenu d'exécuter les travaux décrits aux documents d'appel d'offres moyennant le prix global soumissionné, sauf en cas de changement contractuel apporté par le donneur d'ouvrage¹⁵¹.

En somme, le mode traditionnel de réalisation permet à l'Administration publique d'assurer un contrôle étroit sur la réalisation du projet tant d'un point de vue technique que d'un point de vue économique. Il limite le nombre d'appels d'offres devant être lancé par l'Administration publique tout en facilitant la gestion de ses relations contractuelles. Par sa structure simplifiée, il peut faciliter le respect des règles encadrant la passation des contrats publics.

4.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode traditionnel de réalisation

Le mode traditionnel de réalisation peut d'abord avoir pour effet de retarder le début de la réalisation des travaux au chantier en raison de sa structure séquentielle et linéaire¹⁵². En

¹⁵⁰ Voir notamment *Janin Atlas inc. c. Hydro-Québec* 2019 QCCS 4523, pars. 58 à 80.

¹⁵¹ Guy SARAULT, « Les réclamations de l'entrepreneur en construction en droit québécois », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011., p. 12.

¹⁵² M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 179 ; COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 5 ; J. R., APPELBAUM, préc., note 3 p. 4.

effet, le mode traditionnel implique que les travaux ne pourront débuter sans que la conception de l'ouvrage et la procédure d'appel d'offres visant la conclusion du contrat de travaux de construction soient toutes les deux achevées. Le mode traditionnel implique ainsi une importante période d'improductivité (ou d'attente) entre la conception et la réalisation des travaux. À titre d'exemple, même si les paramètres entourant les travaux d'excavation et d'ingénierie des sols sont connus depuis plusieurs mois, ceux-ci ne pourront débuter avant que la conception détaillée du bâtiment n'ait été achevée. Cet élément est particulièrement désavantageux au Québec en raison des conditions climatiques qui complexifient la réalisation de certains travaux en période hivernale. De plus, le report ou la suspension de l'appel d'offres visant le contrat de construction retardera inévitablement le début de tous les travaux. Afin de minimiser de tels risques, l'Administration publique peut confier à un premier entrepreneur la réalisation des travaux préparatoires tout en conservant la structure du mode traditionnel de réalisation pour le reste des travaux. Un premier entrepreneur pourrait donc procéder à des travaux de démolition, des travaux d'excavation ou encore à des travaux de déplacement d'infrastructure pendant que le concepteur finalise les plans et devis de construction, ce qui pourrait ensuite accélérer la réalisation des travaux.

Ensuite, le mode traditionnel ne permet généralement pas aux entrepreneurs généraux, experts de la réalisation des projets d'infrastructure, de s'impliquer dans la phase de conception de l'ouvrage¹⁵³. Ainsi, il est possible que les plans et devis ne tiennent pas entièrement compte des préoccupations des entrepreneurs ni de leurs idées qui pourraient faciliter la réalisation des travaux. Ce problème a d'ailleurs été identifié comme étant un facteur de risques important pour les entrepreneurs ayant pour effet de diminuer leur intérêt envers les projets publics¹⁵⁴. L'Administration publique dispose néanmoins de certains outils permettant de favoriser l'intervention d'entrepreneurs en amont des travaux dans le cadre d'un projet réalisé en mode traditionnel. D'abord, les organismes municipaux peuvent avoir recours à un mode d'adjudication qui implique des séances individuelles de travail avec les entrepreneurs avant le dépôt de leur soumission. Ce mode d'adjudication

¹⁵³ G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD., préc., note 25, p. 16 ; J. R. APPELBAUM, préc., note 3 p. 5.

¹⁵⁴ N. PLANTE, BROSSEAU, J.-P. et BERNARD, M.-P., préc., note 37, p. 24.

en deux phases, aussi appelé « dialogue compétitif », permet aux entrepreneurs de présenter leurs commentaires et suggestions concernant la modification des plans et devis avant de procéder au dépôt de leur offre finale¹⁵⁵. Les organismes municipaux pourront alors tenir compte des propositions des soumissionnaires avant de publier les documents d'appel d'offres finaux. Ensuite, l'Administration publique peut recueillir les commentaires du marché en publiant un appel d'intérêts adressé à tout potentiel soumissionnaire en amont de l'appel d'offres¹⁵⁶. Ce mécanisme peu connu permettra généralement de baliser le marché, d'annoncer l'arrivée imminente d'un projet et de collecter les commentaires des entrepreneurs, notamment quant aux risques et méthodes de réalisation à favoriser. Puisque la LCV et la LCOP ne prévoient aucun encadrement spécifique applicable au mécanisme d'appel d'intérêts, l'Administration publique peut faire preuve de créativité dans la mesure où elle respecte les règles et principes d'ordre public tels que l'équité et la transparence. L'appel d'intérêts offre toutefois des avantages limités, puisqu'il ne permet généralement pas d'obtenir des commentaires détaillés concernant les plans et devis. Finalement, l'Administration publique peut également avoir recours aux services de consultants ou d'experts appelés à commenter les plans et devis et proposer des améliorations avant le lancement de l'appel d'offres pour construction. Cette solution peut s'avérer particulièrement pertinente pour les donneurs d'ouvrage qui ne bénéficient pas de ressources internes capables de procéder à une révision détaillée des plans produits par le concepteur. L'intervenant appelé à conseiller l'Administration publique devra cependant être inadmissible à l'éventuel appel d'offres pour construction puisqu'il disposera d'un avantage considérable sur tout autre potentiel soumissionnaire¹⁵⁷. Le recours à un consultant additionnel aura aussi pour effet d'ajouter une dépense devant être assumée par l'Administration publique.

¹⁵⁵ Voir les articles 573.1.0.5. LCV et 99.0.1 LSTC. Comme le prévoit l'article 21 LCOP, les organismes publics peuvent également avoir recours au mode de « dialogue compétitif » dans le cadre de l'adjudication d'un contrat de partenariat (et autrefois d'un PPP).

¹⁵⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, « Les étapes d'un appel au marché public », en ligne : « <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/guides-et-outils/marches-publics/les-etapes-dun-appel-au-marche-public> » (consulté le 21 juillet 2024). Voir également l'article 21 du projet de *Loi sur les contrats municipaux* (PL 79).

¹⁵⁷ Voir par exemple l'affaire *Roche ltée, groupe-conseil c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCS 2917.

Le mode traditionnel peut également complexifier ou limiter l'utilisation de composantes préfabriquées dans la réalisation des travaux. En effet, même si les plans et devis peuvent prévoir que l'entrepreneur doit procéder à la fourniture et à l'installation de biens préfabriqués, l'entrepreneur ne pourra passer aucune commande ferme auprès de fabricants avant que le contrat de construction ne lui soit adjugé. Il serait par exemple irréaliste pour un donneur d'ouvrage d'exiger la fourniture de biens préfabriqués dans une courte échéance suivant l'adjudication du contrat¹⁵⁸. Pour favoriser l'utilisation de biens préfabriqués dans le cadre d'un projet réalisé en mode traditionnel, l'Administration publique pourrait cependant prévoir un important délai entre l'adjudication du contrat de construction et la mise en place du chantier. Cette stratégie exige toutefois que la planification du projet soit entamée bien avant les travaux, et que les travaux ne soient pas urgents. L'Administration publique pourrait aussi procéder elle-même à l'acquisition de biens préfabriqués en amont de l'appel d'offres et ensuite confier leur installation à l'entrepreneur. Certains donneurs d'ouvrage ont d'ailleurs recours à cette stratégie afin d'accélérer la construction de pont en recourant à la méthode dite *Accelerated bridge construction*¹⁵⁹. Cette stratégie a toutefois pour effet de faire supporter les risques associés à la fabrication des biens à l'Administration publique en plus de la contraindre à procéder à un appel d'offres additionnel pour la fabrication de ces biens. Également, la découverte d'obstacles imprévus au chantier peut avoir pour effet d'exiger la modification des caractéristiques des éléments préfabriqués et ainsi ralentir leur préfabrication.

Au surplus, même si le mode traditionnel implique généralement que le contrat de construction sera adjugé au plus bas soumissionnaire conforme, cela ne signifie pas pour autant que le prix payé pour la construction de l'ouvrage sera nécessairement avantageux ou représentatif du coût réel de construction. En effet, l'envergure des responsabilités et risques acceptés par l'entrepreneur général dans le cadre d'un mode de réalisation traditionnel peut encourager les soumissionnaires à inclure d'importantes réserves pour risques dans les prix soumissionnés¹⁶⁰. Ces contingences sont ultimement masquées (ou noyées) dans les prix soumissionnés, et sont donc payées aveuglément par l'Administration

¹⁵⁸ S. RANKOHI, M. BOURGAULT, I. IORDANOVA et C. CARBONE, préc., note 57, p. 6, 7 et 10.

¹⁵⁹ I. DELORME, préc., note 63.

¹⁶⁰ J. APPELBAUM, préc., note 3, p. 5.

publique même si les risques anticipés ne se manifestent pas. L'Administration publique peut toutefois éviter que les entrepreneurs ne prévoient de trop grandes réserves pour risques en acceptant de supporter elle-même certains risques pouvant survenir durant le projet. Notamment, l'Administration publique peut mettre en place des mécanismes d'indexation ou d'ajustement des prix qui tiennent compte de l'évolution du prix de l'acier, du carburant ou de l'indice des prix à la consommation. Cette stratégie est d'ailleurs utilisée par la SQI dans plusieurs projets depuis 2021 afin d'équilibrer davantage les risques liés à la volatilité des prix des matériaux.¹⁶¹

Par ailleurs, lorsque le projet implique d'importants travaux souterrains, l'Administration publique peut avoir recours à un rapport de référence géotechnique (*Geotechnical Baseline Report*, « GBR ») afin de partager et répartir en toute transparence les risques géotechniques du projet avec l'entrepreneur. Le GBR permet essentiellement aux parties d'identifier clairement les conditions géotechniques anticipées et de convenir d'un scénario de base commun à partir duquel les soumissionnaires doivent élaborer des méthodes de travail et prix¹⁶². Dans l'éventualité où les conditions géotechniques rencontrées durant le projet s'écartent significativement du scénario de base, l'entrepreneur aura alors droit d'obtenir une compensation pour ses coûts additionnels. Le GBR offre ainsi une certaine garantie à l'entrepreneur et évite à l'Administration publique que des contingences disproportionnées ne soient incluses dans les prix soumissionnés pour tenir compte des risques géotechniques.

Le mode traditionnel est aussi souvent associé au mode d'adjudication au plus bas prix conforme. Or, comme le souligne le rapport de la CEIC, le recours à ce mode d'adjudication peut « inciter les entrepreneurs à mettre en place différents stratagèmes afin de diminuer leurs pertes et d'espérer réaliser un profit, par exemple en réclamant des extras justifiés ou non, en réduisant la qualité des travaux effectués ou en corrompant un

¹⁶¹ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, « Clause d'ajustement du prix des matériaux et équipement – version antérieure », consulté le 16 octobre 2024, en ligne : « <https://www.sqi.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-la-sqi/outils-pour-les-partenaires/clause-dajustement-du-prix-des-materiaux-et-equipements-version-antérieure> ».

¹⁶² Clémentine SALLÉE et Marie-Pier BARABÉ, « La gestion contractuelle des risques géotechniques dans les grands projets d'infrastructures souterraines » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2024), vol 555, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024.

surveillant de chantier »¹⁶³. Au surplus, l’entrepreneur général qui offre de réaliser les travaux pour le prix le plus avantageux n’est pas nécessairement celui qui offre de réaliser chacune des phases des travaux au meilleur prix. En effet, puisque l’évaluation des soumissions est généralement limitée au prix total de la soumission, l’Administration publique pourrait se retrouver à payer des prix non concurrentiels pour certaines portions de l’ouvrage, tel que la simulation ci-dessous l’illustre :

	SOUSSION 1	SOUSSION 2
Item	Prix	Prix
1- Excavation	10 150 000,00 \$	7 000 000,00 \$
2- Travaux civils	20 400 000,00 \$	23 185 000,00 \$
3- Systèmes intérieurs	30 550 000,00 \$	27 555 000,00 \$
4- Travaux électriques	3 750 000,00 \$	3 235 000,00 \$
5- Gestion	1 100 000,00 \$	2 550 000,00 \$
TOTAL	65 950 000,00 \$	63 525 000,00 \$

Figure 6 – Simulation économique - Mode traditionnel de réalisation

Même si la soumission 2 présentée dans cette simulation offre de manière globale des économies de 2 425 000 \$ à l’Administration publique, la soumission 1 propose néanmoins des économies de l’ordre de 2 785 000 \$ pour l’item 2 et de 1 450 000 \$ pour l’item 5¹⁶⁴. Dans un tel scénario, le recours au mode traditionnel et l’adjudication du contrat au plus bas soumissionnaire conforme peuvent priver l’Administration publique d’économies substantielles.

Ensuite, en regroupant dans un même contrat l’ensemble des phases des travaux, le mode traditionnel implique généralement la préparation de documents contractuels volumineux puisqu’ils doivent être suffisamment détaillés pour permettre aux soumissionnaires d’évaluer précisément tous les risques à supporter¹⁶⁵. Les documents d’appel d’offres

¹⁶³ COMMISSION D’ENQUÊTE SUR L’OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L’INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, Rapport final, Québec, Publications du Québec, 2015, Tome 3, p. 27-28 ; Avant l’adoption du PL 62, l’article 13 RCTC compliquait et limitait la possibilité de recourir à un autre mode d’adjudication pour les organismes publics dans le cadre projet réalisé en mode traditionnel.

¹⁶⁴ Ce raisonnement économique est toutefois imparfait puisqu’il ne tient pas compte des stratégies commerciales et des considérations propres à la situation de chaque soumissionnaire.

¹⁶⁵ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 146, p. 585 à 589.

comportent ainsi fréquemment plusieurs milliers de pages et plusieurs centaines de clauses. Or, même lorsque l'Administration publique fait preuve de rigueur lors de l'élaboration de l'appel d'offres et qu'elle tente de prévoir l'ensemble des scénarios et cas de figure envisageables, les documents d'appel d'offres demeureront néanmoins souvent incomplets ou ambigus en raison de la complexité et de l'envergure des activités à réaliser¹⁶⁶. Cette difficulté a ultimement pour effet de favoriser les différends entre l'Administration publique et l'entrepreneur qui se retrouvent à devoir exécuter un contrat incomplet. Lorsqu'un doute subsiste quant à l'interprétation d'une clause ou lorsqu'un imprévu se manifeste durant le projet, chacune des parties sera alors portée à montrer l'autre du doigt afin de ne pas supporter les conséquences financières qui pourraient découler de leur erreur ou des circonstances¹⁶⁷. Ainsi, plutôt que de se concerter à chercher la solution la plus avantageuse pour le projet, les parties auront tendance à se braquer tout en défendant leurs agissements. Les tribunaux sont ainsi fréquemment appelés à déterminer quelle partie prenante à un projet d'infrastructure doit supporter les coûts considérés additionnels par l'entrepreneur ; les plans fournis par le client comportaient-ils des erreurs, ou bien, est-ce plutôt l'entrepreneur général qui a mal évalué les risques inhérents au projet (ou encore qui a mal interprété les responsabilités qui lui incombent)¹⁶⁸? Les litiges ainsi soumis aux tribunaux sont très souvent complexes et exigent que des efforts importants soient déployés par les parties en plus d'engorger les ressources judiciaires. Plusieurs donneurs d'ouvrage ont mis en place des procédures obligatoires de règlement des différends afin de mitiger ces risques. Ces procédures prévoient généralement deux étapes devant être respectées par les parties, i) l'entrepreneur doit rapidement aviser le donneur d'ouvrage des situations susceptibles d'engendrer un différend, et ii) les parties doivent entreprendre des négociations au fur et à mesure que ces événements se manifestent. Ce mécanisme a fait l'objet de nombreux débats devant les tribunaux sans toutefois avoir freiné la prolifération

¹⁶⁶ Voir notamment M.-H. DUFOUR, préc., note 59, p. 82.

¹⁶⁷ COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 93-94.

¹⁶⁸ Voir notamment *Compagnie d'assurances générales Kansa internationale ltée c. Lévis (Ville de)* 2016 QCCA 32 aux pars. 42 et suivants dans lesquels la Cour d'appel du Québec énumère les principes généraux applicables au partage des responsabilités entre l'entrepreneur, le donneur d'ouvrage et le concepteur d'un ouvrage.

des réclamations et litiges opposant l'Administration publique et ses fournisseurs¹⁶⁹. Ce faisant, le gouvernement a déposé, le 3 juillet 2024, le projet de *Règlement sur les paiements et le règlement rapides des différends en matière de travaux de construction*. Ce règlement prévoit notamment l'intervention obligatoire de tiers experts appelés pouvant imposer des décisions intérimaires entre les parties.

Au surplus, même si la structure contractuelle proposée par le mode traditionnel est simplifiée, elle force néanmoins l'Administration publique à agir comme courroie de transmission entre le concepteur et l'entrepreneur. En effet, l'entrepreneur et le concepteur n'étant liés par aucun contrat, il revient généralement à l'Administration publique d'assurer la coordination entre leurs interventions et demandes. Cette dynamique peut alourdir la gestion de projet et ralentir la mise en place de solutions techniques parfois simples. L'Administration publique peut diminuer les effets de cette contrainte en ayant recours à des logiciels permettant à toutes les parties prenantes de communiquer via une interface unique ou encore en établissant un contrat d'interface auquel le concepteur et l'entrepreneur sont partis.

Ensuite, le fait de confier à une seule entreprise le rôle de construire l'ensemble de l'ouvrage peut contraindre l'entrepreneur général à s'adjoindre les services de nombreux entrepreneurs spécialisés devant agir à titre de sous-traitants. L'entrepreneur doit alors obtenir des propositions de nombreuses entreprises et fournisseurs avant de lui-même pouvoir déposer une offre à l'Administration publique. L'entrepreneur devra alors s'assurer de communiquer clairement les obligations qui incombent à chaque sous-traitant afin d'éviter qu'une erreur ou mauvaise compréhension d'un sous-traitant ne lui soit reprochée par l'Administration publique. Certains auteurs avancent d'ailleurs que l'ajout de nombreux sous-traitants à un projet d'infrastructure peut favoriser la naissance de litiges entre les parties prenantes¹⁷⁰. L'honorable Richard Wagner, alors juge à la Cour supérieure

¹⁶⁹ Voir notamment : *Construction Infrabec inc. c. Paul Savard, Entrepreneur électricien inc.* 2012 QCCA 2304 et *Corpex (1977) inc. c. La Reine du chef du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 643, 664-665.

¹⁷⁰ Ian GOSSELIN et Raphaëlle MIGNEAULT, « Démystification de certains modes de prévention et de règlements des différends à privilégier pour éviter la guérilla judiciaire dans le domaine de la construction », dans *Service de la formation permanent, Barreau du Québec*, vol. 495, *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 189.

du Québec, affirmait pour sa part que la multiplication des intervenants et la complexité des liens contractuels contribuent tant au phénomène des dépassements de coûts qu'à la judiciarisation des différends en matière de construction¹⁷¹.

En somme, le mode de réalisation traditionnel peut retarder le lancement des travaux et limiter la concurrence. Le mode traditionnel peut aussi favoriser un climat conflictuel entre l'entrepreneur, le concepteur et l'Administration publique.

4.3. Constats et conclusions concernant le mode traditionnel de réalisation

À la lumière des éléments discutés aux sections 4.1 et 4.2, nous concluons que le mode traditionnel de réalisation peut, d'un point de vue juridique, être le mode de réalisation le plus approprié dans les circonstances suivantes.

D'abord, le mode traditionnel favorisera la protection de l'intérêt public lorsque le donneur d'ouvrage doit composer avec des ressources internes limitées ou peu expérimentées en matière de gestion de projets publics d'infrastructure. La structure contractuelle simplifiée et la réalisation des activités en mode séquentiel peuvent en effet permettre à l'Administration publique de contrôler les activités du projet sans devoir recourir à plusieurs experts en approvisionnement ou en gestion de projet¹⁷². Un donneur d'ouvrage devant composer avec des ressources internes limitées pourrait donc avoir la capacité d'assurer la réalisation d'un projet d'infrastructure de moyenne ou de grande envergure en mode traditionnel.

Le mode traditionnel peut également s'avérer approprié lorsque la mise en service de l'ouvrage ne vise pas à répondre à des besoins urgents ou critiques de la collectivité. En effet, lorsque le contexte du projet permet à l'Administration publique de retarder la mise en service d'un ouvrage sans nuire à la collectivité, l'Administration publique peut profiter de cette plage de temps afin de planifier minutieusement la réalisation des travaux et ainsi tenter de mitiger les risques d'imprévu lors de cette phase.

¹⁷¹ G. SARAULT, préc., note 151, p. 9-10 (préface de l'honorable Richard Wagner).

¹⁷² J. APPELBAUM, préc., note 3, p. 4 ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 188 ; COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 15-16.

Ensuite, le mode traditionnel peut s'avérer approprié lorsque les sources de financement n'offrent qu'une faible marge de manœuvre financière à l'Administration publique pour réaliser un projet. En effet, contrairement aux autres modes de réalisation à l'étude, le mode traditionnel permet de sécuriser un prix ferme¹⁷³ pour la construction de l'ensemble de l'ouvrage avant le début des travaux. Nous reconnaissons cependant que le mode traditionnel n'empêche pas la découverte d'imprévus durant les travaux, lesquels peuvent avoir d'importants impacts sur le coût des travaux. Pour cette même raison, le mode traditionnel peut être plus approprié, voire obligatoire, lorsque l'Administration publique a recours à certains programmes de financement qui exigent la présentation d'une conception détaillée avant l'approbation du budget final¹⁷⁴.

Le mode traditionnel peut également favoriser la protection de l'intérêt public lorsque la réalisation des travaux implique la fermeture temporaire d'une infrastructure publique et la mise en place d'infrastructures alternatives temporaires telles que des voies de contournement. En effet, le fait de réaliser la conception dans son intégralité avant le début des travaux peut faciliter la coordination et la mise en place des infrastructures temporaires. L'Administration publique peut également profiter de la période de conception pour commander certains équipements et matériaux critiques à la mise en place des infrastructures temporaires et ainsi assurer leur disponibilité durant les travaux.

Le mode traditionnel peut aussi s'avérer approprié pour réaliser des projets peu complexes et standards tels que la construction de routes dans des environnements contrôlés. En effet, de tels ouvrages n'exigent généralement pas un niveau élevé de complexité et plusieurs entrepreneurs généraux pourraient donc être qualifiés pour exécuter ceux-ci¹⁷⁵. Dans de telles circonstances, le mode traditionnel pourrait permettre de générer un niveau élevé de concurrence sans que l'Administration publique n'ait à réévaluer la stratégie de réalisation du projet.

Le mode traditionnel de réalisation peut aussi s'avérer approprié lorsque le projet exige l'implication de différents corps de métiers alors que le bassin d'entrepreneurs spécialisé

¹⁷³ J. APPELBAUM, préc., note 3, p. 4-5 ; ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 85.

¹⁷⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 16, p. 118.

¹⁷⁵ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 85.

dans la région est limité. En effet, en confiant la réalisation de l'intégralité de l'ouvrage à un même entrepreneur, l'Administration publique transfère à l'entrepreneur général l'obligation de trouver et mobiliser la main-d'œuvre spécialisée.

Finalement, le mode traditionnel de réalisation peut s'avérer approprié pour assurer la construction d'ouvrages dans le domaine de la sécurité publique ou de la santé puisque l'Administration publique souhaite généralement pouvoir assurer un contrôle étroit¹⁷⁶ lors de la conception de ce type d'ouvrages. Ce pourrait notamment être le cas des projets visant la construction de centres de détention ou la construction de certains centres hospitaliers.

Les observations présentées aux sections 4.1 et 4.2 indiquent également que le mode traditionnel de réalisation peut d'un point de vue juridique s'avérer inapproprié dans les circonstances suivantes.

D'abord, le mode traditionnel peut être inapproprié lorsque la mise en service de l'ouvrage doit avoir lieu dans des délais serrés afin de répondre à des besoins collectifs pressants. En effet, puisque le mode traditionnel prévoit la réalisation des activités de manière linéaire et non simultanée, il peut avoir pour effet d'étendre la période entre la conception et la mise en service de l'ouvrage¹⁷⁷.

Le mode traditionnel de réalisation peut également s'avérer inapproprié lorsque la réalisation des travaux nécessite l'intervention d'une multitude de disciplines spécialisées. En effet, en regroupant dans un même contrat une trop grande variété de champs d'expertise, le bassin d'entreprises possédant les qualifications recherchées pourrait être très limité et avoir pour effet de réduire la concurrence.

Finalement, le mode traditionnel peut s'avérer contractuellement inapproprié lorsque la réalisation des travaux comporte d'importants risques techniques et commerciaux difficiles à quantifier, mais qui doivent néanmoins être transférés à l'entrepreneur¹⁷⁸. Ces risques

¹⁷⁶ *Id.* ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 188. ; G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD., préc., note 25, p. 16.

¹⁷⁷ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 179 ; COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 5. ; J. APPELBAUM, préc., note 3, p. 4.

¹⁷⁸ Voir notamment Peter RAISBECK, Ramsay MILLIE et Andrew MAHER, « Assessing integrated project delivery: a comparative analysis of IPD and alliance contracting procurement routes », 26th Annual ARCOM

peuvent notamment inclure des conditions géologiques inconnues, l'usage de technologies innovantes ou l'achat d'équipements critiques fabriqués dans des juridictions étrangères.

CHAPITRE 5 : LA GÉRANCE POUR SERVICES ET CONSTRUCTION

5.1. La gérance pour services et construction et ses principaux avantages

Le mode de gérance de la construction consiste essentiellement à confier à une entreprise spécialisée la responsabilité de planifier et d'organiser l'exécution d'un projet tout en découpant en plusieurs lots et contrats distincts les travaux de construction¹⁷⁹. Les tâches pouvant être assumées par le gérant sont variées et plusieurs formes de « gérance » ont été élaborées avec le temps. Notre analyse se limite toutefois à la « gérance pour services et construction », laquelle implique généralement que le gérant peut être appelé à réaliser certains travaux de construction tout en assurant la gestion du projet.

Aux fins de notre analyse, nous abordons uniquement le cas de figure selon lequel l'Administration publique assume elle-même la responsabilité de conclure les différents contrats avec les entrepreneurs spécialisés plutôt que de confier cette tâche au gérant (le CCDC-10 et le CCDC-5B proposent pour leur part de confier au gérant la responsabilité de conclure les différents contrats). Nous avons également exclu de nos recherches la possibilité pour l'Administration publique de céder les contrats de travaux au gérant après leur adjudication.

Nous devons d'entrée de jeu souligner que la gérance pour services et construction prévoit le fractionnement d'un même besoin de l'Administration publique en plusieurs contrats. Bien que cette pratique soit encadrée et limitée par les articles 12 LCOP et 573.3.03 LCV, elle peut sous certaines conditions respecter le cadre normatif applicable aux organismes municipaux et aux organismes publics¹⁸⁰.

¹⁷⁹ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 7-8 ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 180-181 ; G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD, préc., note 25, p. 33.

¹⁸⁰ A. LANGLOIS et P.-O. FRADETTE, préc., note 77, p. 80. L'article 12 LCOP prévoit que le fractionnement peut être permis lorsqu'il n'est pas réalisé dans le but d'éluder l'obligation de recourir à la procédure d'appel d'offres public ou de se soustraire à toute autre obligation découlant de la présente loi. L'article 573.3.0.3 LCV prévoit que le fractionnement sera permis s'il est justifié par des motifs de saine administration. L'article 19 du projet de *Loi sur les contrats municipaux* (PL 79) reprend les principes de l'article 573.3.0.3 LCV.

La figure 5 présente sommairement le cycle de vie d'un projet d'infrastructure réalisé selon le mode de gérance pour services et construction :

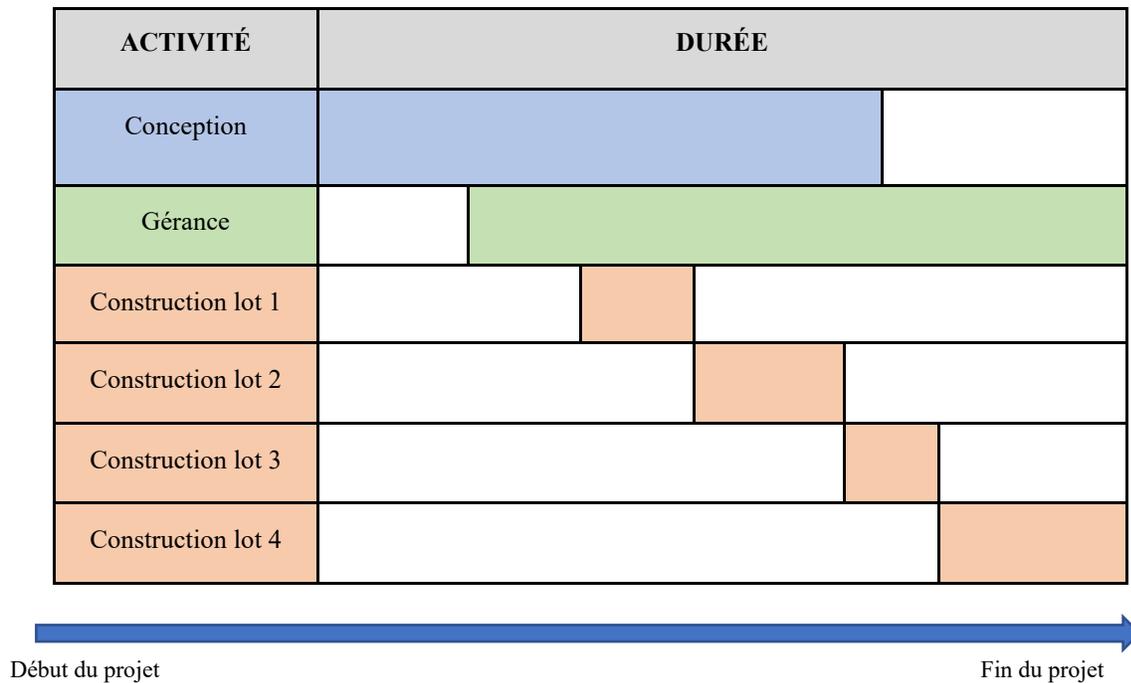


Figure 7 – Principales phases du mode de gérance pour services et construction

Comme illustré ci-haut, l'Administration publique doit progressivement conclure et administrer plusieurs contrats de travaux de construction, et ce, alors que la conception de l'intégralité de l'ouvrage n'est pas achevée.

Le gérant est appelé à intervenir dès le début de la phase de conception de l'ouvrage et il doit collaborer étroitement avec l'Administration publique et le concepteur tout au long du projet. L'illustration 2 présente en détail l'ordonnancement des activités régies par le droit des marchés publics et qui sont prévues par le mode de gérance pour services et

constructions. Elle permet notamment d’illustrer que de nombreuses activités (conception, appel d’offres, travaux) peuvent avoir lieu simultanément :

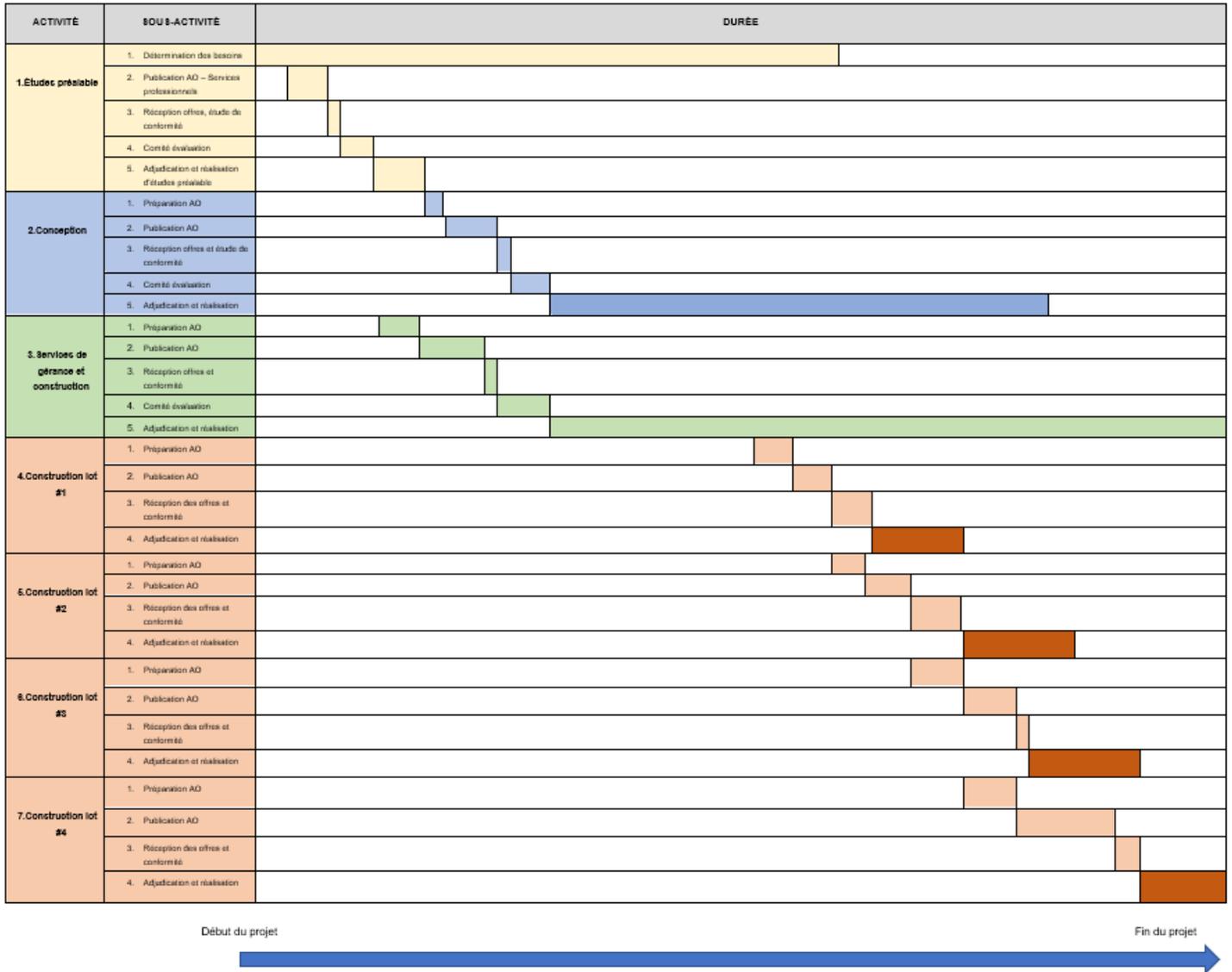


Illustration 2 – Cycle de vie détaillé d’un projet réalisé en mode de gestion pour services et construction¹⁸¹

La figure 7 ci-dessous présente la structure contractuelle associée au mode de gestion pour construction et services. Elle illustre la multiplication des liens contractuels entre l’Administration publique et des entrepreneurs spécialisés :

¹⁸¹ L’illustration 2 est jointe au présent mémoire dans format agrandi afin d’en faciliter la lecture.

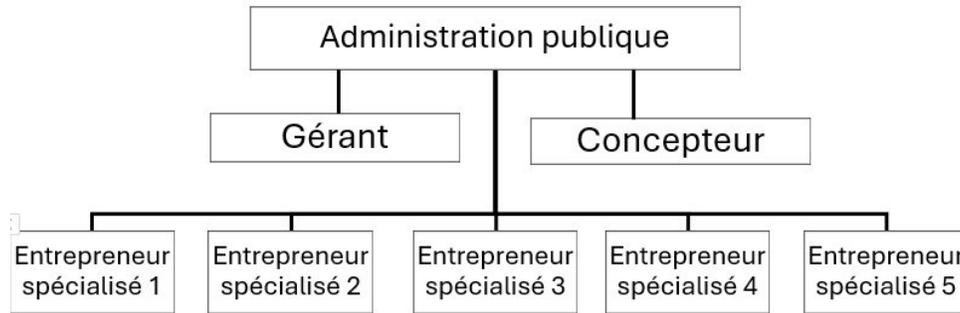


Figure 8 – Structure contractuelle – Mode de gérance pour services et construction

Comme nous l’avons mentionné précédemment, le donneur d’ouvrage pourrait également céder au gérant les différents contrats conclus avec des entrepreneurs spécialisés en ainsi transférer au gérant ses liens contractuels¹⁸².

Le contrat type CCDC 5B offre un modèle de contrat pouvant intervenir entre le donneur d’ouvrage et le gérant afin d’assurer la prestation de services de conseils pendant l’étape de conception et de construction. Le CCDC propose également le contrat type CCDC 17 afin de régir les relations entre le donneur d’ouvrage et ses entrepreneurs spécialisés. Nous notons toutefois que ces documents n’ont fait l’objet d’aucune modification particulière afin d’être adaptés au droit québécois.

En fonction de ses besoins et capacités internes, l’Administration publique peut ajuster le niveau d’implication souhaité du gérant dans le projet en ajoutant ou en retirant des tâches à ses obligations. Cela dit, le gérant sera généralement responsable de commenter, étudier et proposer des améliorations aux plans et devis élaborés par le concepteur à l’aide de son expertise en matière de gestion et d’exécution de travaux. Il lui est aussi fréquemment demandé de conseiller l’Administration publique quant au lotissement des travaux et quant à la planification de l’échéancier du projet. Il doit généralement produire des estimations détaillées des coûts de construction par phase tout en identifiant des opportunités d’économie financière pour l’Administration publique. Il peut également être appelé à accompagner l’Administration publique dans le cadre du balisage du marché. Une fois le début des travaux lancé, il doit assurer la coordination des activités au chantier entre les

¹⁸² Le droit privé et le droit public québécois ne prévoient aucune disposition particulière concernant la cession de contrats de travaux, voir *PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec*, 2020 CSC 43, pars. 109 à 155.

différentes entreprises spécialisées et supporter l'Administration publique dans le cadre de la gestion des différents contrats adjugés. Il peut aussi être demandé au gérant d'assumer contractuellement les responsabilités de maître d'œuvre au sens de la LSST. Finalement, le gérant peut être responsable d'exécuter certains travaux mineurs qui ne sont pas confiés à des entrepreneurs spécialisés, et ce, à condition de détenir les licences requises¹⁸³.

Le contrat conclu entre l'Administration publique et le gérant est généralement qualifié comme étant un contrat mixte de construction et de services¹⁸⁴. Ce contrat peut prévoir une rémunération de nature horaire, forfaitaire, mixte ou même à pourcentage lorsque le cadre légal l'autorise¹⁸⁵.

La gérance pour services et construction offre plusieurs avantages considérables à l'Administration publique.

D'abord, en permettant aux phases de conception et de construction de se chevaucher plutôt que de se succéder, la gérance pour services et construction offre la possibilité de devancer le lancement des travaux. L'Administration publique peut ainsi lancer le début des travaux au chantier sans devoir attendre l'achèvement de la conception de l'ouvrage. L'échéancier des travaux peut s'en retrouver grandement accéléré et permettre la mise en service d'un ouvrage dans des délais normalement inatteignables lorsqu'un projet est réalisé en mode traditionnel. Plusieurs qualifient ainsi ce mode de réalisation comme étant un mode *accéléré*¹⁸⁶ de réalisation. L'honorable Yves Poirier s'exprimait ainsi à ce sujet dans la décision *Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont* :

[21] Il y a plusieurs avantages à une réalisation par lots. Tout d'abord, le délai entre la prise de décision visant l'exécution des travaux et la réalisation complète est écourté. En effet, dès que les professionnels soumettent les documents techniques permettant la réalisation du lot 1, on procède à l'appel d'offres afin de les réaliser. Pendant l'exécution des travaux du lot 1, les professionnels

¹⁸³ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Contrat de gérance de construction pour services et construction, CCDC 5B-2010 », Annexe A1.

¹⁸⁴ BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL DE LA VILLE DE MONTRÉAL, « Recommandations à la Société de transport de Montréal portant sur la gestion contractuelle du projet de construction du centre de transport Bellechasse », Montréal, février 2022, en ligne : « <https://www.bigmtl.ca/wp-content/uploads/2022/02/big-rapport-public-fevrier-2022-centre-de-transport-bellechasse-original-signé.pdf> », p. 4.

¹⁸⁵ D. I. BRISTOW et J. A. PARKE, préc., note 149, p. 276.

¹⁸⁶ Cette expression est une traduction de l'expression anglaise *Fast-track*.

*élaborent les documents techniques pour la réalisation du lot 2. Dès qu'ils sont complétés, on procède à l'appel d'offres du lot 2. Lorsque les travaux du lot 1 sont terminés, l'entrepreneur retenu pour le lot 2 débute l'exécution et ainsi de suite. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que les professionnels aient entièrement élaboré les plans et devis de l'ensemble du projet avant de débiter les travaux à pied d'œuvre. D'autre part, les entrepreneurs qui réalisent les lots sont, règle générale, plus aguerris à réaliser les travaux confiés dans leur lot. Par exemple, l'excavation de masse est confiée à une société spécialisée dans ce domaine. Cette spécialisation des entrepreneurs permet d'assurer au propriétaire une compétitivité plus élevée entre les soumissionnaires et ainsi le propriétaire espère obtenir un prix moins élevé pour l'exécution du lot.*¹⁸⁷

Tel qu'abordé à la fin de ce passage, le mode de gérance pour services et construction peut aussi permettre de diminuer les coûts de construction de l'ouvrage. D'abord, en recourant à plusieurs appels d'offres tout au long du projet, l'Administration publique peut bénéficier des offres les plus avantageuses pour chacune des phases du projet. De plus, en contractant directement auprès de fournisseurs spécialisés, l'Administration publique évite de devoir déboursier la marge de profits généralement incluse au prix du contrat de l'entrepreneur général qui recourt à des sous-traitants¹⁸⁸. Il est toutefois important de préciser que le recours aux services d'un gérant implique l'ajout de poste de dépenses assumé par l'Administration publique. Les économies obtenues peuvent donc s'avérer minimes en considérant les coûts additionnels de gestion déboursés pour avoir recours aux services du gérant.

Le mode de gérance pour services et construction peut également faciliter l'intégration de composantes et matériaux préfabriqués dans le cadre de la construction de l'ouvrage puisqu'il permet de lancer rapidement des appels d'offres pour la fourniture de biens, et ce, avant l'achèvement de la conception de l'ouvrage¹⁸⁹. La préfabrication des biens et composantes pourra ainsi débiter plus rapidement dans le cycle de vie du projet.

Ensuite, la gérance pour services et construction permet à l'Administration publique d'obtenir le soutien d'un expert appelé à améliorer les plans et devis élaborés par le concepteur. L'intervention du gérant peut ainsi diminuer les risques d'erreur et d'oubli de

¹⁸⁷ *Buesco Construction inc. c. Hopital Maisonneuve-Rosemont*, 2013 QCCS 3832, par. 21. Cette décision a en partie été infirmée par la Cour d'appel du Québec pour des motifs étrangers à l'analyse citée au par. 21.

¹⁸⁸ *Buesco Construction inc. c. Hopital Maisonneuve-Rosemont*, 2013 QCCS 3832, par. 21.

¹⁸⁹ S. RANKOHI, M. BOURGAULT, I. IORDANOVA et C. CARBONE, préc., note 57, p. 2.

la part de l'Administration publique et du concepteur. L'intervention du gérant durant la conception permet aussi de tenir compte de la perspective des entrepreneurs dans la planification du projet.

Au surplus, la gérance pour services et construction permet à l'Administration publique d'ajuster les plans et devis de l'ouvrage au fur et à mesure que les imprévus se manifestent au chantier. À titre d'exemple, la découverte d'obstacles souterrains lors de l'excavation d'un site n'obligera pas l'Administration publique à émettre des directives de changements en cours de contrat pour l'ensemble des disciplines impactées ; les contrats en question n'ayant pas encore été conclus¹⁹⁰, l'Administration publique pourra ajuster les documents contractuels avant de publier les futurs appels d'offres. Pour les mêmes raisons, en procédant à des appels d'offres successifs, l'Administration publique a la possibilité de contrôler le contenu des plans et devis tout au long du projet tout en y intégrant les plus récentes technologies malgré le début de certains travaux.

Finalement, la gérance pour services et construction permet d'ouvrir la concurrence à des entreprises de moyennes et petites envergures qui n'auraient normalement pas eu la capacité de contracter directement avec l'Administration publique¹⁹¹. En effet, plusieurs entreprises doivent généralement participer à des projets publics à titre de sous-traitants en raison de leurs spécialisations ou de leurs capacités limitées à accepter des contrats d'envergure. Ainsi et contrairement au mode traditionnel, la gérance pour services et construction permet d'éviter que l'accès aux contrats publics ne soit restreint à un nombre limité de grandes entreprises. Par le fait même, la gérance pour services et construction peut aider à diminuer les risques de collusion en ouvrant plus largement la concurrence et l'accès aux contrats publics¹⁹².

En somme, la gérance pour services et construction peut offrir d'importants bénéfices à l'Administration publique. Elle peut notamment accélérer la mise en chantier et la

¹⁹⁰ S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9, p. 110-111 ; M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 180.

¹⁹¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 16, p. 136.

¹⁹² R. C. MARSHALL et L. M. MARX, préc., note 124, p. 3.

livraison du projet tout en diminuant les coûts. Elle permet également d'obtenir les conseils d'un expert afin d'améliorer les plans et devis et planifier les travaux.

5.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode de gérance pour services et construction

En débutant les travaux au chantier alors que la conception de l'ouvrage n'est pas encore achevée, l'Administration publique s'expose d'abord à des risques financiers puisqu'elle ne dispose d'aucune garantie quant aux résultats de ses futurs appels d'offres¹⁹³. L'Administration publique pourrait donc être contrainte de réviser à la hausse son budget lors de l'ouverture des soumissions des différentes phases du projet. Ce risque pourra se manifester pour chacun des appels d'offres lancés par l'Administration publique, et ce, jusqu'à la toute fin du projet. Pour les mêmes raisons, l'Administration publique ne peut connaître le prix réel du projet avant que le résultat du dernier appel d'offres ne soit connu. L'Administration publique doit donc disposer des réserves financières suffisantes, à défaut de quoi la réalisation du projet pourrait être compromise pour des motifs financiers alors que des travaux ont déjà été réalisés au chantier¹⁹⁴.

Ensuite, le recours à la gérance pour services et construction implique la préparation et la publication de nombreux appels d'offres dans de courts laps de temps. L'Administration publique doit donc disposer de plusieurs ressources aguerries afin de ne pas ralentir le projet en raison du retard dans la préparation de certains appels d'offres. De plus, la procédure d'appel d'offres public est un exercice qui comporte de nombreux risques pour l'Administration publique¹⁹⁵ et qui exige notamment le respect de délais minimaux. En multipliant la publication d'appels d'offres, l'Administration publique multiplie ainsi les risques auxquels elle s'expose à ce chapitre. À cet égard, puisqu'il n'est aucunement garanti qu'au moins une soumission conforme sera bel et bien déposée en réponse à chacun des appels d'offres de l'Administration publique lancés durant le projet, l'un des principaux

¹⁹³ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 85-86.

¹⁹⁴ Voir notamment le cas du garage Bellechasse construit par la Société de transport de Montréal : Henri OUELLETTE-VÉZINA, « L'opposition appréhende une nouvelle hausse des coûts », La Presse, 24 novembre 2023, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/2023-11-24/garage-bellechasse-de-la-stm/l-opposition-apprehende-une-nouvelle-hausse-des-couts.php> ».

¹⁹⁵ Voir notamment, Pierre GIROUX et Nicholas JOBIDON, « Les appels d'offres : une entreprise risquée ? Survol des risques : la perspective de l'organisme public », La Malbaie, 2010. (Texte présenté lors du Congrès annuel du Barreau du Québec, tenu à La Malbaie du 3 au 5 juin 2010), pages 34-35.

risques devant être anticipés par l'Administration est l'annulation d'appel d'offres causée par l'absence de réponse du marché. L'Administration publique peut donc rapidement se retrouver en position de vulnérabilité si des travaux situés sur le cheminement critique du projet ne peuvent débiter. Ce risque s'avère particulièrement concret lorsque le contrat prévoit une mobilisation rapide de l'entrepreneur alors que le marché souffre d'une importante pénurie de main-d'œuvre. Dans l'éventualité où aucune soumission conforme ne devait être déposée en réponse à un appel d'offres, un organisme pourrait recourir au nouveau mécanisme prévu au PL 62 qui autorise la conclusion d'un contrat de gré à gré dont la dépense est supérieure au seuil d'appel d'offres lorsqu'aucune soumission conforme n'a été déposée en réponse à un appel d'offres. Pour l'instant, les organismes municipaux ne disposent pas d'un tel mécanisme et le PL 79 ne prévoit pas leur accorder cette possibilité. Malgré le nouveau mécanisme prévu au PL 62, il demeure que l'Administration publique peut se retrouver prise en otage lorsqu'un appel d'offres s'avère infructueux alors que des travaux critiques doivent être réalisés. L'illustration 2 et l'analyse de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc*¹⁹⁶ permettent d'exposer l'omniprésence de ce risque tout au long du projet.

Pour mitiger ce risque, l'Administration publique peut d'abord confier au gérant le rôle d'assurer sur demande la réalisation de certains travaux, à condition toutefois que i) cette responsabilité soit déjà prévue à son contrat, ii) le gérant dispose des licences nécessaires, et iii) qu'il ait préalablement eu l'opportunité de proposer des prix pour de tels travaux au moment du dépôt de sa propre soumission. L'Administration publique peut par exemple demander aux soumissionnaires appelés à agir comme gérant de proposer différents prix unitaires, horaires ou forfaitaires afin d'accomplir sur demande certains travaux. Cette solution s'avère toutefois difficile à mettre en place puisqu'il est impossible de viser toutes les catégories de travaux pouvant être confiés au gérant dès le début du projet. Le BIG a été appelé à se prononcer sur cet enjeu dans le cadre du projet concernant la construction du nouveau centre de transport Bellechasse par la Société de transports de Montréal. Dans son rapport, le BIG conclut notamment que le contrat formé entre le gérant et le donneur

¹⁹⁶ *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc*, 2016 QCCA 739.

d'ouvrage ne doit pas servir à contourner la procédure d'appel d'offres obligatoire¹⁹⁷. Le rapport du BIG explique que la STM a eu recours aux services de son gérant afin d'accomplir certains travaux en régie contrôlée¹⁹⁸ dont la valeur était supérieure au seuil d'appel d'offres obligatoire, ce qui contrevenait en l'espèce au cadre législatif applicable. Les propos du BIG dans cette affaire révèlent notamment la difficulté pour l'Administration publique de se conformer au cadre législatif imposé par le droit des marchés publics québécois tout en assurant la progression d'un projet complexe réalisé en gérance pour services et construction. Afin de mitiger les risques associés à l'annulation d'appels d'offres, l'Administration publique peut également recourir aux services d'entrepreneurs via des contrats de travaux sur demande conclus en amont du projet. Ces entrepreneurs pourraient ainsi être appelés en renfort afin de combler le vide laissé par l'appel d'offres qui s'est avéré infructueux. Cette dernière solution exige toutefois un niveau élevé de planification et pourrait malgré tout être inadéquate en raison de l'écart entre les besoins exprimés dans le contrat de travaux sur demande et les besoins réels à combler dans le cadre du projet¹⁹⁹.

Ensuite, la conclusion de nombreux contrats entraîne inévitablement la multiplication des efforts de coordination devant être déployés par l'Administration publique. Si elle ne cède pas ses contrats au gérant, l'Administration publique est ainsi appelée à agir à titre de courroie de transmission entre les entrepreneurs, le gérant et le concepteur. L'auteur Guy Sarault souligne plus particulièrement à cet égard que ce mode de réalisation augmente le niveau de responsabilité et d'implication du donneur d'ouvrage²⁰⁰. L'Administration publique peut ainsi devenir imputable des manquements et dommages occasionnés par le manque de coordination entre les différents entrepreneurs spécialisés.

¹⁹⁷ BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL DE LA VILLE DE MONTRÉAL, préc., note 184, p. 10.

¹⁹⁸ La rémunération de travaux en régie contrôlée consiste généralement à payer l'entrepreneur pour les coûts réels encourus en fonction de taux horaires et prix unitaires préétablis. Une majoration calculée en pourcentage (%) peut ensuite être ajoutée aux coûts réels pour couvrir les frais indirects et profits de l'entrepreneur. Voir notamment ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 93.

¹⁹⁹ L'article 17 LCOP et l'article 573.3.0.4 LCV (et 94 du PL 79) imposent des limites incertaines à la portée des modifications qui peuvent être apportées aux contrats conclus par appel d'offres, voir notamment Marie-Hélène JUNEAU-VOYER, Jean-Philippe MAURICE et Sahra CHEBLI, « Modification accessoire au contrat municipal : où en sommes-nous depuis l'entrée en vigueur de l'article 573.3.0.4 de la Loi sur les cités et villes ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2022), vol 514, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2022, 49.

²⁰⁰ G. SARAULT, préc., note 200, p. 221.

L'Administration publique doit donc pouvoir compter sur un nombre suffisant de ressources spécialisées afin d'assurer la gestion de multiples contrats simultanément.

Les règles de gouvernance de l'Administration publique peuvent également complexifier la mise en place du mode de gérance pour services et construction. En effet, ces règles exigent fréquemment que les dépenses supérieures à différents seuils soient approuvées par des comités ou instances préalablement à l'adjudication des contrats²⁰¹. Cette exigence peut avoir pour effet de ralentir la conclusion des contrats et ainsi causer des délais additionnels. Or, la gérance pour services et construction exige que l'Administration publique soit agile et qu'elle puisse procéder rapidement à l'adjudication des différents contrats. Le juge Yves Poirier s'exprimait ainsi à ce sujet :

*[22] Ce mode de réalisation nécessite cependant une parfaite coordination entre la préparation des documents techniques et la réalisation. Le retard de l'un des intervenants se répercute sur l'ensemble et peut entraîner des réclamations par les entreprises qui se sont vues confier la suite de travaux.*²⁰²

Pour mitiger ces risques, l'Administration publique peut notamment préapprouver au sein de ses instances certains budgets afin de ne pas ralentir inutilement l'avancement du projet pour des motifs administratifs.

Par ailleurs, le défaut d'un entrepreneur responsable d'exécuter des travaux sur le cheminement critique peut causer des impacts sur l'ensemble des lots subséquents et compromettre l'échéancier du projet. La Cour d'appel du Québec a abordé ce risque dans la décision *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc.*, 2016 QCCA 739. Dans cette affaire, le donneur d'ouvrage s'est retrouvé dans une situation problématique et critique lorsque l'entrepreneur responsable d'exécuter les travaux de structure d'un bâtiment a commis d'importants manquements et défauts en cours de projet²⁰³ :

[21] Le projet devait évoluer selon trois stades (lots) distincts dont chacun obéissait à son propre échéancier :

- *lot 1 : Excavation de masse et travaux de fonçage de pieux;*
- *lot 2 : Érection de la structure du bâtiment;*

²⁰¹ Nous soulignons à cet égard que les conseils municipaux doivent adopter des résolutions afin d'adjudger les contrats de construction dont la dépense est supérieure aux seuils de délégation de pouvoir interne en vigueur.

²⁰² *Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, 2013 QCCS 3832, par. 22.

²⁰³ *Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc.*²⁰³, 2016 QCCA 739.

- *lot 3 : Construction de l'enveloppe du bâtiment et ses composantes internes.*

[22] Buesco est l'entrepreneur général qui a emporté l'appel d'offres lancé par HMR pour l'érection de la structure (lot 2) (...)

[23] Le 4 février 2003, HMR décidait de résilier l'entente la liant à Buesco en raison de plusieurs manquements graves (résiliation-sanction) liés à l'exécution des travaux. (...)

[44] De l'avis des professionnels, le projet se dirigeait tout droit vers un échec susceptible d'entraîner la perte de tous les travaux jusqu'alors réalisés (lots 1 et 2). Le défaut par Buesco de respecter ses obligations obligeait désormais HMR à entrevoir une option capable de sauver les structures déjà en place. J'y reviendrai. (...)

[74] Pour la suite des choses, il faut savoir que le lot 2 sera remanié pour devenir le lot 2-R et que l'entrepreneur Décarel, choisi le 24 février 2003 pour remplacer Buesco, terminera les travaux d'érection de la structure le 13 mai 2003.

Cette décision permet notamment d'illustrer une partie des risques auxquels s'expose l'Administration publique en cas de défaut de l'un des entrepreneurs devant réaliser une partie critique de l'ouvrage.

La gérance pour services et construction a aussi pour effet d'ajouter un défi additionnel pour le concepteur puisqu'il doit élaborer des plans et devis spécifiques pour chaque lot tout en s'assurant qu'aucune tâche n'est laissée de côté. Autrement dit, alors que les plans et devis élaborés dans le cadre de projet réalisé en mode traditionnel indiquent généralement que l'entrepreneur est responsable d'exécuter l'ensemble des travaux, les documents d'appel d'offres élaborés dans le cadre d'un projet réalisé en gérance pour services et construction devront être très précis quant à la répartition des responsabilités. Les documents contractuels devront indiquer clairement les limites des responsabilités de chaque partie, à défaut de quoi des travaux pourraient être oubliés ou encore être doublement payés par l'Administration publique. Dans l'éventualité où les documents d'appel d'offres des différents lots sont imprécis ou ambigus, des entrepreneurs spécialisés appelés à travailler sur des composantes connexes pourraient avoir considéré que certaines responsabilités incombent aux autres entrepreneurs. Pour ces mêmes raisons, la structure contractuelle proposée par la gérance pour services et construction peut aussi complexifier l'exercice de recours à l'encontre des parties prenantes au projet par l'Administration publique.

Considérant la nature de certaines tâches et responsabilités confiées au gérant, le contrat intervenu entre l'Administration publique et ce dernier pourrait être qualifié de mandat au sens des articles 2130 et suivants du C.c.Q. si l'Administration publique autorise son fournisseur à le représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique auprès de tiers²⁰⁴. L'Administration publique doit tenir compte de cette particularité puisque le régime juridique applicable aux contrats de mandat diffère du régime juridique applicable aux contrats de services à de nombreux égards. Notamment, en présence d'un contrat de mandat, les gestes commis par le gérant auprès de tiers pourraient être opposables à l'Administration publique. Ces tiers, par exemple des entrepreneurs spécialisés, pourraient alors demander à l'Administration publique de répondre des actes du gérant²⁰⁵. L'Administration publique qui souhaite éviter un tel scénario doit donc s'abstenir de confier au gérant le rôle d'assurer sa représentation auprès d'autrui. Le cas échéant, l'Administration publique qui souhaite utiliser le contrat type CCDC 5B pourrait devoir apporter des modifications à la section 3.7 de ce document afin de diminuer les risques à cet effet.

Comme nous l'avons vu précédemment, la gérance pour services et construction exige généralement que l'Administration publique joue un rôle actif dans la coordination des travaux. Or, l'Administration publique doit en contrepartie s'assurer de ne pas outrepasser ses compétences en commettant des actes qui sont réservés aux entrepreneurs en construction ou au constructeur-propriétaire conformément à la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1. Si elle devait commettre de tels actes sans détenir les licences requises, l'Administration publique pourrait s'exposer à des sanctions pécuniaires, administratives ou pénales²⁰⁶. L'Administration publique devra également s'assurer que le gérant dispose des licences appropriées pour exécuter les tâches qui lui incombent, sans quoi elle pourrait être tenue solidairement de certaines obligations du gérant²⁰⁷.

²⁰⁴ Mélanie DESJARDINS et François BÉLANGER, « La gérance de construction et l'évolution récente de la responsabilité des intervenants », dans *Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Développements récents en droit de la construction*, vol. n° 495, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 52 à 55.

²⁰⁵ *Id.*, p. 63.

²⁰⁶ Voir notamment le chapitre IX. *Dispositions pénales* de la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1.

²⁰⁷ Article 54 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*, RLRQ., c. R-20 ; Voir J. PERREAULT, préc., note 69, p. 121.

En optant pour la gérance pour services et construction, l'Administration publique peut aussi se heurter à certaines difficultés dans le cadre de ses demandes de financement des travaux et de ses demandes de permis auprès des autorités compétentes. En effet, certaines autorités exigent que les plans et devis finaux soient produits afin d'obtenir le financement du projet ou encore qu'un budget fixe accompagné d'une soumission valide soit présenté²⁰⁸. Puisque la stratégie de réalisation proposée par la gérance pour service et construction vise justement à débiter les travaux avant de telles étapes, cette contrainte peut être un bloquant majeur lors de l'évaluation des différents modes de réalisation à utiliser pour des projets spécifiques. En effet, le retard dans l'obtention du financement ou dans la délivrance de certains permis pourrait mener au report des travaux.

Finalement, la gérance pour services et construction peut augmenter les risques encourus par l'Administration publique au niveau du maintien de la sécurité au chantier. En effet, même si l'Administration publique confie contractuellement au gérant les obligations qui incombent au maître d'œuvre au sens de la LSST, l'Administration publique pourrait néanmoins être désignée comme maître d'œuvre du chantier par la CNESST, notamment puisqu'aucun lien contractuel n'est formé entre le gérant et les entrepreneurs spécialisés²⁰⁹. Le cas échéant, l'Administration publique peut être exposée à d'importants risques et sanctions, notamment en cas de blessure ou de décès au chantier. Ainsi, si l'Administration publique souhaite minimiser de tels risques, elle devra notamment i) s'assurer que les différents contrats mis en place indiquent que les intervenants au chantier acceptent et reconnaissent l'autorité du gérant à titre de maître d'œuvre, et ii) que le gérant assure le contrôle de tous les travaux sur le chantier.

²⁰⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Plan d'action pour le secteur de la construction, Troisième partie – L'État de situation prévalant en février 2020 », mars 2021, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/infrastructures_publics/Plan_d_action_construction.pdf », p. 118.

²⁰⁹ Article 196 de la LSST ; Voir notamment *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Hydro-Québec*, 2011 QCCA 1314, par. 16.

5.3. Constats et conclusions concernant le mode de gérance pour services et construction

Les observations présentées aux sections 5.1 et 5.2 indiquent que le mode de gérance pour services et construction peut être le mode de réalisation le plus approprié d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

D'abord, le succès de ce mode de réalisation repose en bonne partie sur les capacités et les compétences des ressources mobilisées au sein de l'Administration publique. Pour qu'il soit approprié, le mode de gérance pour services et construction doit donc être mis en place par un donneur d'ouvrage qui dispose de plusieurs ressources expérimentées dans des fonctions variées (approvisionnement, gestion de projet, services juridiques). L'Administration publique doit également avoir la capacité d'ajuster rapidement sa planification en cours de projet. Pour ces raisons, l'Administration publique devrait s'assurer de communiquer aux parties prenantes internes les risques associés à ce mode de réalisation avant le lancement des appels d'offres. L'Administration publique pourrait aussi solliciter ses instances en amont des travaux afin d'assurer que des décisions puissent être prises rapidement durant le projet. La mobilisation des ressources et instances internes pourrait notamment contribuer à diminuer les impacts en cas d'imprévu durant les travaux.

Puisqu'il permet d'accélérer certaines activités, la gérance pour services et construction peut également être appropriée pour assurer la construction d'ouvrages qui doivent être mis en service pour répondre à des besoins urgents de la collectivité. En effet, lorsque la mise en service rapide de l'ouvrage représente la principale priorité du projet, le mode de gérance pour services et construction peut être le mode le plus approprié²¹⁰.

Ce mode de réalisation peut également être approprié pour construire des infrastructures d'envergure, mais qui présentent un faible niveau de complexité technique. Plus particulièrement, ce mode peut être approprié lorsqu'il est facile de scinder l'ouvrage en plusieurs lots sans pour autant compromettre la compatibilité des différentes composantes

²¹⁰ S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9, p. 111.

les uns avec les autres. À titre d'exemple, ce mode pourrait se prêter facilement à la construction de hangars ou de garages municipaux²¹¹.

Au surplus, le mode de gérance pour services et construction peut s'avérer approprié lorsque l'Administration publique a déjà construit le type d'infrastructure visé à plusieurs reprises et qu'elle peut déjà identifier les principaux défis lors de la construction. Dans cette circonstance, l'Administration publique pourra plus facilement procéder au découpage des lots et à la gestion des imprévus. À titre d'exemple, en construisant de nombreuses écoles, l'Administration publique peut disposer de plusieurs données lui permettant d'anticiper les difficultés lors de la construction de ce type d'ouvrage en gérance pour services et construction.

Les constats et observations présentés aux sections 5.1 et 5.2 nous permettent également de proposer que le mode de gérance pour services et construction peut s'avérer inapproprié d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

D'abord, le mode de gérance pour services et construction peut s'avérer inapproprié pour les donneurs d'ouvrage qui sont soumis à des règles de gouvernance strictes pouvant ralentir l'approbation de leurs dépenses. En ce sens, puisque les organismes municipaux doivent généralement soumettre leurs dépenses à différentes instances avant de pouvoir conclure des contrats d'envergure, ce mode de réalisation pourrait s'avérer inopportun pour ceux-ci si aucune mesure n'est prise pour accélérer les approbations budgétaires internes.

Un projet visant la construction d'un ouvrage complexe et dont les composantes sont uniques peut également ne pas être approprié pour la mise en place du mode de gérance pour services et construction. En effet, puisque l'Administration publique ne dispose pas de données probantes ou d'expériences pertinentes préalablement au lancement du projet, il pourrait être difficile de prévoir un lotissement (ou découpage) approprié des travaux. Il pourrait donc être moins approprié de recourir à ce mode de réalisation pour assurer la construction de laboratoires spécialisés ou de réseaux de transport complexes et innovants.

²¹¹ *Id.*

La gérance pour services et construction peut finalement s'avérer inappropriée pour mener à terme un projet qui nécessite la fermeture d'infrastructures publiques critiques pendant le chantier de construction. En effet, les risques associés à l'annulation des appels d'offres en cours de projet peuvent mener au report de certains travaux et ainsi prolonger indéfiniment la durée de la fermeture des infrastructures. Le cas échéant, l'Administration publique pourrait devoir trouver des façons d'offrir certains services critiques à la population dans un contexte d'urgence.

CHAPITRE 6 : LE MODE DE CONCEPTION-CONSTRUCTION

6.1. Le mode de conception-construction et ses principaux avantages

Le mode de conception-construction propose de réunir dans un seul et même contrat les responsabilités du concepteur et du constructeur. Ainsi, l'entité responsable d'élaborer les plans et devis de l'ouvrage est aussi responsable d'exécuter les travaux conformément à ces plans²¹². Le contrat de conception-construction intervient donc tôt dans le cycle de vie du projet et oblige la formation d'un lien contractuel de longue durée entre l'Administration publique et le concepteur-constructeur.

Certains affirment que la conception-construction est un mode de réalisation dit *alternatif* puisqu'il déroge aux structures contractuelles standards qui séparent le rôle de concepteur et de constructeur²¹³.

Le mode de conception-construction permet à l'Administration publique de bénéficier en quelque sorte d'un service clé en main (*turnkey*) puisqu'il accorde une plus grande autonomie à l'entreprise privée en diminuant le contrôle exercé par l'Administration publique sur ses activités. Considérant la liberté qui lui est accordée et l'importance du rôle du concepteur-constructeur, ce mode de réalisation peut à certains égards être comparé au PPP, à l'exception que l'intervention du concepteur-constructeur se terminera généralement à la mise en service de l'ouvrage et qu'il n'est pas appelé à assurer le financement du projet (comme c'est le cas dans le cadre de plusieurs PPP réalisés au Québec).

Le cycle de vie des activités dans le cadre d'un projet réalisé en conception-construction est présenté sommairement à la figure 9 :

²¹² Voir notamment Stephen G. REVAY, « What Can Go Wrong with Design-Build Contracts? », *Carswell, Construction Law Reports*, Deuxième série, 1998 (37), p. 109.

²¹³ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, *préc.*, note 4, p. 68.



Début du projet

Fin du projet

Figure 9 – Principales phases du mode conception-construction

L'illustration 3 présente en détail l'ordonnancement des activités régies par le droit des marchés publics et prévus par le mode de conception-construction. Elle permet entre autres de constater que la phase de conception peut en bonne partie être réalisée au cours de la procédure d'appel d'offres, soit avant le dépôt des soumissions.

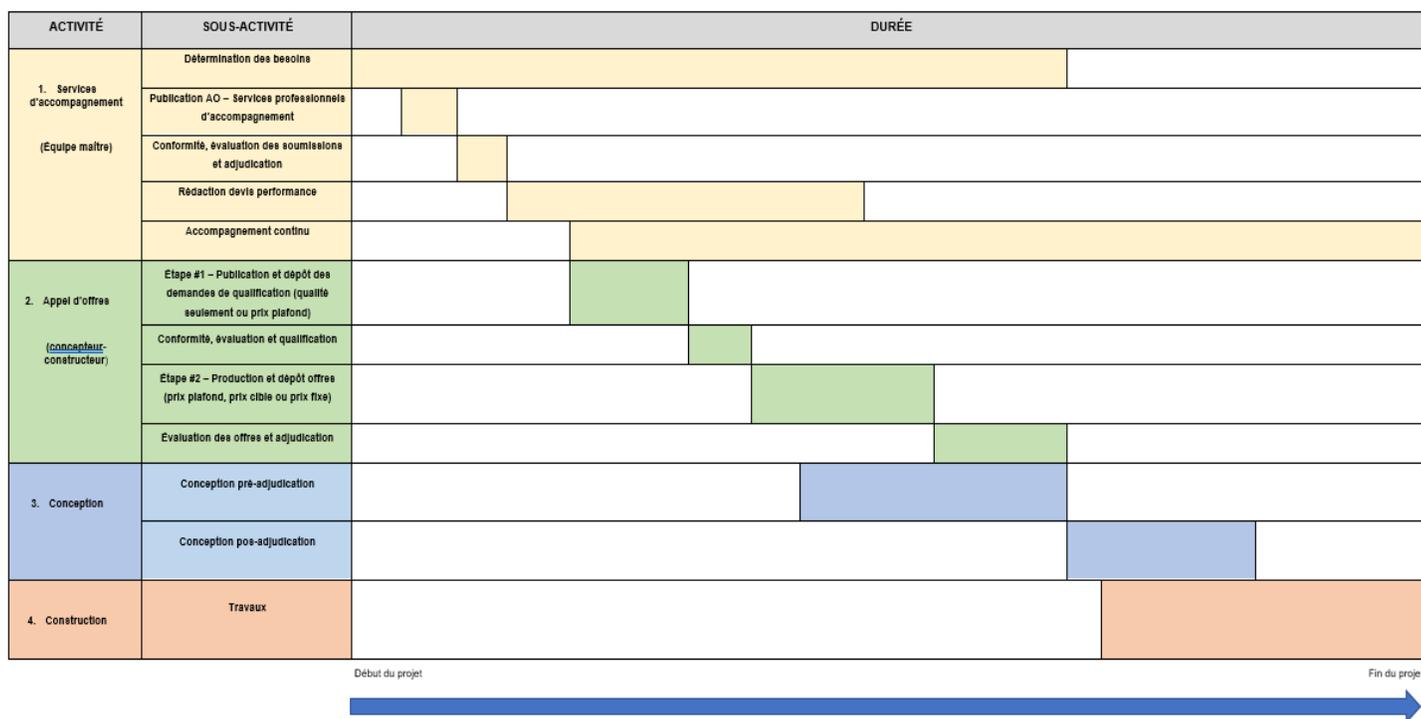


Illustration 3 – Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé en mode conception-construction²¹⁴

²¹⁴ Cette illustration est jointe en annexe dans un format agrandi afin d'en faciliter la lecture.

La structure contractuelle mise en place entre les parties prenantes à un projet réalisé en conception-construction peut être présentée comme suit :

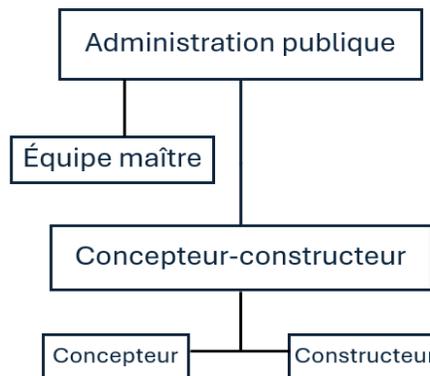


Figure 10 – Structure contractuelle du mode conception-construction

Cette figure présente un scénario selon lequel le concepteur-constructeur est une entité formée par le regroupement de deux entreprises, soit un concepteur (architectes et ingénieurs) et un entrepreneur général. Or, plusieurs autres cas de figure peuvent se présenter. D’abord, une seule et même entreprise pourrait agir à titre de concepteur-constructeur si elle dispose des ressources internes spécialisées²¹⁵. Si les documents d’appel d’offres le permettent, une entité pourrait également accepter d’assumer les responsabilités du concepteur-constructeur en recourant à la sous-traitance afin d’assurer l’exécution d’une portion des responsabilités qui lui incombent. La figure 9 présente également un scénario selon lequel l’Administration publique a recours aux services d’une équipe maître afin d’agir comme superviseur des activités du concepteur-constructeur. Le recours aux spécialistes regroupés dans l’équipe maître peut toutefois être évité si l’Administration publique dispose des ressources internes pour exercer cette supervision²¹⁶.

Les stratégies pouvant être mises en place par un soumissionnaire sont multiples et l’Administration publique peut encadrer celles-ci lors de l’élaboration de son appel d’offres. L’Institut royal d’architecture du Canada propose la figure suivante afin d’illustrer

²¹⁵ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 182.

²¹⁶ Voir l’affaire *Birtz Bastien Beaudoin Laforest Architectes c. Centre hospitalier de l’Université de Montréal* 2021 QCCS 795, laquelle aborde notamment les différentes responsabilités qui peuvent être confiés aux équipes maîtres.

les différentes relations et structures contractuelles qui peuvent être mises en place dans le cadre d'un projet réalisé en conception-construction :

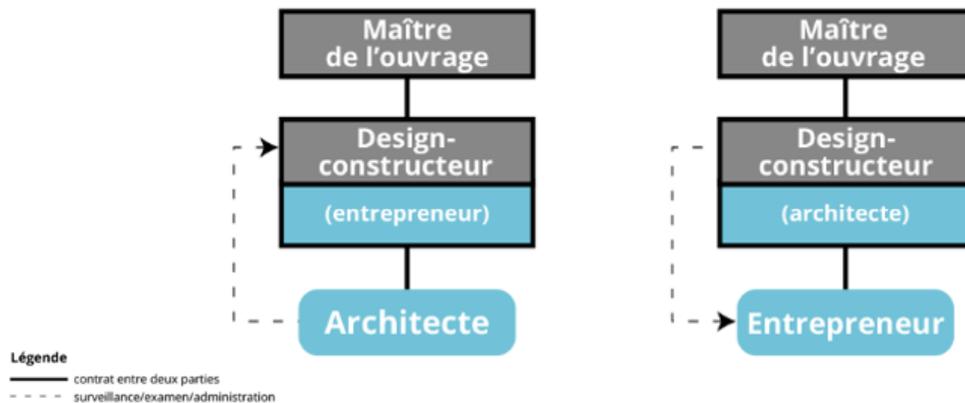


Figure 11 – Structure contractuelle du mode conception-construction (variantes IRAC)²¹⁷

Malgré le peu de publication à son sujet en droit québécois, le mode de conception-construction a été introduit dans la gestion des projets de construction au Canada et au Québec il y a de très nombreuses années²¹⁸. Le droit des marchés publics québécois qualifie généralement le contrat de conception-construction comme étant un contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels²¹⁹.

Le mode de conception-construction pose un important défi pour l'Administration publique lors de la rédaction de l'appel d'offres puisqu'elle doit décrire une infrastructure alors que sa conception n'a pas encore débuté. L'Administration publique doit ainsi généralement décrire ses besoins et ses exigences en des termes fonctionnels et selon des critères de performance précis plutôt que selon des exigences techniques fixes et immuables²²⁰. La description de ces exigences doit être suffisamment précise pour permettre aux soumissionnaires d'élaborer une proposition détaillée, sans toutefois être trop restrictive, ce qui retirerait toute marge de manœuvre au concepteur-constructeur. À titre d'exemple, plutôt que d'indiquer la dimension précise de chacune des classes devant être présentes dans l'école à concevoir et construire, l'Administration publique pourrait

²¹⁷ INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, préc., note 1.

²¹⁸ S. G. REVAY, préc., note 212, p. 109.

²¹⁹ Articles 1 et 24 RCTC.

²²⁰ Voir notamment S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9 p. 109 ; William J. KENNY, « Risk Allocation in Design Build Contract », *Carswell, Construction Law Report*, troisième série, (2001), p. 35.

indiquer au devis que l'école doit comporter au moins 15 classes dont les dimensions ne peuvent être inférieures à 65 mètres carrés. En procédant ainsi, l'Administration publique permet aux soumissionnaires de faire preuve d'innovation et de proposer des solutions variées répondant à ses besoins.

Puisque la conclusion du contrat de conception-construction intervient tôt dans le cycle de vie du projet, ce mode de réalisation peut offrir un plus haut niveau de prévisibilité aux prestataires de services et ainsi contribuer au contrôle de leur risques commerciaux.

Cependant, même si la conclusion du contrat de conception-construction intervient au tout début du cycle de vie d'un projet, l'Administration publique doit préalablement avoir collecté suffisamment de données pour s'assurer de la faisabilité du projet. À titre d'exemple, l'Administration publique pourrait devoir procéder à des études environnementales et géotechniques avant de lancer l'appel d'offres pour les services du concepteur-constructeur. Les résultats de ces études pourraient ensuite être partagés aux soumissionnaires afin de leur permettre d'évaluer les risques et contraintes spécifiques du projet. Autrement dit, en plus du devis de performance (aussi appelé programme fonctionnel technique), l'Administration publique doit aussi fournir aux soumissionnaires certaines données techniques afin d'assurer le bon déroulement de la phase d'appel d'offres et du projet. Comme le souligne la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Sherbrooke c. Sherax Immobilier inc.* 2023 QCCA 554, l'Administration publique doit aussi divulguer les informations commerciales pertinentes concernant l'exploitation de l'infrastructure lorsque le concepteur-constructeur assume aussi cette responsabilité.

Une fois le contrat adjugé, le concepteur-constructeur doit présenter l'évolution de ses plans et soumettre ceux-ci pour approbation à l'Administration publique à différentes phases. Selon les termes de chaque contrat, l'Administration publique pourrait alors accepter les plans, proposer des ajustements ou même exiger des changements. Les parties peuvent avoir recours au BIM durant cet exercice afin de favoriser une compréhension commune²²¹ des caractéristiques de l'ouvrage à bâtir. Lorsque l'approbation des plans par

²²¹ Gabriel JOBIDON, « Procédure d'appel d'offres et contrats d'infrastructures publiques : une perspective relationnelle pour favoriser l'utilisation de la RPI et du BIM », thèse de doctorat, Université Laval, 2022, p. 5.

l'Administration publique atteint un certain seuil, le concepteur-constructeur peut alors commencer les travaux au chantier tout en poursuivant la conception de l'ouvrage. La conception-construction permet ainsi un chevauchement entre la conception de l'ouvrage et les travaux au chantier.

Le contrat type CCDC 14 offre un modèle de contrat de conception-construction dont la rémunération des services et travaux est forfaitaire. Ce modèle prévoit également l'intervention d'un certificateur de paiement responsable de certifier la valeur des services fournis au donneur d'ouvrage conformément au forfait.

La conception-construction offre plusieurs avantages stratégiques à l'Administration publique.

Tout comme la gérance pour services et construction, la conception-construction offre d'abord la possibilité de devancer le début des travaux malgré la poursuite de certaines activités de conception. Cette particularité peut donc mener à une livraison accélérée de l'ouvrage²²².

Ensuite, en regroupant les rôles du concepteur et du constructeur dans un même contrat, la conception-construction favorise la collaboration entre les parties prenantes au projet. Ce mode encourage plus particulièrement l'équipe de conception à tenir compte des réalités et difficultés potentielles de l'équipe de construction puisqu'elles assumeront ensemble la responsabilité découlant des erreurs de conception²²³. L'équipe de construction pouvant intervenir lors de la conception de l'ouvrage, les plans et devis pourront également être améliorés grâce à son expertise. Cette particularité peut être grandement avantageuse dans le cadre d'un projet qui prévoit l'utilisation de matériaux préfabriqués puisque le concepteur et le constructeur pourront conjointement convenir des particularités de ces biens (dimensions, poids et autres) avant leur commande et fabrication. Les biens préfabriqués pourront ainsi être à la fois conformes aux attentes de l'équipe de conception et celles de l'équipe de construction. La préfabrication des matériaux pourrait également avoir lieu avant que la conception de l'ouvrage ne soit

²²² Voir notamment W. J. KENNY, préc., note 220, p. 31.

²²³ G. JOBIDON, P. LEMIEUX et R. BEAUREGARD., préc., note 25, p. 17 et 18.

complément achevée. La conception-construction peut aussi faciliter l'utilisation de technologies innovantes puisque le concepteur-constructeur dispose d'une plus grande autonomie quant aux choix et à la mise en place des solutions techniques répondant aux besoins de l'Administration publique. De plus, le constructeur et le concepteur pourront se consulter avant de sélectionner cette technologie, ce qui peut faciliter leur implantation. En adoptant le mode de conception-construction, l'Administration publique encourage un climat de collaboration²²⁴ entre les parties prenantes ainsi que le partage d'un objectif commun par celles-ci.

En regroupant et diminuant le nombre de liens contractuels, la conception-construction simplifie les canaux de communication et encourage la transparence entre les parties. En effet, puisque l'équipe de conception est directement en communication avec l'équipe de construction, les risques de malentendus ou litiges entre ceux-ci sont diminués. Il évite également à l'Administration publique de devoir agir à titre de courroie de transmission entre l'entrepreneur et le concepteur. La Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi à ce sujet dans l'arrêt *Design Services Limited* rendu en 2008 :

Ce modèle d'appel d'offres est avantageux pour le propriétaire, car il ne traitera qu'avec une seule entité, généralement appelée le concepteur-constructeur, plutôt qu'avec l'architecte, l'entrepreneur général et les autres experts-conseils. Ce point de contact unique permet au propriétaire d'adresser toutes ses questions (par exemple les révisions de la conception, la rétroaction sur le projet, l'établissement du budget, les permis, les questions relatives à la construction) au concepteur-constructeur²²⁵(...)

Ensuite, la conception-construction peut permettre aux différentes activités du projet de se succéder sans que des délais administratifs ne ralentissent leur enchaînement. En effet, puisque l'ensemble des activités critiques du projet sont regroupées sous un même contrat, l'Administration publique est généralement en mesure d'autoriser le début des toutes les activités sans devoir attendre le résultat de nouveaux appels d'offres et sans devoir obtenir de nouvelles sources de financement. Autrement dit, l'adjudication du contrat de conception-construction constitue une forme de jalon administratif unique qui peut débloquer l'ensemble des activités du projet.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Design Services Limited c. Canada*, 2008 CSC 22, par. 5.

La conception-construction permet également à l'Administration publique d'externaliser en partie les risques associés aux erreurs de conception. En effet, sauf lorsque l'Administration publique aura elle-même induit l'équipe de conception en erreur, l'équipe de construction ne pourra tenir l'Administration publique responsable des erreurs de conception²²⁶. Le cas échéant, le concepteur-constructeur devra lui-même assumer les conséquences de ses erreurs et proposer des solutions. L'Administration publique doit néanmoins s'acquitter de ses rôles et responsabilités en évitant d'approuver des plans qui comportent des erreurs²²⁷.

Le mode de conception-construction peut aussi favoriser la transparence entre l'Administration publique et les soumissionnaires au stade de l'appel d'offres. En effet, considérant l'ampleur et la complexité des soumissions qui doivent être déposées auprès de l'Administration publique, les organismes municipaux recourent généralement au mode d'adjudication avec discussions (aussi appelé dialogue compétitif) prévu aux articles 573.1.0.5 à 573.1.0.12 de la LCV (les organismes publics peuvent désormais recourir à un mode d'adjudication avec discussions en vertu du nouvel article 20 LCOP lorsqu'ils concluent un contrat de partenariat. Autrefois, les organismes publics devaient plutôt recourir au mode d'adjudication sans discussion prévu à l'article 24 RCTC pour conclure un contrat de conception-construction). Le mécanisme d'adjudication avec discussion permet aux parties de discuter individuellement avec les soumissionnaires des paramètres techniques ou financiers du projet avant le dépôt de leur offre finale. Il permet également de tenir des négociations avec le soumissionnaire ayant obtenu le meilleur pointage une fois les soumissions finales déposées. Toutes discussions et négociations doivent être tenues dans le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires²²⁸. Cette pratique encourage la transparence puisqu'elle permet aux soumissionnaires de partager verbalement leurs préoccupations au stade de l'appel d'offres tout en permettant à l'Administration publique d'ajuster les exigences de son appel d'offres en fonction des commentaires recueillis. Elle peut ainsi favoriser le dépôt

²²⁶ W. J. KENNY, préc., note 220, p. 32.

²²⁷ *Allen Entrepreneur général inc. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie 2024 QCCS 2572*, pars. 188-189 et 248 à 253.

²²⁸ A. LANGLOIS et P.-O. FRADETTE, préc., note 77, p. 378.

de soumissions concurrentielles et plus adaptées aux besoins de l'Administration publique.

La tenue de telles négociations et discussions pourrait aussi jouer en faveur de l'Administration publique quant à l'interprétation du contrat. En effet, les tribunaux ont souvent conclu que les contrats de construction formés par appel d'offres doivent être qualifiés de contrats d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q. puisque les soumissionnaires ne peuvent généralement pas négocier librement les conditions essentielles du contrat²²⁹. Par conséquent, les clauses de ces contrats doivent généralement être interprétées en faveur des entrepreneurs en cas de doute et les clauses jugées abusives doivent être annulées en vertu des articles 1432 et 1437 C.c.Q. Or, les modes d'adjudication avec discussions et négociations permettent précisément aux parties de négocier les paramètres financiers et techniques du contrat avant sa conclusion. Ces discussions et négociations peuvent également être accompagnées d'échanges intervenus sous la forme d'addenda durant la procédure d'appel d'offres. Ainsi, sous réserve de la portée de telles négociations, un tribunal pourrait conclure que le contrat formé entre l'Administration publique et le concepteur-constructeur ne doit pas être considéré comme étant d'adhésion²³⁰.

Comme nous l'avons abordé au chapitre 2.3, la notion de contrat de partenariat introduite par le PL 62 réfère spécifiquement aux contrats de conception-construction. Plus particulièrement, l'article 20 LCOP permet notamment aux organismes publics d'intégrer des approches collaboratives dans le cadre des projets réalisés en conception-construction. S'il est adopté, le PL 79 ouvrira lui aussi la porte à de telles pratiques pour les organismes municipaux, sous réserve de l'approbation du ministre.

6.2. Les principaux risques juridiques et les principales limitations du mode de conception-construction

²²⁹ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.) ; M.-H. DUFOUR, préc., note 59, p. 222 à 239.

²³⁰ Voir certaines décisions qui s'écartent du courant jurisprudentiel majoritaire et qui ont conclu que le contrat formé entre l'Administration publique et l'entrepreneur n'était pas d'adhésion : *Janin Atlas inc. c. Hydro-Québec*, 2019 QCCS 4523, par. 59 ; *Construction Kiewit Cie c. Hydro-Québec*, 2010 QCCS 6266, par. 28. Confirmé par : *Hydro-Québec c. Construction Kiewit Cie*, 2014 QCCA 947 ; *Montréal (Communauté urbaine de) c. Ciment indépendant Inc.*, J.E. 88-1127 (C.A.).

D'abord, tout comme pour les projets réalisés en PPP, la conception-construction nécessite généralement que les soumissionnaires investissent d'importants efforts durant la phase d'appel d'offres pour soumettre leur proposition²³¹. Or, les soumissionnaires ne disposent d'aucune garantie quant au résultat d'un appel d'offres et peuvent donc devoir absorber des pertes considérables liées à leur participation à cet exercice. L'intérêt des potentiels soumissionnaires à participer à un tel appel d'offres peut donc être limité particulièrement dans un contexte de surchauffe du marché et de pénurie de main-d'œuvre. Cette baisse d'attractivité pourrait ultimement compromettre le succès du projet si aucune soumission concurrentielle ou conforme n'est déposée auprès de l'Administration publique. Afin de mitiger ce risque, l'Administration publique peut préalablement tenir un appel de qualification visant à identifier un bassin restreint de concurrents invités à participer à l'appel d'offres²³². En procédant ainsi, les soumissionnaires qualifiés auront une vision claire de leur chance de remporter l'appel d'offres et les soumissionnaires rapidement écartés n'auront pas à encourir des pertes financières inutilement. L'Administration publique peut également encourager la concurrence en offrant une rémunération aux soumissionnaires qui déposent une soumission conforme et qui ne sont pas retenus. Cependant, les organismes municipaux devront préalablement avoir obtenu l'autorisation du MAMH conformément à l'article 573.1.0.5 (4) LCV afin de pouvoir verser une telle compensation²³³.

Afin de mitiger les risques précités, l'Administration publique peut également avoir recours au mode de conception-construction *progressif*²³⁴. Ce mode de réalisation inspiré de la

²³¹ Cette phase est fréquemment appelée « appel de propositions » plutôt qu'« appel d'offres » dans le cadre des projets réalisés en conception-construction.

²³² Voir les articles 573.1.0.2 et 573.1.0.9 LCV, 36 RCTC et 21 LCOP.

²³³ Voir notamment l'appel de propositions *AP-047 (phase 2)* publié par la Ville de Laval et concernant la conception et la construction du Complexe Aquatique de Laval. La LCOP ne prévoit pas d'équivalent à l'article 573.1.0.5 (4) LCV. Les organismes publics doivent donc généralement recourir au mécanisme de l'article 25 LCOP pour recourir à un tel mécanisme.

²³⁴ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, « Conception-construction progressif, Mode de réalisation », juillet 2022, en ligne : https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/expertises/gestion_de_projets/cc-progressif_sqi_2022.pdf (consulté le 14 octobre 2024) ; Voir notamment le projet de construction de l'école Jacques Leber situé à Saint-Constant et réalisé en mode de conception-construction progressif par la SQI ; Douglas D. GRANSBERG et Keith R. MOLENAAR, « Critical Comparison of Progressive Design-Build and Construction Manager/General Contractor Project Delivery Methods », *Transportation Research Record*, 2019, Vol. 2673(1), p. 261–268 ; Vincent FILIATRAULT, « Le mode de réalisation de projet « conception et construction par étape » (Progressive Design-Build), une solution de rechange à l'approche traditionnelle? », Norton Rose

conception-construction prévoit d'abord la tenue d'un appel de qualification au terme duquel un seul soumissionnaire est retenu. Cet appel de qualification peut notamment demander aux soumissionnaires de présenter une équipe de travail qualifiée ainsi que des prix plafonds pour les différentes phases du projet. Tel que le permet désormais le PL 62, l'unique soumissionnaire retenu à l'issue de l'appel de qualification sera ensuite rémunéré afin d'élaborer un concept qui respecte le prix plafond (ou un autre paramètre fixé par l'Administration publique). Le soumissionnaire peut alors être invité à participer à des ateliers bilatéraux auquel participe l'organisme public afin de participer au développement de la conception. Lorsque le concept élaboré par le concepteur-constructeur est suffisamment précis, les parties peuvent alors être invitées à procéder à la clôture financière de cette phase et à conclure un contrat « C » selon un prix forfaitaire. Cela dit, l'Administration publique ne dispose généralement d'aucune garantie à l'effet qu'elle sera bel et bien en mesure de conclure un tel contrat « C » puisque celui-ci exige que l'Administration publique accepte l'offre détaillée qui lui est présentée, ou encore que les négociations entre les parties se concluent favorablement²³⁵. Afin de mitiger les conséquences qui pourraient découler d'un échec dans le cadre de ces négociations, l'Administration publique peut d'abord contractuellement établir qu'elle sera propriétaire des plans et devis préparés jusqu'à la clôture de la phase de développement. Ainsi, si le niveau de détail des plans le permet, l'Administration publique pourrait alors récupérer les plans afin d'assurer la construction de l'ouvrage en mode traditionnel. Avant l'entrée en vigueur du PL 62, l'Administration publique devait obtenir des permissions spéciales afin d'être autorisée à adopter le mode de conception-construction progressif. S'il est adopté, le PL 79 permettra aussi aux organismes municipaux de recourir à ce mode de réalisation.

Au surplus, la réalisation d'un projet en conception-construction exige généralement que la procédure de sélection du concepteur-constructeur s'étende sur une longue période, notamment lorsque l'Administration publique a recours à un appel de qualification en amont de l'appel d'offres. Or, malgré les efforts de l'Administration publique et des

Fulbright, 2021, en ligne : « <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/82b7cb64/le-mode-de-realisation-de-projet-conception-et-construction-par-etape> » (consulté le 10 octobre 2024).

²³⁵ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 67, p. 10.

soumissionnaires, le résultat de l'appel d'offres peut néanmoins s'avérer non concluant et mener à son annulation, notamment en raison d'une non-conformité majeure constatée dans une ou plusieurs soumissions. Le cas échéant, l'échéancier du projet pourrait devoir être reporté de plusieurs mois. Le nouvel article 13.1 de la LCOP offre cependant un mécanisme qui permet désormais de mitiger en partie ce risque puisqu'il autorise les organismes publics à conclure des contrats de gré à gré dont la dépense est supérieure au seuil d'appel d'offres lorsqu'aucune soumission conforme n'a été présentée suivant un appel d'offres. Conditionnellement au respect des nombreuses conditions prévues à l'article 13.1 LCOP, un organisme public pourrait donc conclure de gré à gré un contrat de conception-construction avec un soumissionnaire qui aurait vu sa soumission être rejetée en raison d'une non-conformité majeure aux termes d'un long processus d'appel d'offres. Nous soulignons toutefois que la mise en application de ce nouveau mécanisme pourrait soulever divers questionnements. À titre d'exemple, dans l'éventualité où plusieurs soumissions non conformes ont été déposées en réponse à un appel d'offres, l'article 13.1 LCOP ne prévoit aucune balise encadrant la sélection du fournisseur avec qui l'Administration publique décidera de conclure le contrat.

La conclusion d'un contrat de conception-construction peut également exiger que des clauses complexes d'ajustement et de révision des prix soient convenues entre les parties. Ces clauses visent essentiellement à permettre aux parties de convenir de paramètres financiers suffisamment précis au lancement du projet, mais de préciser ceux-ci lorsque la conception de l'ouvrage sera plus avancée en cours de projet. Ce mécanisme découle principalement du fait qu'il est difficile pour les soumissionnaires de proposer des prix fixes et exhaustifs alors que la conception de l'ouvrage demeure à parfaire et que les parties ne connaissent pas encore l'ensemble des coûts de construction à prévoir. Selon leur portée et leur niveau de complexité, les clauses d'ajustement peuvent avoir pour effet de complexifier l'administration du contrat tout en diminuant la prévisibilité des coûts réels du projet²³⁶. Ainsi, considérant le niveau élevé d'incertitude qui peut subsister malgré la conclusion du contrat, l'Administration publique et les soumissionnaires peuvent devoir prévoir des réserves pour risques considérablement élevés.

²³⁶ William J. KENNY, préc., note 220, p. 31.

Différents mécanismes et différentes pratiques ont été élaborés afin de permettre aux parties de s'adapter à cette dernière difficulté. D'abord, l'Administration publique peut prévoir une période d'appel d'offres prolongée afin de permettre aux soumissionnaires d'élaborer des concepts détaillés avant de procéder au dépôt de leur soumission finale. En procédant ainsi, les soumissionnaires disposent d'un niveau de certitude plus élevé et peuvent donc proposer certains prix forfaitaires et unitaires bien que des éléments de la conception demeurent à parfaire. Ensuite, l'Administration publique peut fixer et imposer un prix maximal garanti (prix plafond) au-delà duquel l'Administration publique ne pourra être tenue assumer les coûts, sauf si ceux-ci lui sont imputables. Cette stratégie offre une certaine marge de manœuvre aux soumissionnaires qui peuvent faire varier leurs prix sous le prix plafond tout en permettant à l'Administration publique de garder un contrôle sur les coûts des travaux. Une fois le projet lancé et la conception plus avancée, les parties peuvent alors convertir le prix plafond en prix fixe. Les coûts réels payables au concepteur-constructeur durant le projet peuvent être établis selon la formule du coût réel (avec ou sans majoration) à partir des taux soumissionnés par le concepteur-constructeur, jusqu'à concurrence du prix plafond fixé par l'Administration publique. Finalement, l'Administration publique peut aussi établir un prix cible²³⁷ (*target price*) qui constitue en quelque sorte une évaluation préliminaire et commune du concepteur-constructeur et de l'Administration publique pour la réalisation du projet. Le prix cible peut être ventilé et détaillé en fonction des différentes étapes du projet. En fixant conjointement un prix cible par phase, les parties s'engagent à collaborer afin de respecter le prix convenu pour chaque étape du projet. Le prix cible ne pourra être révisé sauf d'un commun accord entre les deux parties. Tel que le permet désormais le PL 62, le contrat peut également prévoir que le respect du prix cible donne lieu à un partage des bénéfices entre l'Administration publique et le concepteur-constructeur. A contrario, le dépassement du prix cible pourrait devoir être assumé par le concepteur-constructeur ou l'Administration publique en fonction de leur niveau d'imputabilité respective. Tant pour les contrats conclus avec un prix plafond que ceux conclus avec un prix cible, l'Administration publique peut contractuellement prévoir que le concepteur-constructeur sera tenu de produire une reddition de compte détaillée à la fin de chacune des phases du

²³⁷ *Id.*, p. 33.

projet de manière à permettre à l'Administration publique de vérifier le respect des engagements commerciaux des parties et d'effectuer un ajustement du prix du contrat au besoin. Un tel ajustement peut notamment tenir compte de la marge nette anticipée par le concepteur-constructeur au moment du dépôt de sa soumission par rapport à celle dégagée à la fin du projet²³⁸.

Par définition, la conception-construction exige également que l'Administration publique accorde une plus grande autonomie au concepteur-constructeur et qu'elle lui accorde une certaine liberté quant à la configuration finale de l'ouvrage. Or, cette particularité peut mener à des résultats décevants pour l'Administration publique puisque le concepteur-constructeur demeure avant tout préoccupé par les bénéfices et profits financiers qu'il peut obtenir en contrepartie de ses services. Ainsi, lorsque le contrat ne prévoit aucune obligation spécifique de la part du concepteur-constructeur, ce dernier peut avoir tendance à saisir cette opportunité pour diminuer ses coûts²³⁹. Cette particularité peut notamment mener à la mise en service d'un ouvrage qui ne répond pas à certains besoins de la collectivité. L'emploi du BIM avant l'approbation des concepts finaux peut cependant minimiser ce risque puisqu'il permet aux parties prenantes de visualiser à l'avance la conception de l'infrastructure²⁴⁰. L'Administration publique peut également minimiser ce risque en confiant au concepteur-constructeur la responsabilité de mettre en service, d'opérer, d'exploiter ou d'entretenir l'ouvrage après sa construction. Par exemple, le contrat de conception-construction pourrait aussi inclure le rôle d'opérateur de l'ouvrage une fois sa mise en service complétée (le contrat pourrait alors plutôt s'intituler conception-construction-opération). En procédant ainsi, l'Administration publique force le concepteur-constructeur à tenir compte des considérations opérationnelles de l'ouvrage puisqu'il sera lui-même tenu d'opérer l'ouvrage conçu et construit par ses équipes. L'Administration publique doit toutefois faire preuve de prudence avant d'adopter une telle mesure puisqu'un tel contrat pourrait alors être

²³⁸ Voir à titre d'exemple la formule établie par la SQI dans l'appel d'offres no. 44530552 lancé par la SQI le 25 octobre 2022.

²³⁹ S. G. REVAY, préc., note 212, p. 110.

²⁴⁰ Tais SCHERER et Maude BRUNET, « L'influence de la modélisation des données sur la gestion des parties prenantes : le cas du projet d'agrandissement de l'aéroport de Québec », dans *La gestion de projets au Québec, Des cas pour illustrer une expertise en croissance*, Éditions JFD, 2021, p. 119.

qualifié de contrat de partenariat (ou anciennement de PPP) et serait donc assujéti à des autorisations et à un régime juridique particulier.

L'ampleur des risques devant être assumés par le concepteur-constructeur peut aussi avoir pour effet de décourager des soumissionnaires et nuire à la concurrence. Certaines entreprises ont même publiquement dénoncé cette réalité en plus de confirmer qu'il ne souhaitait plus participer à de tels projets en raison des trop grands risques à supporter lorsque la rémunération du concepteur-constructeur est établie de façon forfaitaire²⁴¹. Cette prise de position appui les propos du commissaire William Hourigan dans le Rapport d'enquête publique sur le réseau de train léger sur rail d'Ottawa lorsqu'il affirme que les donneurs d'ouvrage doivent comprendre :

qu'il n'est pas toujours utile de structurer la relation de manière à créer une situation où une partie supporte tous les risques et « perd » si ces risques se matérialisent. Un véritable partenariat peut s'avérer plus efficace.

L'Administration publique devrait donc éviter de recourir au mode de conception-construction dans l'objectif de repousser tous les risques sur le concepteur-constructeur²⁴².

La concentration des risques dans un même contrat peut aussi mener à d'importantes difficultés en cas de litige entre les parties. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs été appelée à trancher un important litige concernant le projet de rénovation du toit du Stade olympique de Montréal réalisé en conception-construction. La Cour d'appel du Québec y énonce ce qui suit concernant les risques de litiges dans un projet réalisé en conception-construction²⁴³ :

[67] En l'espèce, le contrat entre la RIO et Birdair en était un de conception/construction « fast track ». Ce type de contrat exige des parties une très grande collaboration en raison d'un échéancier serré. Par ailleurs, la planification des travaux est fort importante :

²⁴¹ Jean GAGNON, « SNC-Lavalin: le cauchemar des projets clé en mains se poursuit », Les Affaires, 25 novembre 2022, en ligne : « <https://www.lesaffaires.com/bourse/a-surveiller/snc-lavalin-le-cauchemar-des-projets-cle-en-mains-se-poursuit-3/> ».

²⁴² COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, préc., note 19, p. 145.

²⁴³ *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, 2013 QCCA 580, pars. 67 à 68.

500 – La grande importance d'une planification adéquate des travaux par l'entrepreneur et les risques de perturbation de celle-ci en cours d'exécution sont particulièrement élevés dans les projets de type « fast track », prévoyant l'exécution des travaux alors même que les plans ne sont pas complétés dans leur intégralité.

[68] Le juge Addy, de la Cour fédérale, explique bien quelle dynamique on doit retrouver entre les parties. À défaut, le chantier peut rapidement prendre les allures d'une tour de Babel :

One need not be an expert in order to realize that in the case of a design-built project, the constant supervision, direction and control during actual construction, which must go hand in hand with planning and designing, as well as the coordination of the work of the various trades, must necessarily be more difficult and complicated and, therefore, require much greater professional skill and a greater ability to properly schedule matters, to anticipate problems and to arrive quickly and expeditiously at correct decisions in the most efficient and effective manner. Failing that a Tower of Babel situation can very quickly result.

Pour minimiser de tels risques, l'Administration publique peut avoir recours aux services d'un médiateur durant le projet ou d'un arbitre intérimaire appelé à rapidement solutionner les différends pouvant opposer l'Administration publique et le concepteur-construteur.

Comme nous l'avons abordé à la section précédente, l'Administration publique doit élaborer un devis de performance détaillé (ou programme fonctionnel technique) afin de permettre aux soumissionnaires de proposer des solutions conformes aux attentes et besoins de l'Administration publique. Or, la rédaction d'un tel devis est un exercice complexe qui exige que l'Administration publique décrive d'innombrables particularités techniques à l'aide de mots plutôt qu'à l'aide de dessins et de plans. L'Administration publique doit donc s'assurer que l'ensemble de ses besoins sont détaillés dans ce devis puisque l'absence ou l'oubli d'une exigence pourrait mener à des demandes de changement excessivement coûteuses après l'adjudication du contrat puisque la modification d'un élément du contrat pourrait à la fois impacter les coûts de conception et les coûts de construction²⁴⁴. Plusieurs affirment pour cette raison que le mode de conception-construction peut s'avérer risqué pour l'Administration publique puisqu'il limite son pouvoir d'apporter des changements en cours de projet tout en augmentant les

²⁴⁴ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 88 et 101.

conséquences de tels changements²⁴⁵. La Cour supérieure s'est récemment penchée sur l'interprétation d'un devis de performance dans l'affaire *Allen Entrepreneur général inc. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*²⁴⁶. Le tribunal y rappelle l'obligation de résultat du concepteur-constructeur quant au respect du devis de performance tout en soulignant que l'Administration publique et ses consultants doivent attentivement étudier les propositions techniques du concepteur-constructeur avant de les approuver.²⁴⁷ Le tribunal aborde aussi le partage des responsabilités entre le concepteur-constructeur et les consultants de l'Administration publique²⁴⁸. Cette affaire illustre aussi que la préparation et la compréhension d'un devis de performance requièrent un niveau élevé de connaissance technique et qu'il peut mener à des interprétations divergentes ; le concepteur-constructeur pouvant naturellement avoir tendance à interpréter les exigences du devis de façon à limiter ses coûts.

Afin de minimiser les risques d'oubli ou d'ambiguïté quant au contenu du devis de performance, l'Administration publique doit employer des méthodes de rédaction claire. Il peut par exemple recourir à des tableaux explicatifs ou des données provenant de projets antérieurs. L'appel d'offres no. 20009339 - *Appel de proposition pour la réalisation en mode conception-construction du projet de la cour municipale* publié par la Ville de Laval présente un exemple de devis de performance en partie élaboré à partir de tableaux. Si l'Administration publique ne dispose pas des ressources internes capables d'élaborer un tel devis de performance, elle devra faire appel aux services d'une firme spécialisée.

Le mode de conception-construction peut également avoir pour effet d'ajouter des postes de dépenses additionnels devant être assumés par l'Administration publique. D'abord, en fonction du mode d'adjudication retenu, l'Administration publique peut devoir recourir aux services d'un observateur indépendant appelé à superviser la tenue des négociations et discussions avec les soumissionnaires afin de s'assurer que ces étapes se déroulent

²⁴⁵ W. J. KENNY, préc., note 220, p. 32 ; S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9, p. 110.

²⁴⁶ *Allen Entrepreneur général inc. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie* 2024 QCCS 2572.

²⁴⁷ *Id.*, pars. 188-189 et 248 à 253.

²⁴⁸ *Id.*, pars. 256 à 258.

dans le respect du cadre législatif applicable et de l'équité²⁴⁹. Ensuite, l'Administration publique peut devoir recourir aux services d'un certificateur externe afin de valider la valeur des services pouvant être facturés à l'Administration publique dans le respect des modalités prévues au contrat. Ce certificateur peut aussi être appelé à statuer sur la conformité de certains services rendus et travaux effectués à différents stades du projet. Comme abordé au paragraphe suivant, l'Administration publique peut également devoir recourir à des services professionnels externes afin d'élaborer un devis de performance. Finalement, l'Administration publique peut devoir recourir aux services de différents spécialistes afin de la conseiller tout au long du projet et de réviser les propositions et solutions techniques élaborées par le concepteur-constructeur. Ces derniers spécialistes seront parfois regroupés dans une équipe maître multidisciplinaire comme nous l'avons présenté au chapitre précédent.

Ensuite, le recours au mode de conception-construction peut réduire la concurrence puisque le bassin d'entreprises ayant la capacité de soumissionner sur de tels projets est limité. En effet, très peu d'entreprises possèdent les ressources nécessaires pour assumer à la fois les responsabilités de concepteur et celles de constructeur²⁵⁰. La grande majorité des entreprises désirant participer à de tels appels d'offres devront donc former des coentreprises ou proposer des soumissions conjointes afin de se qualifier. Cette particularité peut ainsi ajouter un obstacle additionnel pour accéder au marché en plus de comporter des risques additionnels pour les entreprises qui s'associent à une autre entreprise.

La création de coentreprises peut également mener à des défis d'envergure en cas de différend entre les participants à la coentreprise. Notamment et malgré leur bonne foi respective, les partenaires membres d'une coentreprise peuvent tenter d'orienter les décisions de la coentreprise en leur faveur. L'équipe responsable de la construction pourrait par exemple tenter d'exercer une pression sur l'équipe de conception afin qu'elle modifie certains paramètres de l'infrastructure et ainsi faciliter le travail du constructeur

²⁴⁹ Voir notamment l'article 573.1.0.11. LCV.

²⁵⁰ Phillippe TEISCEIRA-LESSARD, « La domination Pomerleau », La Presse, 7 octobre 2024, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/affaires/entreprises/infrastructures-publiques/la-domination-pomerleau/2024-10-07/un-chiffre-d-affaires-gigantesque.php> ».

(ou même augmenter ses profits). L'Administration publique pourrait donc se retrouver avec un cocontractant inefficace. L'Administration publique pourrait ainsi devoir composer avec un « fournisseur à deux têtes » lorsque le concepteur-constructeur n'arrive pas à prendre des décisions unanimement ou que ses actions sont incohérentes. Sans toutefois les aborder en détail, nous soulignons que la conclusion d'un contrat avec une coentreprise peut aussi soulever des enjeux complexes lors de l'étude de la conformité des soumissions²⁵¹. Finalement, l'adjudication d'un contrat à une coentreprise peut aussi soulever certains enjeux quant à la forme et à la portée des garanties et polices d'assurance qui doivent être fournies à l'Administration publique.

6.3. Constats et conclusions concernant le mode de conception-construction

Les observations présentées aux sections 6.1 et 6.2 indiquent que le mode de conception-construction peut être le mode de réalisation le plus approprié d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

D'abord, le mode de conception-construction peut être approprié lorsque l'Administration publique souhaite intégrer des technologies innovantes à ses infrastructures. En effet, ce mode peut faciliter l'intégration de produits novateurs notamment puisque l'ensemble des parties prenantes participent à la conception de l'ouvrage et pourront donc être consultées avant qu'une technologie ne soit identifiée et ensuite intégrée. Il favorise également l'intégration des technologies les plus récentes puisque la conception peut être finalisée durant la construction afin de tenir compte des nouvelles technologies sans pour autant surprendre ou impacter l'équipe de construction. L'utilisation du BIM dans le cadre d'un tel projet peut également s'avérer particulièrement avantageuse car elle permet à toutes les parties de visualiser l'infrastructure et donc d'anticiper les potentiels défis liés à l'exploitation de nouvelles technologies. Il peut ainsi s'avérer être un outil de communication et de coordination critique, ajoutant une grande valeur au projet réalisé en

²⁵¹ Voir à titre d'exemple les affaires *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4 ; *Design Services Limited*, 2008 CSC 22 ; *Construction BFC Foundation ltée c. Entreprises Pro-Sag inc.*, 2013 QCCA 1253.

conception-construction lorsque l'Administration publique souhaite intégrer de nouvelles technologies à ses infrastructures²⁵².

Ce mode peut également être approprié pour réaliser des projets d'infrastructure dans les domaines des sports et des loisirs puisque de tels projets offrent généralement une plus grande liberté à l'Administration publique quant au niveau de performance devant être atteint par l'ouvrage. À titre d'exemple, la construction de centres sportifs, d'arénas, de piscines publiques, de centres culturels et de bibliothèques permettent généralement à l'Administration publique d'explorer de nombreux concepts et pourraient donc être plus favorables au mode de conception-construction. Elle pourrait ainsi accorder un niveau d'autonomie considérable au concepteur-constructeur sans pour autant compromettre la protection de l'intérêt public. Cette analyse est partagée dans le *Manuel de la gestion des approvisionnements de la DGBI de TPSG*²⁵³ (version publiée en 2014), lequel indiquait plus particulièrement que :

La méthode de conception-construction convient aux projets dont la complexité est faible à moyenne-élevée et vise notamment les entrepôts, les gymnases, les écoles et les nouveaux immeubles à bureaux standard, pour lesquels les coûts et les délais sont des facteurs déterminants.

La conception-construction peut aussi s'avérer appropriée lorsque l'Administration publique est tenue de respecter un budget limité pour l'intégralité du projet. En effet, ce mode permet à l'Administration publique de demander des soumissions respectant un prix plafond combinant la conception et la construction de l'ouvrage. Ce faisant, l'Administration publique peut avoir une idée précise du coût total du projet avant de débiter et payer la conception détaillée de l'ouvrage.

Le recours à la conception-construction pourrait également s'avérer approprié lorsque la complexité du projet exige une étroite collaboration et une communication constante entre l'équipe de conception et l'équipe responsable de la construction. La conception-construction pourrait ainsi offrir des avantages importants dans le cadre de projets réalisés dans des milieux aquatiques ou dans des zones environnementales sensibles.

²⁵² G. JOBIDON, préc., note 221, p. 3.

²⁵³ S. BOULENGER et M. JOANIS, préc., note 9, p. 110.

Le mode de conception-construction peut cependant s'avérer inapproprié d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

D'abord, puisque la conception-construction exige que les soumissionnaires élaborent des propositions variées pour répondre à un besoin précis de l'Administration publique, ce mode de réalisation peut s'avérer inapproprié lorsque l'Administration publique ne dispose d'aucune donnée fiable quant aux contraintes d'exploitation et de performance de l'ouvrage. Dans un tel contexte, les soumissionnaires pourront difficilement élaborer des propositions détaillées et pourraient à leurs risques devoir tenir pour acquis certains éléments techniques. Or, comme nous l'avons abordé à la section 6.2, des omissions ou erreurs dans le devis de performance peuvent causer d'importants impacts durant le projet et compromettre son succès.

La conception-construction peut aussi être inappropriée pour réaliser certains projets d'infrastructure dans les domaines de la santé et de la sécurité publique puisque l'Administration publique souhaite généralement pouvoir conserver un niveau élevé de contrôle sur la conception et la performance des ouvrages. En concluant un contrat de conception-construction sans toutefois accorder un niveau suffisamment élevé d'autonomie au concepteur-constructeur, l'Administration publique pourrait notamment nuire à la relation entre les parties et compromettre le succès du projet. La conception-construction pourrait par exemple être inappropriée pour assurer la construction d'une prison ou de certains centres hospitaliers.

Le mode de conception-construction peut aussi être inapproprié pour mener à terme un projet dont l'Administration publique n'a pas encore établi la faisabilité. En effet, avant de solliciter l'intervention d'un concepteur-constructeur, l'Administration publique devrait d'abord bénéficier d'un niveau de confiance très élevé quant à la faisabilité d'un projet, sans quoi elle pourrait faire supporter de trop grands risques au concepteur-constructeur ou encore fausser leur évaluation des risques. Ce mode peut donc s'avérer inapproprié pour réaliser un projet dont le niveau de complexité et le niveau d'incertitude demeurent très élevés malgré des études préalables.

Enfin, ce mode peut s'avérer inapproprié pour réaliser des projets qui, par leur nature, comportent des risques élevés d'imprévus une fois les travaux commencés. En effet, puisqu'il est généralement plus complexe et coûteux d'apporter des changements aux contrats de conception-construction, la présence de nombreux imprévus pourrait nuire au succès du projet en forçant les parties à modifier les modalités convenues à plusieurs reprises. La conception-construction peut donc être inappropriée pour réaliser des projets qui impliquent d'importants travaux de démolition, de rénovation ou de restauration d'anciens ouvrages puisque ceux-ci peuvent comporter d'importants risques associés à la découverte d'obstacles²⁵⁴ tels que des contaminants ou des ouvrages cachés. Pour les mêmes raisons, la conception-construction pourrait aussi être inappropriée d'un point de vue juridique pour réaliser des projets qui requièrent d'importants travaux d'excavation dans des conditions géotechniques particulières ou difficiles²⁵⁵.

²⁵⁴ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 91.

²⁵⁵ Selon certains chercheurs, les conditions géotechniques difficiles constituent l'une des principales causes menant à des demandes de changement majeur en cours de contrat, voir Matti SIEMIATYCKI, « Cost Overruns on Infrastructure Projects: Patterns, Causes, and Cures », University of Toronto, Institute on Municipal Finance and Governance, 2015 (11).

CHAPITRE 7 : LA RPI

7.1. La RPI et ses fondements

La RPI (*integrated project delivery* « IPD » en anglais) demeure peu documentée au Québec malgré sa popularité depuis le dépôt du PL 62 en mai 2024. Nos recherches indiquent qu'aucun projet public d'infrastructure n'a jusqu'à présent été complété au Québec en RPI²⁵⁶. Plusieurs projets publics d'infrastructure ont toutefois été réalisés en RPI en Alberta, en Ontario et en Colombie-Britannique au cours des dernières années²⁵⁷.

La RPI est un mode de réalisation dit collaboratif²⁵⁸ qui propose une nouvelle approche et une nouvelle perception des relations contractuelles entre les parties prenantes à un projet d'infrastructure. Elle mise sur l'implication hâtive de toutes les parties (*early involvement*) au sein d'une même équipe afin d'augmenter la prévisibilité du projet et favoriser un déroulement harmonieux de chacune de ses phases. La RPI propose plus particulièrement une structure contractuelle collaborative dans laquelle les parties prenantes sont appelées à échanger ouvertement tout en mettant à profit leurs expertises respectives dès le lancement du projet²⁵⁹. La RPI suppose que la transparence, l'équité et la collaboration entre les intervenants tout au long du projet permettront de bâtir un ouvrage de plus grande qualité, pour un coût monétaire juste et sans différend majeur entre les parties prenantes. Ce mode de réalisation tient ainsi compte de l'interdépendance entre les disciplines impliquées dans le projet en réduisant le travail en silo. La RPI peut impliquer que les parties prenantes au projet doivent faire preuve d'une totale transparence financière en se donnant mutuellement accès à leurs livres comptables (*open book*) tout au long du projet.

²⁵⁶ En date du 1^{er} décembre 2024. Voir cependant le projet de reconstruction de la toiture du Stade olympique de Montréal qui propose une approche similaire (voir Décret 120-2024 adopté par le gouvernement du Québec le 31 janvier 2024). Voir également M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 66, où les auteurs indiquent que le projet d'agrandissement de l'École de technologie supérieure dans le Complexe Dow sera le premier projet à être approvisionné et réalisé en RPI.

²⁵⁷ Erik A. POIRIER, Ahmad ARAR, Sheryl STAUB-FRENCH, Puyan ZADEH et Devarsh BHONDE, « Investigating Factors Leading to IPD Project Success in Canada, 2022 », Rapport final, Étude réalisée en collaboration entre l'École des technologies supérieures et l'Université de Colombie-Britannique, en ligne : « https://ipda.ca/site/assets/files/4374/ipda_canadian_ipd_case_studies_final_28.pdf » ; *Graham Design Builders LP v Black & McDonald Limited*, 2019 SKQB 161.

²⁵⁸ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 86-87.

²⁵⁹ AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, « Integrated Project Delivery: A Guide, 2007 », en ligne : « https://www.aia.org/sites/default/files/2023-11/ipd_guide.pdf » (consulté le 11 octobre 2024).

Comme nous l'abordons plus en détail à la section 7.2, la RPI propose un mécanisme de rémunération unique et propre à ce mode de réalisation : l'Administration publique s'engage à payer l'ensemble des coûts réels encourus par les entreprises privées, à l'exception de leurs marges bénéficiaires. Si les paramètres financiers et les objectifs du projet sont rencontrés, alors l'Administration publique versera aux entreprises privées les marges bénéficiaires préalablement convenues.

La RPI propose la mise en place d'une entente contractuelle multipartite à laquelle sont à la fois partis l'Administration publique, un concepteur, un constructeur ainsi que toute autre entité appelée à jouer un rôle clé dans la réalisation du projet²⁶⁰. Par cette entente, les parties acceptent de former une équipe responsable de mener conjointement à terme le projet d'infrastructure, de sa planification jusqu'à sa mise en service. L'entente multipartite doit donc intervenir tôt dans le cycle de vie du projet et parfois en amont de toute étude préalable. Les membres de l'équipe peuvent adapter l'entente en cours de projet et même conclure de nouvelles ententes accessoires au fur et à mesure que le projet se précise²⁶¹. La RPI tente ultimement de créer un environnement qui favorise le développement de valeurs, l'efficacité ainsi que l'élimination du gaspillage d'effort lors de chacune des phases du projet²⁶².

La RPI est parfois confondue avec le mode de réalisation par *Alliance* qui mise lui aussi sur l'implication hâtive des parties prenantes et leur pleine transparence les unes envers les autres. Cependant, contrairement au mode de réalisation par *Alliance*, l'entente multipartite convenue entre les membres de l'équipe RPI permet généralement à l'Administration publique de conserver un pouvoir décisionnel plus important en cas d'impasse au sein de l'équipe RPI. Comme nous l'abordons plus en détail ci-après, la RPI implique généralement que les dépassements de coûts seront majoritairement assumés par l'Administration publique (ou le client), alors que *l'Alliance* prévoit pour sa part que les

²⁶⁰ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 185 ; M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4.

²⁶¹ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 92.

²⁶² Erik A. POIRIER et al., préc., note 256, p. 1.

membres de l’alliance assument collectivement les risques associés aux dépassements de coûts²⁶³.

Le cycle de vie d’un projet réalisé en RPI peut être illustré sommairement comme suit :

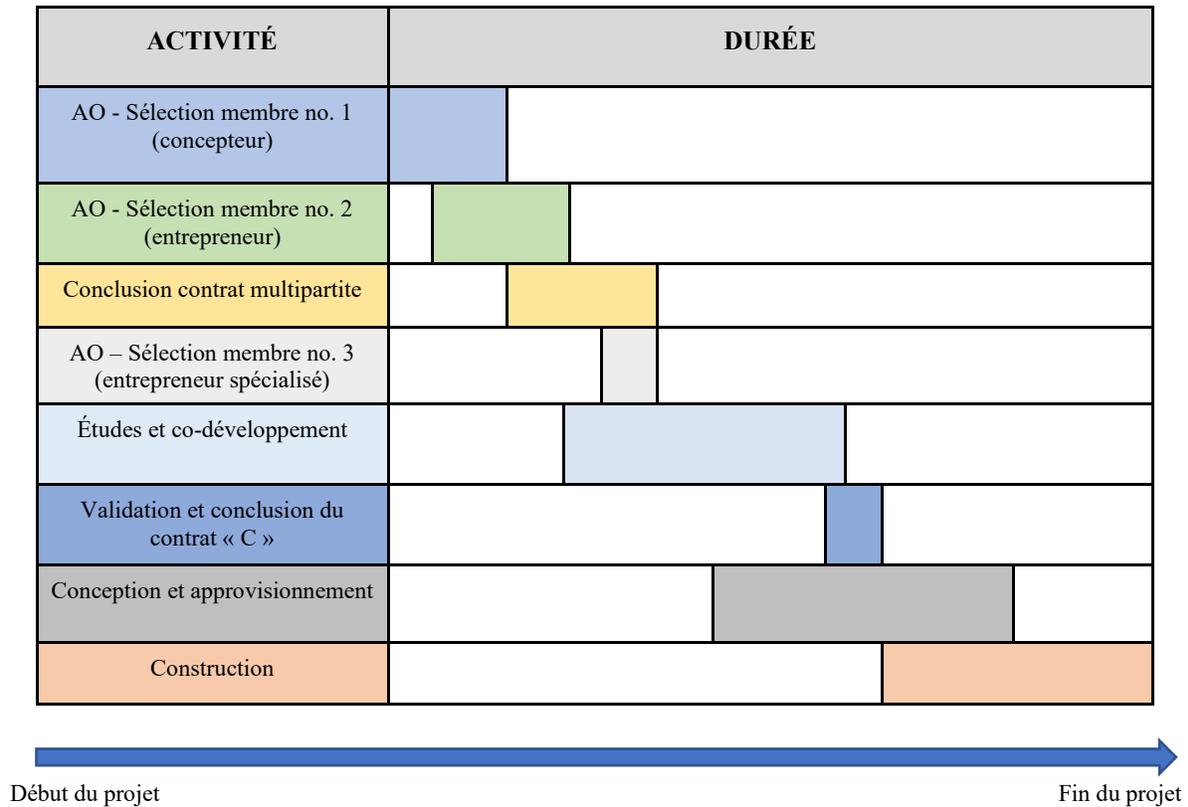


Figure 12 – Principales phases de la RPI

Comme le prévoit cette figure et contrairement aux autres modes de réalisation à l’étude (à l’exception de la conception-construction progressif), la RPI inclut une phase de co-développement à laquelle l’ensemble des parties prenantes sont appelées à participer. L’illustration 4 ci-dessous présente quant à elle le cycle de vie complet d’un projet réalisé en RPI. Elle permet notamment de constater l’importance de cette phase de co-développement :

²⁶³ AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, préc., note 258, p. 33 ; P. RAISBECK, R. MILLIE et A. MAHER, préc., note 178, p. 1022 et 1025.

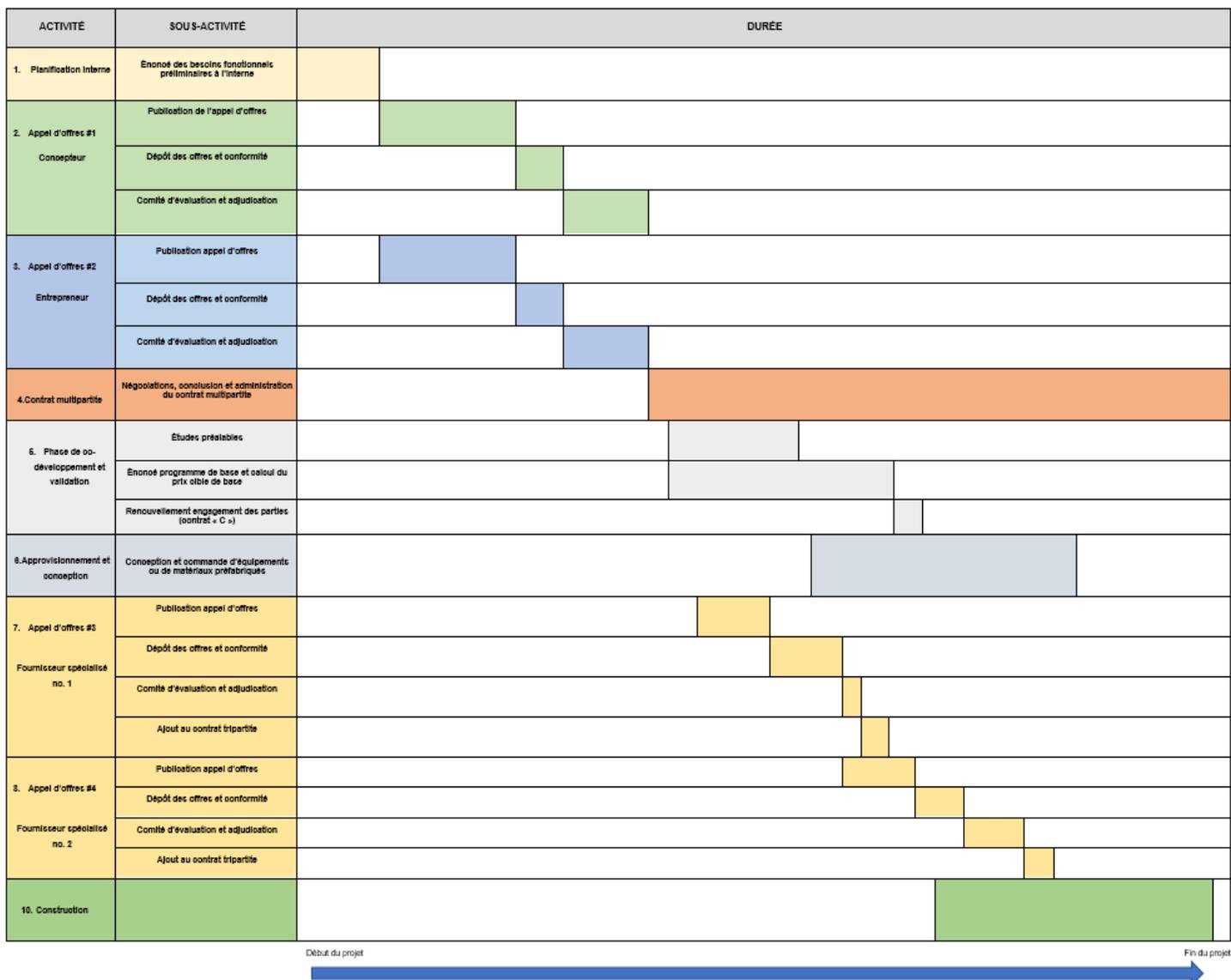


Illustration 4 – Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé en RPI²⁶⁴

Les activités et sous-activités d'un projet réalisé en RPI de même que leur ordonnancement peuvent varier considérablement d'un projet à un autre, notamment en fonction du nombre de parties prenantes invitées à se joindre à l'entente multipartite.

²⁶⁴ L'illustration 4 est jointe en annexe au présent mémoire dans un format agrandi afin d'en faciliter la lecture.

De plus, la RPI implique généralement que l'Administration publique demeure responsable de financer le projet et d'exploiter l'infrastructure une fois sa mise en service complétée, contrairement à certains projets réalisés en PPP.

L'OIQ²⁶⁵ et le *Guide des modes de réalisation des projets de construction (CCDC-10)* illustrent de façons très similaires la structure contractuelle et la composition de cette équipe de projet :

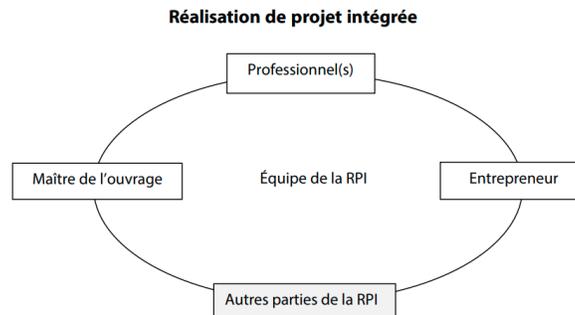


Figure 13 – Structure contractuelle de la RPI (CCDC-10)²⁶⁶

Les professeurs et chercheurs Mario Bourgault, Ivanka Iordanova, Nathalie Perrier, Sara Rankohi et Mathieu Denis proposent une figure plus détaillée de cette structure contractuelle en y intégrant le cycle de vie du projet et en illustrant le rôle des acteurs qui gravitent en périphérie de l'équipe de base (sans toutefois en faire partie) :

²⁶⁵ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 84.

²⁶⁶ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 10 ; Voir également ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 84.

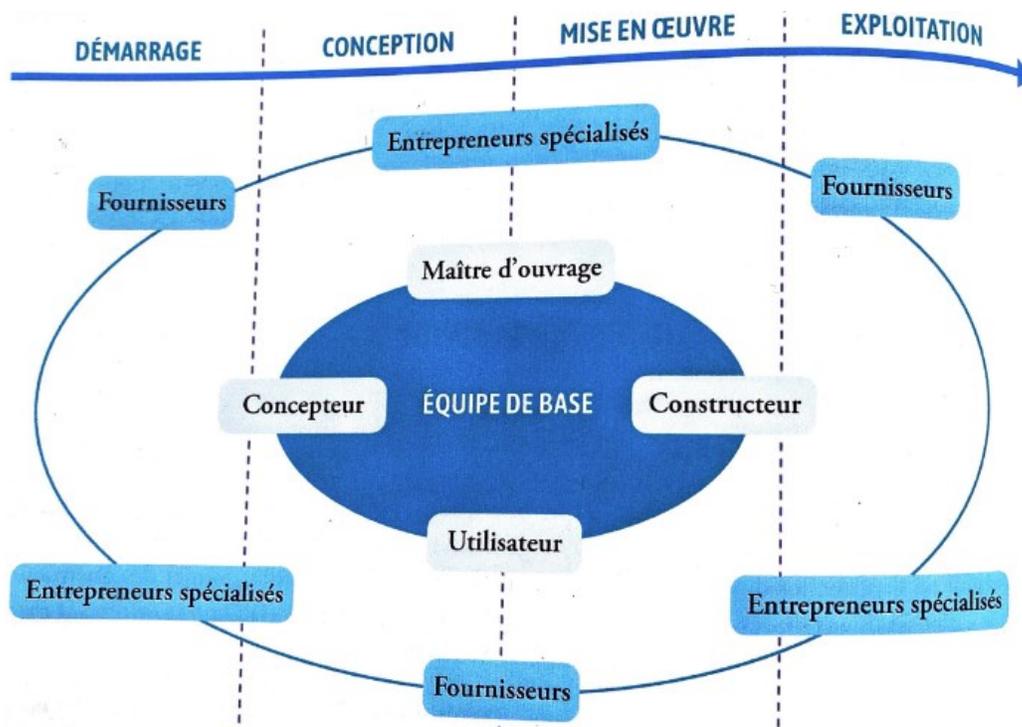


Figure 14 – Structure contractuelle de la RPI (Bourgault et al.)²⁶⁷

La figure élaborée par la SQI pour illustrer la structure contractuelle de la RPI permet pour sa part de constater que de très nombreuses parties peuvent être appelées à se joindre à l’entente multipartite selon différentes vagues²⁶⁸ :

²⁶⁷ M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 184.

²⁶⁸ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, « Réalisation de projet intégré (RPI), le mode », décembre 2024, en ligne : « https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/expertises/gestion_de_projets/brochure_rpi_sqi_2024.pdf. ».

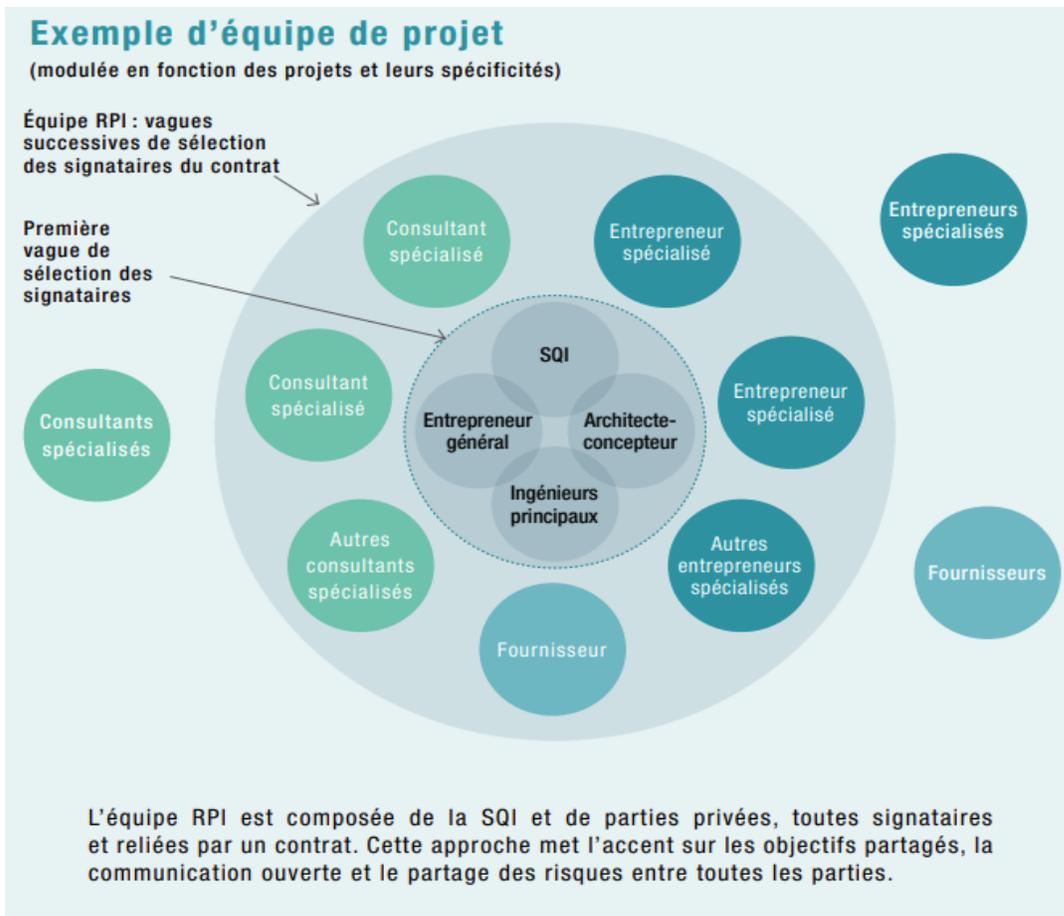


Figure 15 – Structure contractuelle RPI (SQI)

Dans le contexte du droit des marchés publics québécois (et sous réserve de nos observations aux chapitres 1.4 et 1.5 concernant le PL 62 et le PL 79), différents appels d'offres doivent être réalisés par l'Administration publique afin d'identifier et sélectionner les membres de l'équipe. Le nombre d'appels d'offres à tenir sera déterminé par le nombre de membres que l'Administration publique souhaite réunir au sein de l'équipe de projet. L'Administration publique peut tenir certains de ces appels d'offres en simultanément ou de façon séquentielle. En plus des exigences techniques déjà connues par l'Administration publique, les documents d'appel d'offres devraient contenir les termes de l'entente multipartite proposés par l'Administration publique, incluant les règles de gouvernance de l'équipe RPI. Les documents d'appel d'offres devraient aussi inclure les règles encadrant la rémunération du fournisseur jusqu'à la fin de la phase de co-développement.

Une fois formée, l'équipe RPI se réunit et fait appel aux expertises de ces membres afin de développer conjointement le projet.

La RPI mise sur la pleine collaboration entre les parties prenantes ainsi que sur leur totale transparence monétaire et stratégique les unes envers les autres, tant durant la phase de co-développement que durant les travaux. Elle prévoit un partage des risques et bénéfices du projet qui se veut transparent entre les différents membres de l'équipe. La RPI propose aussi aux membres de l'équipe de renoncer à certaines catégories de recours et poursuites qu'ils pourraient avoir les uns envers les autres dans le cadre du projet²⁶⁹. Le droit québécois impose toutefois plusieurs limites aux renonciations qui pourront être valablement consenties par les parties²⁷⁰.

L'équipe RPI est généralement appelée à prendre des décisions communes qui lient l'ensemble des membres. Ces décisions et la gouvernance de l'équipe peuvent être confiées à un comité décisionnel sur lequel siègent des représentants désignés par chacun des membres de l'équipe. Les décisions doivent généralement être adoptées à l'unanimité pour favoriser l'harmonie au sein de l'équipe ainsi qu'une imputabilité collective. Les règles de gouvernance de l'équipe peuvent aussi inclure certaines formes de vetos accordées à l'Administration publique ou à d'autres parties en fonction des sujets abordés. Les représentants appelés à siéger sur le comité décisionnel doivent disposer des pouvoirs les autorisant à lier et engager l'entité qu'ils représentent. Une tierce partie peut également être appelée à agir à titre de superviseur de la collaboration au sein de ce comité. Le rôle de ce superviseur peut consister à favoriser l'harmonie et éviter des impasses au sein du comité décisionnel²⁷¹. Considérant la complexité de la gouvernance du projet, il peut être recommandé à l'Administration publique d'élaborer des outils qui assureront une compréhension commune de la gouvernance de projet. À titre d'exemple, les documents contractuels peuvent inclure des schémas qui illustrent le processus décisionnel mis en

²⁶⁹ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 84-85.

²⁷⁰ Voir les dispositions d'ordre public prévues au Livre V – *Des obligations* du C.c.Q, incluant les articles 1474 et 2115 C.c.Q. Voir également plusieurs dispositions du *Code de déontologie des ingénieurs*, c. I-9, r.6 et du *Code de déontologie des architectes*, c. A-21, r. 5.1.

²⁷¹ Voir l'appel d'offres no. 20006000 (IM704626) « Services de mentorat en collaboration » publié par la Société de développement et de mise en valeur du Parc Olympique dans le cadre du projet de remplacement du toit du stade olympique de Montréal.

place. Dans les articles *Integrated Project Delivery Agreement – A Lawyer’s Perspective*²⁷² et *The IPD Framework*, l’avocat et auteur Howard W. Ashcraft Jr. propose le logigramme décisionnel suivant afin d’illustrer les règles de gouvernance généralement en vigueur au sein de l’équipe RPI :

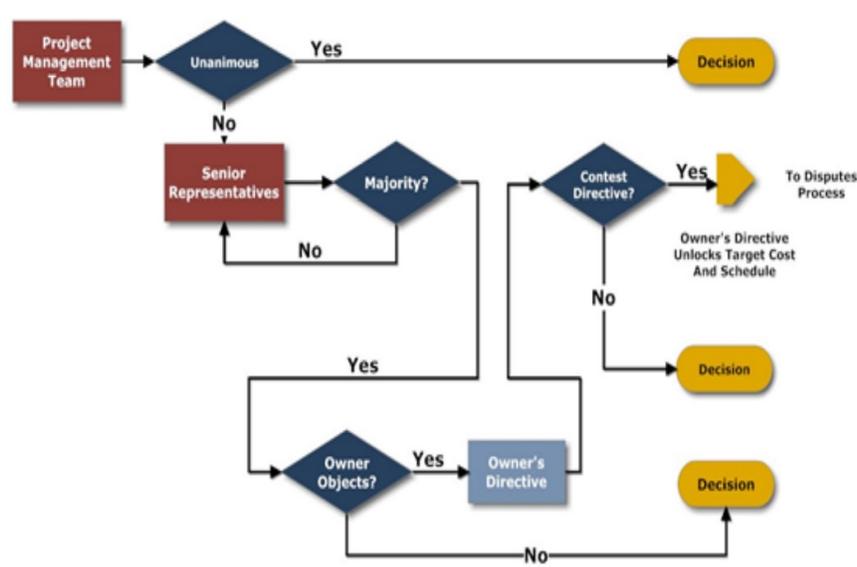


Figure 16 – Logigramme décisionnel RPI (Ashcraft)²⁷³

La figure 16 permet notamment d’illustrer que l’Administration publique peut conserver le pouvoir d’émettre des directives exécutoires lorsqu’il est impossible d’atteindre l’unanimité au sein de l’équipe RPI.

7.2. La mise en place et l’exécution d’un projet en RPI

Comme nous le soulignons au chapitre 1.3, nous sommes d’avis que les organismes publics pourraient éventuellement avoir recours à la RPI dans la mesure où un règlement adopté par le Conseil du trésor le prévoit²⁷⁴. Les organismes municipaux pourraient eux aussi avoir recours à la RPI si le PL 79 est adopté et que le MAMH adopte un règlement en ce sens. Les entreprises du gouvernement peuvent pour leur part recourir à la RPI si leur politique

²⁷² H. W. ASHCRAFT, préc., note 59.

²⁷³ Howard W. ASHCRAFT, « The IPD Framework », Hanson Bridgett, 2012, p. 8.

²⁷⁴ Voir article 3 LCOP. Selon notre lecture de l’article 3 LCOP, le contrat de partenariat ne prévoit pas tous les aspects de la RPI, incluant le contrat multipartite.

d'approvisionnement permet la mise en place des règles et mécanismes décrits au présent chapitre.

Une fois les membres de l'équipe RPI sélectionnés, ceux-ci sont appelés à entreprendre conjointement la phase de co-développement de l'ouvrage et la validation du projet. Cette phase comporte plusieurs activités critiques qui serviront de base au déroulement des étapes subséquentes. Elle prévoit notamment la tenue d'ateliers de travail, la collecte de données au terrain, la production d'échéanciers et d'estimations, l'élaboration de matrices de responsabilité, l'identification des risques et la mise en place de différents comités et sous-comités.²⁷⁵ Les services rendus sont alors généralement rémunérés par l'Administration publique sur la base des taux horaires proposés dans les différentes soumissions retenues ou selon les coûts réels encourus, excluant toute marge bénéficiaire. Lorsque des services, biens ou expertises ne peuvent être fournis directement par un membre de l'équipe, ceux-ci peuvent recourir aux services de tiers qui seront alors appelés à jouer le rôle de fournisseurs de l'équipe sans toutefois en faire partie intégrante.²⁷⁶

La phase de co-développement doit notamment permettre la création d'un programme de base commun et la détermination d'un coût cible de base excluant les marges bénéficiaires des entreprises privées. Une réserve pour imprévus (aussi appelée contingence de l'Administration publique) peut être ajoutée au coût cible de base pour couvrir les conséquences financières des imprévus que l'Administration publique accepte d'assumer. En plus de cette réserve pour imprévus, l'équipe RPI déterminera des réserves pour risques qui sont attribuées individuellement à chacun des membres de l'équipe. Ces réserves pour risques permettent de couvrir les risques qui sont supportés individuellement par chaque membre de l'équipe RPI et qui ne sont pas couverts par la contingence de l'Administration publique. Dans l'éventualité où un risque assumé par une partie privée se matérialise, la réserve pour risque fixée pour cette partie sera utilisée par l'Administration publique afin de couvrir les coûts qui en découlent. Dans la mesure où aucun des risques confiés à une

²⁷⁵ Voir notamment SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 13 ; COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Contrat de réalisation de projet intégré, CCDC 30 – 2018 », section 4.1 – Phase de validation.

²⁷⁶ Par exemple des firmes spécialisées en analyse environnementales qui ne sont pas appelées à jouer un rôle critique durant le projet.

partie privée ne se matérialise durant le projet, la valeur de la réserve pour risque lui sera alors versée en intégralité à la fermeture du projet. La réserve pour risque se convertira ainsi en profit puisque l'ensemble des coûts encourus lui auront déjà été payés par l'Administration publique.

La valeur de la réserve pour risques attribuée à chaque membre correspond donc au profit maximal que chaque partie peut toucher à la fermeture du projet. L'Administration publique doit ainsi superviser attentivement et approuver les méthodes qui permettent de fixer ces réserves pour risques. Howard W. Ashcraft Jr. propose d'illustrer cette structure financière particulière comme suit :

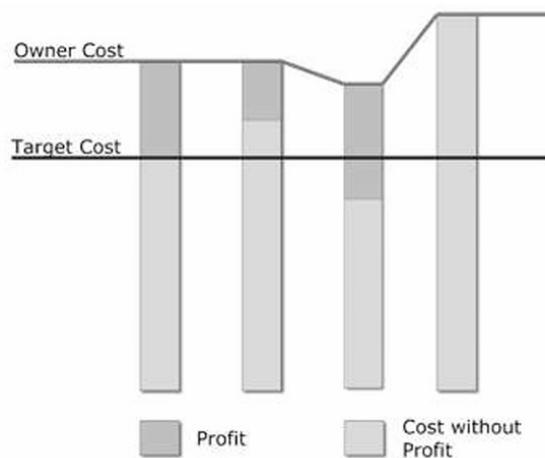


Figure 17 – Structure financière RPI (Ashcraft)²⁷⁷

Lors de la clôture de la phase de validation et de co-développement, les membres de l'équipe doivent confirmer s'ils acceptent de s'engager à réaliser les phases de conception et d'approvisionnement du projet en fonction du programme de base et du coût cible de base convenus. Ainsi, alors que la structure d'appel d'offres standard implique la conclusion d'un contrat « A » puis d'un contrat « B », la RPI impliquera aussi généralement la conclusion d'un troisième contrat que nous proposons de désigner contrat « C » afin de respecter la terminologie employée par la Cour suprême du Canada. À défaut de conclure un tel contrat « C » regroupant l'ensemble des membres de l'équipe RPI, l'Administration publique pourrait devoir annuler le projet et mettre un terme à l'entente entre les parties.

²⁷⁷ H. W. ASHCRAFT, préc., note 59, p. 115.

Nous abordons plus en détail les risques associés à la conclusion de ce contrat « C » aux chapitres 7.3 et 7.4.

Durant les phases de validation et de construction, l'Administration publique ne verse généralement aucune forme de profits aux membres de l'équipe RPI. Comme nous le mentionnons précédemment, ce n'est qu'une fois la phase de réalisation des travaux achevée que le client est appelé à redistribuer à chacune des parties la portion des réserves pour risques qui demeurent inutilisée et qui est alors convertie en profits, le cas échéant.

Les membres de l'équipe RPI sont ainsi encouragés à réduire leurs dépenses afin de maximiser les profits pouvant être obtenus. Lorsque l'intégralité d'une réserve pour risques est épuisée et qu'un membre continue d'encourir des frais pour réaliser le projet, l'Administration publique devra obligatoirement assumer les coûts additionnels encourus par celui-ci (si de tels coûts ne relèvent pas d'une erreur technique d'un membre de l'équipe). Le paiement de coûts au-delà de la réserve pour risques d'un membre impliquera toutefois que ce dernier ne touchera aucun profit au terme du projet. Ainsi, même lorsqu'elle dépasse les budgets établis, l'Administration publique pourra néanmoins s'assurer de payer un coût raisonnable pour l'ouvrage qui tient compte de son coût réel de construction.

Le cas échéant, la portion résiduelle de la réserve pour imprévus (contingence de l'Administration publique) sera quant à elle conservée par l'Administration publique à la fermeture du projet, à moins que les parties n'en aient décidé autrement.

La SQI propose d'illustrer la structure financière d'un projet réalisé en RPI comme suit²⁷⁸ :

²⁷⁸ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 15.

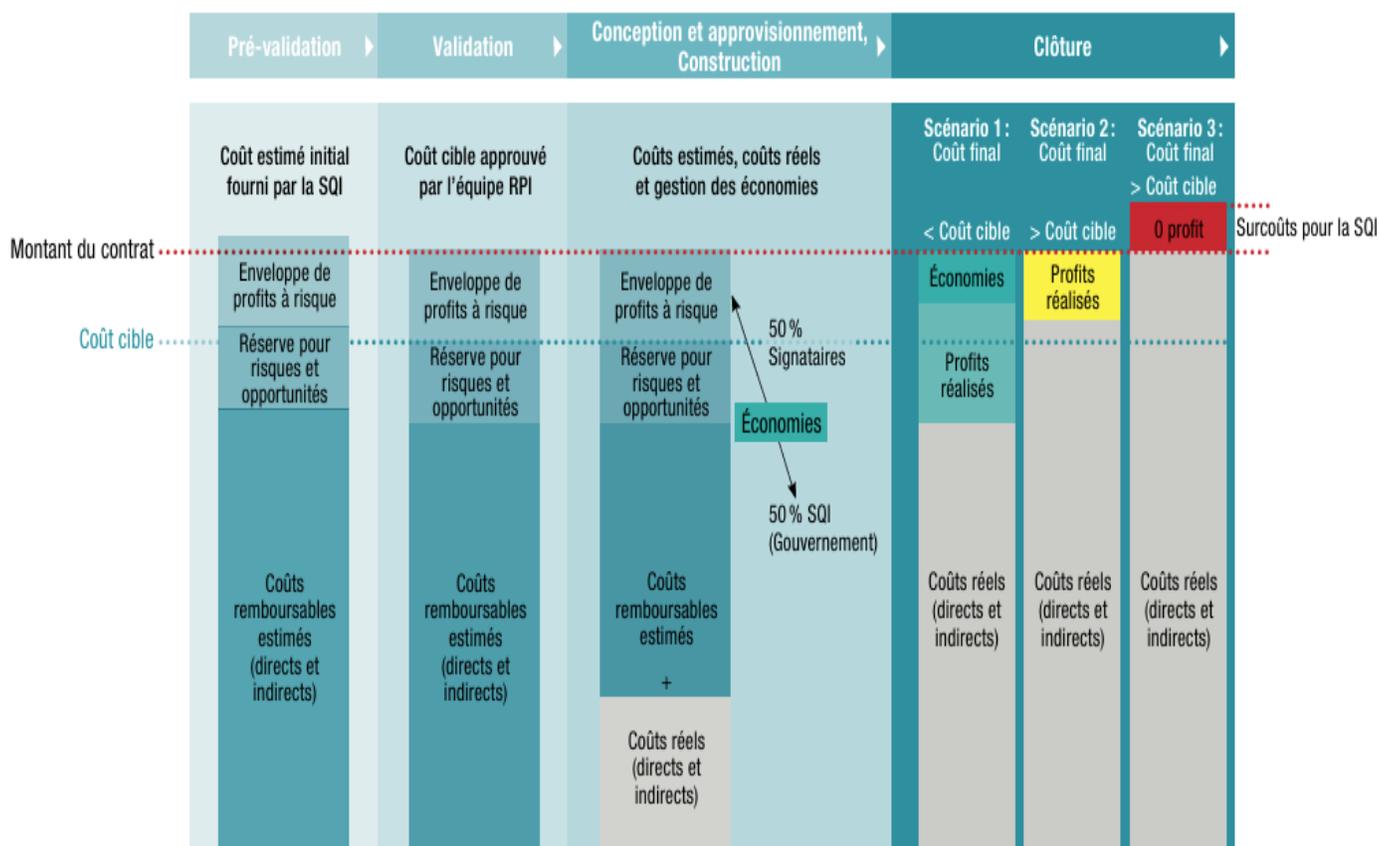


Figure 18 – Structure financière RPI (SQI)

En somme, la RPI permet aux entreprises privées de contrôler et minimiser leurs risques tout en permettant à l'Administration publique de contrôler la portion des profits versée aux entreprises privées²⁷⁹.

Le contrat type CCDC 30 publié en 2018 propose un gabarit de contrat de RPI²⁸⁰. Le CCDC 30 prévoit la réalisation du projet en quatre phases successives, mais qui peuvent en partie se chevaucher. La phase de validation (suivant la sélection des membres) vise d'abord à assurer la collecte des données concernant le site et les risques du projet. La seconde phase du projet regroupe les activités de conception et d'approvisionnement durant laquelle les parties sont appelées à élaborer les plans et devis de l'ouvrage, à fixer le coût cible final et à convenir des réserves pour risques attribuées. La phase de conception et d'approvisionnement peut aussi permettre aux parties de procéder à l'achat des matériaux

²⁷⁹ Howard W. ASHCRAFT, Jr., préc., note 59, p. 113-117 ; SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 1.

²⁸⁰ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 278.

préfabriqués devant avoir lieu en amont de la phase de construction. La troisième phase du projet regroupe les activités de construction à réaliser au chantier. Durant ces trois premières phases, l'Administration publique rembourse à chaque membre les coûts des travaux et services rendus en fonction de leur coût réel conformément aux taux et budgets préalablement convenus. Une fois la phase de travaux terminée, la période de garantie de l'ouvrage entre en vigueur. L'Administration publique procède alors au versement et à la redistribution des économies générés à chaque membre de l'équipe conformément aux termes du contrat²⁸¹.

Les clauses prévues au CCDC 30 visent notamment à obliger les parties à maintenir une atmosphère de confiance mutuelle et à promouvoir l'harmonie et la collaboration entre elles tout au long du projet. Le CCDC 30 invite les parties à identifier clairement leurs principales responsabilités dans une matrice des tâches contractuelles annexée au contrat. Il prévoit une mise à jour et une précision progressive du budget du projet selon la séquence suivante. Les parties doivent d'abord convenir d'un « coût cible de base » élaboré en fonction du programme de base déterminé durant la phase de validation du projet. Le coût cible de base peut ensuite être remplacé ou converti en « coût cible estimatif final » à la lumière des études et estimations produites par les parties. Lorsque l'avancement du projet le permet, le coût cible estimatif final peut ensuite être remplacé et converti en « coût cible final », puis finalement en « coût réel final ».

Le CCDC 30²⁸² prévoit par ailleurs que les membres de l'équipe RPI doivent tenter de résoudre tout différend par la négociation à l'amiable puis par la médiation ou l'arbitrage en cas d'impasse. Lorsqu'un différend persiste, le maître de l'ouvrage peut également émettre des instructions nécessaires à la bonne réalisation du projet. Il prévoit la mise en place de différents comités au sein de l'équipe de base, à savoir l'équipe de conception et de construction, l'équipe dirigeante, l'équipe de gestion du projet et l'équipe de mise en œuvre du projet. Nous proposons d'illustrer les principales composantes de la gouvernance de projet suggérée par le CCDC 30 comme suit :

²⁸¹ Voir également SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 10-15, qui reprend en bonne partie le phasage proposé par le CCDC 30.

²⁸² COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, « Contrat de réalisation de projet intégré, CCDC 30 – 2018 ».

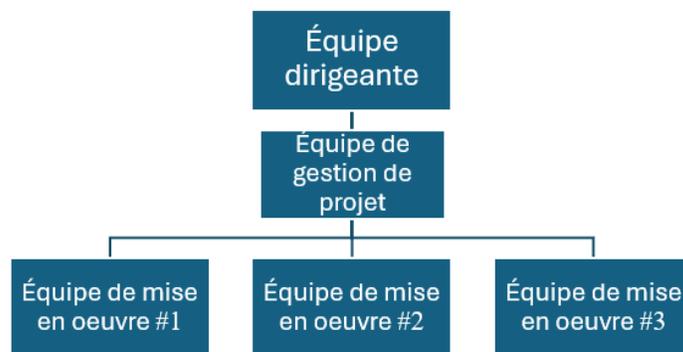


Figure 19 – Structure de la gouvernance RPI (sommaire)

Bien que nous n’ayons recensé aucun projet public réalisé en RPI au Québec, nous soulignons que la Société de développement et de mise en valeur du Parc olympique a obtenu une autorisation spéciale de la part du gouvernement en janvier 2024 conformément à l’article 25 LCOP afin de conclure un contrat qui prévoit un mode de réalisation similaire à la RPI. Ce contrat d’une valeur de près de 729 millions de dollars regroupe à la fois la planification, la conception, l’approvisionnement et la réalisation des travaux de remplacement du stade olympique de Montréal²⁸³.

7.3. Les principaux avantages de la RPI

La RPI peut offrir plusieurs avantages stratégiques à l’Administration publique.

Ce mode de réalisation peut d’abord augmenter l’attractivité des grands projets d’infrastructure publique auprès des entreprises privées et ainsi accroître la concurrence au sein de l’industrie. En effet, puisque la RPI permet de limiter les risques commerciaux devant être acceptés par les entreprises privées²⁸⁴, ces dernières peuvent prendre part à des projets majeurs réalisés en RPI sans devoir disposer de protections financières extrêmement élevées. Ainsi, contrairement aux projets majeurs réalisés en mode traditionnel qui attirent généralement un bassin très limité d’entrepreneurs généraux, les projets majeurs réalisés en RPI pourraient attirer un plus grand bassin d’entreprises et générer une plus forte concurrence.

²⁸³ Voir le Décret 120-2024 adopté par le gouvernement du Québec le 31 janvier 2024.

²⁸⁴ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 82.

La RPI favorise également la transparence financière²⁸⁵ entre les parties prenantes et évite que des réserves pour risques disproportionnées ne soient aveuglément converties en profits. En effet, puisque les parties sont appelées à convenir conjointement du montage financier du projet et à partager leurs données financières, chacune d'elles peut s'assurer que les risques et réserves seront répartis équitablement. Cet avantage s'avère particulièrement bénéfique par rapport aux autres modes de réalisation à l'étude lorsque le bassin d'entrepreneurs généraux intéressés à réaliser des projets majeurs est limité et que la concurrence ne permet donc pas à elle seule d'écarter les soumissionnaires qui prévoient des réserves pour risques disproportionnées.

La RPI peut également permettre de diminuer les risques de différends majeurs entre les parties prenantes au projet. En effet, par leur participation dans des comités multidisciplinaires, les membres de l'équipe RPI sont appelés à se prononcer sur l'ensemble des décisions stratégiques prises dans le cadre du projet et ils en assument donc collectivement les conséquences. Les décisions mises en place dans le cadre du projet reflètent ainsi généralement une vision commune partagée par les membres de l'équipe. Ce faisant et contrairement au mode traditionnel de réalisation qui peut favoriser un climat de confrontation entre les parties prenantes, les membres de l'équipe RPI pourront difficilement se reprocher mutuellement les difficultés rencontrées durant le projet²⁸⁶. Au surplus, en permettant les communications directes entre les parties prenantes au projet, la RPI favorise une meilleure compréhension des enjeux et difficultés de chaque partie.

L'implication hâtive (*early involvement*) de toutes les parties prenantes au projet et le retrait des cloisons entre celles-ci offrent également plusieurs avantages à l'Administration publique²⁸⁷. L'implication hâtive des parties peut notamment favoriser l'intégration de technologies innovantes à l'ouvrage puisque l'ensemble des intervenants concernés pourront être consultés avant l'identification d'une technologie à implanter. Les parties pourraient même conjointement participer à des tests et essais afin de sélectionner les

²⁸⁵ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 9 ; James PEASE, Renee CHENG, Markku ALLISON, Howard ASHCRAFT et Sue KLAWANS, « Integrated Project Delivery – An Action Guide for Leaders », 2019, consulté le 9 octobre 2024, en ligne : « https://leanipd.com/wp-content/uploads/IPD_Guide_pankow_IPDA_CIDCI_v3_single-page.pdf ».

²⁸⁶ H. W. ASHCRAFT, Jr., préc., note 59, p. 123-125.

²⁸⁷ *Id.*, p. 121-122.

options et technologies les plus appropriées et compatibles. La collaboration hâtive entre les parties permet aussi de réduire les risques de *gaspillage* d'énergie et de ressources (ou de dédoublement de tâches) notamment puisque les parties pourront rapidement s'entendre sur les étapes, tests et échantillons requis tout en coordonnant leurs efforts et ressources. Au surplus, puisque les économies générées par le projet peuvent être converties en profits, les parties prenantes ont avantage à développer collectivement des méthodes de travail performantes qui minimiseront leurs coûts dès les premières phases du projet. La RPI peut ainsi favoriser le développement de méthodes de travail innovantes et efficaces.

La RPI peut également minimiser les pertes de temps et périodes d'improductivité durant l'ensemble des phases du projet puisque les membres de l'équipe coordonnent et planifient conjointement le projet. Les parties peuvent ainsi s'assurer de leur disponibilité respective lors de certains événements critiques tout en planifiant les ressources et équipements suffisamment à l'avance. Aussi, puisqu'elle permet aux parties prenantes d'identifier et de partager de manière consensuelle les risques techniques, la RPI peut minimiser les risques de malentendus et de litiges entre les membres de l'équipe RPI.

Finalement, la RPI peut faciliter le recours à la préfabrication des matériaux de construction et maximiser ses bénéfices²⁸⁸. En effet, la RPI permet aux parties de rapidement identifier les éléments qui peuvent être préfabriqués en usine durant la phase de validation et de confirmer la commande des matériaux dès que la solution est validée par toutes les parties concernées durant la phase d'approvisionnement. Tout comme pour les projets réalisés en conception-construction, le recours au BIM²⁸⁹ durant les phases de validation et d'approvisionnement pourrait faciliter l'intégration des biens préfabriqués dans la réalisation du projet.

²⁸⁸ S. RANKOHI, M. BOURGAULT, I. IORDANOVA et C. CARBONE, préc., note 57, p. 10.

²⁸⁹ Voir notamment H. W. ASHCRAFT, Jr., préc., note 59, p. 129.

7.4. Les principaux risques juridiques et les principales limitations de la RPI

Le recours à la RPI peut d'abord s'avérer risqué pour l'Administration publique en raison de l'inexpérience du marché québécois. En effet, considérant sa récente émergence au Québec, la mise en place de la RPI peut générer plusieurs questions et de nombreuses incertitudes tant du côté de l'Administration publique que de celui des potentiels fournisseurs. Les bienfaits et avantages de la RPI pourraient notamment être compromis si les parties qui s'engagent dans des projets réalisés en RPI ne bénéficient pas de la formation et de l'encadrement adéquats et qu'ils n'adhèrent pas pleinement à la philosophie collaborative de la RPI. Nous soulignons d'ailleurs que les parties prenantes aux projets publics d'infrastructures se sont habituées à travailler dans un environnement conflictuel et qu'il pourrait donc être difficile de mettre en place un changement de paradigme aussi important. L'Administration publique peut néanmoins minimiser ce risque en formant ses propres ressources et en organisant des ateliers ouverts à l'ensemble des entreprises intéressées. La SQI a d'ailleurs entrepris cette démarche en tenant des journées de formation ouvertes aux entrepreneurs afin de présenter les rouages de la RPI en marge du dépôt du PL 62²⁹⁰. L'Administration publique pourrait également avoir avantage à tenir des séances d'information individuelles ouvertes aux potentiels soumissionnaires afin de les sensibiliser aux particularités de ce mode de réalisation.

Le succès d'un projet réalisé en RPI peut également être compromis si certains membres de l'équipe RPI sous-estiment les efforts administratifs qu'ils doivent déployer durant le projet. En effet, la RPI implique une importante lourdeur administrative et exige que chacun des membres de l'équipe demeure disponible, proactif et réactif tout au long du projet. L'indisponibilité de certaines ressources clés pourrait ultimement ralentir et même paralyser l'avancement du projet²⁹¹. Les membres de l'équipe RPI doivent donc accepter de s'investir pleinement dans le projet et s'attendre à devoir déployer des efforts administratifs nettement supérieurs à ceux normalement mobilisés dans le cadre des projets réalisés selon les autres modes de réalisation à l'étude. À ce chapitre, la RPI exige entre

²⁹⁰ PORTAIL CONSTRUCTO, « Formation à l'industrie : Le mode Réalisation de projet intégrée – RPI », en ligne : « https://www.portailconstructo.com/formations/formation_lindustrie_mode_realisation_projet_integree_rpi » (consulté le 3 novembre 2024).

²⁹¹ H. W. ASHCRAFT, préc., note 59, p. 136.

autres que les membres mobilisent plusieurs ressources afin de siéger périodiquement au sein des différents comités et sous-comités du projet. La coordination de l'horaire de l'ensemble des représentants de chacun des comités peut représenter un défi additionnel pour l'équipe RPI. Ainsi, pour favoriser le succès du projet et éviter une démobilisation des ressources, chaque membre de l'équipe RPI doit adéquatement anticiper l'importance des efforts administratifs à mobiliser. L'Administration publique peut diminuer ce risque en partageant dès la procédure d'appel d'offres ses estimations concernant les quantités d'heures devant être consacrées aux ateliers et rencontres des comités. Elle peut également exiger que certaines ressources clés des membres de l'équipe RPI soient mobilisées exclusivement sur le projet afin d'assurer leur disponibilité et mobilisation, étant toutefois entendu que l'Administration publique devra alors assumer les coûts qui découlent de cette exigence. Le contrat multipartite peut également prévoir qu'il est interdit de remplacer certaines ressources clés, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, et que tout remplaçant devra avoir une expérience équivalente ou supérieure à celle de la ressource remplacée.

La RPI peut aussi avoir pour effet d'augmenter le pouvoir de négociation des entreprises privées vis-à-vis de l'Administration publique lors de la négociation du contrat « C »²⁹². En effet, alors que les autres modes de réalisation exigent généralement que les entreprises privées proposent des prix fixes dans le cadre de leur soumission (donc en période de concurrence et d'ouverture du marché), la RPI prévoit que le coût de la conception et de la construction sera convenu par les parties après la conclusion du contrat initial. Ainsi, lors de la clôture financière de la phase de validation du projet, l'Administration publique est tenue d'établir de gré à gré avec ses partenaires les paramètres financiers du projet²⁹³. L'Administration publique peut alors se retrouver dans une position délicate puisqu'elle pourra difficilement faire appel au marché afin de remplacer un partenaire qui tenterait d'imposer des paramètres déraisonnables. L'Administration publique peut minimiser ce risque en incluant dans les documents d'appels d'offres des clauses qui établissent et fixent

²⁹² Voir notamment H. W. ASHCRAFT, Jr., préc., note 59, p. 130-153 : les parties doivent négocier et convenir de nombreux paramètres (partage des risques, identifications des cibles, calcul des coûts, calcul des profits, calcul des contingences et gouvernance).

²⁹³ SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, préc., note 267, p. 13.

les paramètres applicables lors de la clôture financière. À titre d'exemple, les clauses contractuelles pourraient indiquer des marges bénéficiaires maximales ou encore prévoir différents prix plafonds par discipline.

La mise en place de nombreux comités multipartites et la gestion d'une relation contractuelle complexe sur une longue période peuvent par ailleurs représenter un terreau fertile et propice à la naissance de conflits personnels entre les membres des comités. Lorsqu'ils sont récurrents, ces conflits peuvent empêcher que des décisions ne soient prises à l'unanimité par les comités décisionnels et compromettre ainsi le bon déroulement du projet. Ce risque peut tout de même être minimisé en recourant aux services de consultants indépendants responsables de dénouer les impasses entre les membres de l'équipe RPI. Lorsque des conflits deviennent systémiques, les parties pourraient aussi avoir avantage à modifier la composition des comités au sein desquels ces conflits surviennent. Ces risques de nature humaine font d'ailleurs dire à certains observateurs que la RPI comporte un fort potentiel d'échec vu les pratiques conflictuelles ancrées dans l'industrie de la construction²⁹⁴.

La réalisation de plusieurs activités conjointement pourrait aussi complexifier l'exercice de garanties légales et engendrer des questionnements de nature déontologique pour les professionnels de la construction²⁹⁵. Pour les mêmes raisons, les couvertures d'assurance et les garanties d'exécution standards pourraient également être inadaptés à la RPI.

La RPI exige également que toutes les ressources mobilisées dans les comités et sous-comités de l'équipe disposent d'une grande expérience en matière de gestion de projets d'infrastructure. En effet, puisque le succès du projet repose en bonne partie sur la contribution de chacune des parties prenantes lors du co-développement du projet, les ressources mobilisées durant cette phase doivent avoir l'expérience suffisante pour

²⁹⁴ Debopam ROY, Sagar MALSANE, et Samanta K. PRADEEPTA, « Identification of Critical Challenges for Adoption of IPD », *Lean Construction Journal*, 2018, p. 12-13.

²⁹⁵ Voir notamment les articles 1474 et 2115 C.c.Q. Voir également plusieurs dispositions du *Code de déontologie des ingénieurs*, c. I-9, r.6 et du *Code de déontologie des architectes*, c. A-21, r. 5.1 qui encadrent les responsabilités des ingénieurs et architectes vis-à-vis du client. Le partage de responsabilité et l'imputabilité des gestes commis par les membres de l'équipe RPI pourraient notamment soulever plusieurs difficultés en cas de sinistre, tant pour les assurés que les assureurs.

anticiper et répondre adéquatement aux difficultés techniques. Les ressources doivent donc non seulement être des experts dans leurs domaines de pratique respectifs, mais elles doivent également disposer de nombreuses années d'expérience dans le domaine des projets d'infrastructure. L'Administration publique peut notamment s'assurer que l'équipe RPI dispose de ressources suffisamment expérimentées en exigeant que les représentants des membres siégeant au sein des comités possèdent un nombre minimal d'années d'expérience.

Enfin, tout comme la conception-construction, le recours à la RPI peut avoir pour effet d'ajouter des postes de dépenses additionnels devant être assumés par l'Administration publique. En effet, l'Administration doit d'abord déployer des efforts considérables durant les différents appels d'offres afin d'évaluer la capacité des soumissionnaires à collaborer durant le projet. L'Administration publique peut effectivement être appelée à déboursier d'importantes sommes afin de mettre en place des cas pratiques et des simulations permettant d'évaluer les compétences collaboratives des soumissionnaires²⁹⁶. Les organismes publics doivent également avoir recours aux services d'un vérificateur de processus dans le cadre de l'appel d'offres lorsque celui-ci implique des ateliers bilatéraux conformément à l'article 3 LCOP. Ensuite, l'Administration publique peut devoir recourir aux services d'un certificateur indépendant appelé à attester de l'avancement des travaux et de la conformité de l'ouvrage. L'Administration publique peut aussi devoir assumer les frais d'un consultant appelé à favoriser la collaboration et dénouer les impasses au sein des comités. Selon la valeur des dépenses ainsi encourues, l'Administration publique pourrait devoir tenir de multiples appels d'offres.

7.5. Constats et conclusions concernant la RPI

Les observations présentées aux sections 7.1, 7.2 et 7.3 indiquent que la RPI peut être le mode de réalisation le plus approprié d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

²⁹⁶ P. RAISBECK, R. MILLIE et A. MAHER, préc., note 178, p. 1021.

D'abord, la RPI peut offrir d'importants avantages lors de la réalisation de projets d'infrastructure qui impliquent des risques techniques très élevés. En effet, puisque l'Administration publique s'engage à rembourser aux membres de l'équipe RPI l'ensemble des coûts encourus dans le cadre du projet (sauf quelques exceptions), la RPI peut permettre de sécuriser les entreprises privées qui n'ont pas une tolérance élevée aux risques de pertes financières. La RPI peut ainsi accroître l'attractivité du projet et générer une plus grande concurrence dans le cadre des projets qui sont généralement accessibles à un bassin d'entreprises ayant une tolérance plus élevée aux risques. La RPI pourrait par exemple être appropriée afin de réaliser certains projets qui impliquent l'excavation d'ouvrages souterrains complexes.

La RPI peut aussi être contractuellement appropriée afin de réaliser des projets qui impliquent l'intégration de plusieurs systèmes complexes devant être compatibles les uns avec les autres. En effet, en permettant aux différentes parties prenantes de se coordonner et de collaborer dès le lancement du projet, la RPI peut diminuer les risques d'incompatibilité et d'erreur techniques liées à l'intégration de plusieurs systèmes lors de leur mise en service. Ainsi, la RPI pourrait être appropriée pour réaliser des projets d'infrastructure de transport en commun²⁹⁷ ou ferroviaire qui exigent que les systèmes intégrés au matériel roulant soient parfaitement compatibles avec les ouvrages civils et leurs composantes (rails, stations, signalétiques, etc.). Elle pourrait également être appropriée pour réaliser des projets visant la construction de centrales hydroélectriques puisque de tels projets impliquent l'intégration d'équipements spécialisés (turbines, alternateurs, vannes, transformateurs et etc.) dans des ouvrages civils complexes. Pour la même raison, la RPI pourrait s'avérer appropriée afin de réaliser des projets visant la construction de stations de traitement des eaux usées²⁹⁸.

La RPI peut cependant s'avérer inappropriée d'un point de vue juridique dans les circonstances suivantes.

²⁹⁷ M.-C. SARRAZIN, A. MARTIN et G. JOBIDON, préc., note 4, p. 91.

²⁹⁸ *Id.*

D'abord, la RPI peut s'avérer inappropriée pour réaliser des projets de faible et de moyenne envergure puisque les délais et les coûts associés à la phase de co-développement pourraient s'avérer supérieurs aux bénéfices apportés par la RPI. Autrement dit, pour que la RPI soit « rentable », les efforts administratifs déployés par les parties prenantes doivent permettre d'atteindre un objectif précis.

Ensuite, puisque la RPI exige que toutes les parties prenantes disposent d'un niveau élevé de connaissance en matière de gestion de projets, ce mode de réalisation pourra s'avérer inapproprié pour réaliser des projets sous la responsabilité de donneurs d'ouvrages inexpérimentés. En effet, même si la RPI permet de mobiliser l'expérience des entreprises privées dès le démarrage du projet, l'Administration publique doit s'impliquer dans l'ensemble des comités et s'assurer que les décisions prises par l'équipe RPI permettront d'atteindre les objectifs du projet²⁹⁹.

La RPI pourrait aussi s'avérer inappropriée pour réaliser des projets qui visent à répondre à des besoins urgents. En effet, les délais occasionnés par la phase de co-développement et les négociations qui précèdent la conclusion du contrat « C » peuvent retarder le début des travaux. L'Administration publique pourrait ainsi se retrouver dans une position délicate puisqu'elle devra accélérer les négociations sans disposer de leviers commerciaux. Au surplus, le fait d'exercer une pression sur les différents comités afin de livrer un projet rapidement pourrait favoriser la naissance de litiges et la démobilisation des parties prenantes.

La RPI pourrait aussi s'avérer inappropriée pour réaliser des projets dans le cadre desquels un membre de l'équipe RPI est appelé à assumer une trop grande portion des responsabilités et des risques du projet. En effet, la RPI exige que tous les membres de l'équipe contribuent de façon significative au développement de l'infrastructure afin de créer une vision commune du projet. Dans la mesure où cette répartition est déséquilibrée, la collaboration au sein de l'équipe pourrait être compromise et la conception de l'ouvrage pourrait refléter la vision d'un seul membre de l'équipe. Les négociations devant mener à

²⁹⁹ James PEASE, Renee CHENG, Markku ALLISON, Howard ASHCRAFT et Sue KLAWANS, préc., note 285, p. 14-17.

la conclusion du contrat « C » pourraient également être plus ardues puisqu'une partie pourrait se trouver en position de force par rapport aux autres membres de l'équipe RPI. Ce scénario pourrait par exemple survenir dans le cadre de projets où une seule discipline représente plus de 80 % des coûts du projet.

Finalement, la RPI peut s'avérer inappropriée pour réaliser des projets dans le cadre desquels l'Administration publique souhaite contrôler étroitement la conception de l'ouvrage. Dans un tel cas de figure, l'Administration publique pourrait limiter la contribution des membres de l'équipe RPI ainsi que les opportunités d'innovation. Ainsi, tout comme pour le mode de conception-construction, la RPI pourrait s'avérer inappropriée pour assurer la construction de centres de détentions et la construction de certains hôpitaux.

CONCLUSION

Ce mémoire permet de mieux comprendre les enjeux juridiques qui distinguent chacun des modes de réalisation de projet à l'étude. Il offre un regard précis sur un domaine d'activité complexe et peu documenté dans le contexte du droit des marchés publics québécois.

Nos recherches nous permettent d'abord de conclure que les notions d'intérêt public et de saine administration des deniers publics doivent jouer un rôle central lors de la sélection d'un mode de réalisation de projet par l'Administration publique. Au surplus, notre mémoire montre qu'il ne suffit pas à l'Administration publique de choisir un mode de réalisation adapté pour chacun de ses projets d'infrastructure ; elle doit aussi s'assurer de mettre en place les mécanismes qui permettront de minimiser les risques qui accompagnent le mode de réalisation sélectionné.

Le cadre conceptuel présenté au chapitre 2 confirme par ailleurs que le droit des marchés publics et l'industrie québécoise de la construction traversent simultanément une période de réforme et de modernisation. Bien que les changements proposés par le législateur visent entre autres à faciliter la réalisation des projets d'infrastructure, ces changements pourraient également apporter leurs lots de défis et de questionnements juridiques au sein de l'industrie au cours des prochaines années. Dans ce contexte, nous espérons sincèrement que les réflexions partagées dans ce mémoire permettront de mieux pondérer et prévenir les risques juridiques associés à la réalisation de projets publics d'infrastructure.

Les conclusions présentées aux chapitres 5.3, 6.3 et 7.4 nous permettent d'affirmer qu'un donneur d'ouvrage public doit disposer d'un niveau élevé d'expertise en matière de gestion de projet d'infrastructure afin de pouvoir diversifier les modes de réalisation qu'il emploie.

Nos recherches démontrent également que le recours à la RPI et au mode de conception-construction progressif peut avoir pour effet d'obliger l'Administration publique à conclure un contrat « C » avec ses prestataires de services. En l'absence de balise légale claire encadrant la conclusion de ce contrat, le recours à ces modes de réalisation pourrait générer plusieurs questionnements juridiques au cours des prochaines années. Des recherches plus approfondies à ce sujet seraient selon nous grandement

bénéfiques en ce qu'elles pourraient notamment permettre de minimiser les risques d'impasses à l'issue de la phase de validation ou de développement du projet.

Les illustrations 1, 2, 3 et 4 élaborées dans le cadre de nos recherches permettent pour leur part de visualiser avec précision le cycle de vie d'un projet réalisé selon les modes de réalisation à l'étude. Ces illustrations peuvent notamment s'avérer utiles pour les juristes et les gestionnaires qui sont appelés à intervenir lors de la sélection d'un mode de réalisation et la planification d'un projet. Nous proposons également aux lecteurs de consulter ces illustrations conjointement avec les tableaux élaborés par l'OIQ³⁰⁰, le CCDC³⁰¹ et les chercheurs Mario Bourgault, Ivanka Iordanova, Nathalie Perrier, Sara Rankohi et Mathieu Denis³⁰² afin d'obtenir une vue d'ensemble des principales caractéristiques qui distinguent chacun des modes de réalisation à l'étude.

Nous réitérons également qu'un donneur d'ouvrage peut adapter ou personnaliser les modes de réalisation à l'étude afin de les adapter aux besoins et caractéristiques spécifiques de chaque projet.

Nous rappelons finalement que le choix d'un mode de réalisation optimal exige une réflexion multidisciplinaire qui ne se limite pas aux enjeux juridiques identifiés dans ce mémoire. Dans ce contexte, il nous apparaît essentiel que l'Administration publique sollicite l'intervention de différents professionnels. L'Administration publique devrait également documenter cette réflexion multidisciplinaire ainsi que le processus décisionnel ayant mené au choix d'un mode de réalisation pour chacun de ses projets d'infrastructure.

³⁰⁰ ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 85-87.

³⁰¹ COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, préc., note 6, p. 15-16.

³⁰² M. BOURGAULT, I. IORDANOVA, N. PERRIER, S. RANKOHI et M. DENIS, préc., note 2, p. 188-189.

BIBLIOGRAPHIE

A. MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS ET ARTICLES DE REVUE

AHMED, S. et EL-SAYEGH, S., « Critical Review of the Evolution of Project Delivery Methods in the Construction Industry », Buildings, MDPI, 2021.

ALJOHANI, A., AHIAGA-DAGBUI, D. et MOORE, D. « Construction Projects Cost Overrun : What Does the Literature Tell Us? » (2017) 8, International Journal of Innovation, Management and Technology, p. 137-143.

ASHCRAFT, H. W. Jr., « Integrated Project Delivery Agreement – A Lawyer’s Perspective », Journal of Canadian College of Construction, 2014.

ASHCRAFT, H. W. Jr., « The IPD Framework », Hanson Bridgett, 2012, en ligne : « https://ipda.ca/site/assets/files/1075/ipd_framework.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

APPELBAUM, J. R., « Does it Really Matter? What Does the Project Delivery System Bring to the Success or Failure of the Project? », 2012, American Bar Association, Forum on the Construction Industry

BOULENGER, S. et JOANIS, M., « Analyse économique des marchés publics dans l’industrie de la construction au Québec », CIRANO, 2015, en ligne : « <https://cirano.qc.ca/files/publications/2015RP-23.pdf> » (consulté le 12 mars 2024).

BOURGAULT, M., IODANOVA, I., PERRIER, N., RANKOHI, S. et DENIS, M., « Les modes de réalisation comme moyen d’orchestrer les projets de construction : Concepts et exemples nationaux », dans *La gestion de projets au Québec, Des cas pour illustrer une expertise en croissance*, Éditions JFD, 2021.

BRISTOW, D. I. et PARKE, J.A., « An overview of Three Commonly Used Construction Contracts – Stipulated Price Contract, Construction Management, and Design-Build », (2000), 49 *Construction Law Reports*.

COMEAU, M. et BOUCHARD, C., « Modélisation des données du bâtiment (BIM) : perspectives juridiques », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2021), vol 495, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2021, 93.

CUMYN, M. ET SAMSON, M., « La méthodologie juridique en quête d’identité », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 71(2), p. 1-42.

DESLAURIERS, J. et GAGNÉ, R., « La performance économique de l’industrie de la construction au Québec », 2012, HEC Montréal, en ligne :

« https://cpp.hec.ca/cms/assets/documents/recherches_publicees/PP_2012_02.pdf »
(consulté le 10 octobre 2024).

DESJARDINS, M. et BÉLANGER, F. « La gérance de construction et l'évolution récente de la responsabilité des intervenants », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la construction*, vol. n° 495, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 33-63.

DUFOUR, M.-H., *Le contrat d'entreprise de construction dans un contexte de grand chantier*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023.

EMANUELLI, P., *The Art of Tendering, A global due diligence guide*, 4e édition, Procurement Publishing Office, 2022.

FILIATRAULT, V., « Le mode de réalisation de projet « Conception et construction par étape » (Progressive Design-Build), une solution de rechange à l'approche traditionnelle? », Norton Rose Fulbright, 2021, en ligne : « <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/82b7cb64/le-mode-de-realisation-de-projet-conception-et-construction-par-etape> ».

GIROUX, P., LEMIEUX, D. et JOBIDON, N. *Contrats des organismes publics, Loi annotée*, 2^e éd., Montréal, Wolters Kluwer, 2014.

GOSSELIN, I. et MIGNEAULT, R., « Démystification de certains modes de prévention et de règlements des différends à privilégier pour éviter la guérilla judiciaire dans le domaine de la construction », dans Service de la formation permanent, Barreau du Québec, vol. 495, *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 189-232.

GOUGEON, P., « Productivité dans le secteur de la construction et impact d'accroître la polyvalence des métiers », Rapport final, 30 août 2023, accessible en ligne : « <https://www.acq.org/wp-content/uploads/2023/09/nouvelle-2023-prov-communique-productivite-dans-le-secteur-de-la-construction-et-impact-daccroitre-la-polyvalence-des-metiers-final.pdf> ».

GRANSBERG, D. D. et MOLENAAR, K. R., « Critical Comparison of Progressive Design-Build and Construction Manager/ General Contractor Project Delivery Methods », *Transportation Research Record*, 2019, Vol. 2673(1).

GUÉVREMONT, M., « 4D Simulation of Capital Construction Projects: Levels of Development and Ontology for Delay Claims Applications », *Concordia Institute of Information Systems Engineering*, thèse de doctorat, 2021.

JOBIDON, G., *Procédure d'appel d'offres et contrats d'infrastructures publiques : une perspective relationnelle pour favoriser l'utilisation de la RPI et du BIM*, thèse de doctorat, Université Laval, 2022.

JOBIDON, G., LEMIEUX, P. et BEAUREGARD, R., « Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language », (2019) 8, *MDPI Laws*.

JOBIDON, N., « Le droit de contracter avec l'État : Le principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics », (2021) 64 *Canadian Public Administration*, p. 202-217.

JOBIDON, N., « L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics », (2018) 48 *R.D.U.S.*, p. 91-122.

JOBIDON, N., *Contrats des organismes publics inférieurs au seuil d'appel d'offres - comment choisir le bon mode d'adjudication*, Brossard, Wolters Kluwer, 2011.

JOBIDON, N. « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), vol 551, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, 43.

JUNEAU-VOYER, M.-H., MAURICE, J.-P. et CHEBLI, S., « Modification accessoire au contrat municipal : où en sommes-nous depuis l'entrée en vigueur de l'article 573.3.0.4 de la Loi sur les cités et villes ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2022), vol 514, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2022, 49.

KENNY, W. J., « Risk Allocation in Design Build Contract », (2001) 7 *Carswell, Construction Law Report*, troisième série, p. 31-56.

KOTT, O. F. et ROY, C., *La Construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1998.

LANGLOIS, A. et FRADETTE, P.-O., *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018.

LAPRISE, S. et POULIOT, J.-B., « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des marchés publics*, vol. n° 510, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 59-94.

LÉPINE, S. et CHIDIAC, M., « La discrétion du donneur d'ouvrage public dans le cadre d'un processus d'adjudication », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec,

Développements récents en droit des marchés publics, vol. n° 510, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 241-285.

MARSHALL, R. C. et MARX, L. M., « The Economics of Collusion, Cartels and Bidding Rings », Boston, The MIT Press, 2011.

MOK, J., BALTHAZAR, C., CHITTI, M. et SHALABY, A., « Understanding the drivers of transit construction costs in Canada : a comparative study », Université de Toronto, version préliminaire du 4 décembre 2024, en ligne : « https://stateofcitiessummit.ca/files/041224_Understanding-the-Drivers-of-Transit-Construction-Costs-in-Canada-A-Comparative-Study.pdf » (consulté le 15 décembre 2024).

PAQUETTE, S., PARADIS, V., PERREAULT, J. et TARDIF, J. « Actualités en gestion contractuelle municipale » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), vol 551, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, p. 3.

PEASE, J., CHENG, R., ALLISON, M., ASHCRAFT, H. et KLAWANS, S., « Integrated Project Delivery – An Action Guide for Leaders », 2019, consulté le 9 octobre 2024, en ligne : « https://leanipd.com/wp-content/uploads/IPD_Guide_pankow_IPDA_CIDCI_v3_single-page.pdf ».

PELLERIN, A., *Réconcilier contrats publics et intérêt public: Pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2020.

PERREAULT, J., *Appels d'offres municipaux*, Montréal, Wolters Kluwer, 2020.

PLANTE, N., BROSSEAU, J.-P. et BERNARD, M.-P., « Consultation visant à évaluer le niveau d'intérêt des entrepreneurs et des professionnels envers les marchés publics », Raymond Chabot Grant Thornton, 2021, en ligne : « https://afg.quebec/wp-content/uploads/2022/11/2021_RCGT_Consultation_marches_publics.pdf ».

POULIOT, J.-B., *Contrats des organismes publics : l'évaluation qualitative des offres*, Brossard, Wolters Kluwer, 2012.

POIRIER, Erik A., ARAR, Ahmad, STAUB-FRENCH, Sheryl, ZADEH, Puyan et Bhonde, DEVARSH, « Investigating Factors Leading to IPD Project Success in Canada », Rapport final, Étude réalisée en collobartion entre l'École des technologies supérieures et l'Université de Colombie-Britannique, 2022, en ligne : « https://ipda.ca/site/assets/files/4374/ipda_canadian_ipd_case_studies_final_28.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

RAISBECK, P., MILLIE, R. et MAHER, A., « Assessing integrated project delivery: a comparative analysis of IPD and alliance contracting procurement routes », 26th Annual ARCOM Conference, 6-8 septembre 2010, Leeds, UK, Association of Researchers in Construction Management, p. 1019-1028.

RAMIREZ VELASQUEZ, J. M. et IORDANOVA, I., « Proposition de synergie entre le jumeau numérique et le lean dans la construction », Groupe de recherche en intégration et développement durable en environnement bâti (GRIDD), en ligne : « <https://gridd.etsmtl.ca/projets/a-proposed-synergy-between-digital-twin-and-lean-in-construction/>. » (consulté le 10 décembre 2024).

REWAY, S. G., *What Can Go Wrong with Design-Build Contracts?*, Construction Law Reports, Deuxième série, (1998) 37, Carswell, p. 109-124.

ROY, D., MALSANE, S. and SAMANTA P.K. « Identification of Critical Challenges for Adoption of IPD », *Lean Construction Journal*, 2018.

RANKOHI, S., BOURGAULT, M. IORDANOVA, I. et CARBONE, C., « Developing a Construction-Oriented DfMA Deployment Framework », MDPI, 2023, en ligne : « <https://www.mdpi.com/2075-5309/13/4/1050> » (consulté le 10 octobre 2024).

ROUSSEAU-HOULE, T., *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.

SALLÉE, C. et BARABÉ, M.-P., « *La gestion contractuelle des risques géotechniques dans les grands projets d'infrastructures souterraines* » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2024), vol 555, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024, 23.

SANSOUCY, A., *La protection des créances des sous-traitants dans le domaine de la construction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

SARAUULT, G., *Les réclamations de l'entrepreneur en construction en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

SARRAZIN, M.-C., MARTIN, A. et JOBIDON, G., « La mise en œuvre des modes collaboratifs au Québec : perspectives contractuelles et législatives » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la construction* (2024), vol 555, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2024,

SCHERER, T. et BRUNET, M., « L'influence de la modélisation des données sur la gestion des parties prenantes : le cas du projet d'agrandissement de l'aéroport de Québec », dans *La gestion de projets au Québec, Des cas pour illustrer une expertise en croissance*, Éditions JFD, 2021.

SIEMIATYCKI, M., *Cost Overruns on Infrastructure Projects: Patterns, Causes, and Cures*, University of Toronto, Institute on Municipal Finance and Governance, 2015.

TREMBLAY, L. B., *Le positivisme juridique versus l'herméneutique juridique*, 2012, 46-2, Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal.

WOODHEAD, B., DAVIS, T. et WALKER, R., *Collaborative construction contracts*, Alberta Law Review, 2023, volume 61 (2), p. 307-352.

B. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS ET CANADIENS

Cour suprême du Canada

PF Résolu Canada inc. c. Hydro-Québec, 2020 CSC 43

Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc., 2019 CSC 57, [2019] 4 R.C.S. 138

Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec, 2018 CSC 46.

Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie) 2010 CSC 4.

Design Services Limited, 2008 CSC 22.

Martel Building Ltd. c. Canada, [2000] 2 R.C.S. 860.

M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée [1999] 1 RCS 619.

Banque de Montréal c. Bail Ltée [1992] 2 RCS 554.

Corpex (1977) inc. c. La Reine du chef du Canada, [1982] 2 R.C.S.

La Reine (Ont.) c. Ron Engineering [1981] 1 RCS 111.

Cour d'appel du Québec

Ville de Sherbrooke c. Sherax Immobilier inc. 2023 QCCA 554.

MPECO inc. c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts, 2022 QCCA 916.

Coffrage Alliance ltée c. Procureure générale du Québec, 2020 QCCA 1383.

Ville de Montréal c. EBC inc., 2019 QCCA 1731.

Hydro-Québec c. Isolation Morissette ltée, 2018 QCCA 740.

3952851 Canada inc. c. Groupe Montoni (1995) division construction inc., 2017 QCCA 620.

Hôpital Maisonneuve-Rosemont c. Buesco Construction inc., 2016 QCCA 739.

Compagnie d'assurances générales Kansa Internationale ltée c. Lévis (Ville de), 2016 QCCA 32.

Hydro-Québec c. Construction Kiewit Cie, 2014 QCCA 947.

Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc., 2013 QCCA 580.

Construction BFC Foundation ltée c. Entreprises Pro-Sag inc., 2013 QCCA 1253.

Construction Infrabec inc. c. Paul Savard, Entrepreneur électricien inc. 2012 QCCA 2304.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Hydro-Québec, 2011 QCCA 1314.

Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée, [1999] R.J.Q. 929 (C.A.).

Dubé c. Grignon, 1997 QCCA (500-09-001566-926) AZ-97011658.

Montréal (Communauté urbaine de) c. Ciment indépendant Inc., J.E. 88-1127 (C.A.).

Cour supérieure du Québec

Allen Entrepreneur général inc. c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie 2024 QCCS 2572.

Inter-Cité Construction ltée c. Entreprises Alfred Boivin inc., 2022 QCCS 4884.

Couillard Construction limitée c. Procureur général du Québec (Ministère des Transports du Québec), 2022 QCCS 2069.

Birtz Bastien Beaudoin Laforest Architectes c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal, 2021 QCCS 795.

Pomerleau inc. c. Administration portuaire de Sept-Îles, 2020 QCCS 1689.

Janin Atlas inc. c. Hydro-Québec, 2019 QCCS 4523.

Cegerco inc. c. Conseil des Atikamekw de Wemotaci, 2019 QCCS 3621.

Roche ltée, groupe-conseil c. Québec (Procureur général), 2014 QCCS 2917.

Buesco Construction inc. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, 2013 QCCS 3832.

Construction Kiewit Cie c. Hydro-Québec, 2010 QCCS 6266.

Autres instances

Graham Design Builders LP v. Black & McDonald Limited, 2019 SKQB 161.

C. RAPPORTS, RECOMMANDATIONS ET AUTRES PUBLICATIONS

ASSOCIATION CANADIENNE DE LA CONSTRUCTION, *Analyse trimestrielle du secteur de la construction ICITC T1 2024*, consulté le 20 octobre 2024, en ligne : « <https://www.cca-acc.com/wp-content/uploads/2024/08/ICIC-Quarterly-insights-Q1-2024-Fr.pdf> ».

AUTORITÉ DES MARCHÉS PUBLICS, *Recommandations 2024-02 formulées au Conseil municipal de la Municipalité du Canton de Potton concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1732765*, 11 mars 2024, en ligne : « https://amp.quebec/fileadmin/documents/decisions/Recommandations/Decision_2024-03-12_Municipalite_Canton_de-Potton.pdf ».

BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL DE LA VILLE DE MONTRÉAL, *Recommandations à la Société de transport de Montréal portant sur la gestion contractuelle du projet de construction du centre de transport Bellechasse*, Montréal, février 2022, en ligne : <https://www.bigmtl.ca/wp-content/uploads/2022/02/big-rapport-public-fevrier-2022-centre-de-transport-bellechasse-original-signé.pdf> » (consulté le 15 août 2024).

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat de gérance de construction pour services et construction (CCDC 5B)*, 2010.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Guide des modes de réalisation des projets de construction (CCDC 10)*, 2018.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat de design-construction à forfait (CCDC 14)*, 2013.

COMITÉ CANADIEN DES DOCUMENTS DE CONSTRUCTION, *Contrat de réalisation de projet intégré (CCDC 30)*, 2018.

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport final*, Québec, Publications du Québec, 2015, en ligne : « <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2502593> ».

COMMISSION D'ENQUÊTE PUBLIQUE SUR LE RÉSEAU DE TRAIN LÉGER SUR RAIL D'OTTAWA, *Rapport final*, Ottawa, 2022, en ligne : « http://www.archives.gov.on.ca/fr/e_records/OLRTPI/documents/rapport-final/index.html ».

COMMISSION DE LA CONSTRUCTION DU QUÉBEC, *L'industrie de la construction, L'industrie en chiffre*, consulté le 1^{er} novembre 2024, en ligne : « <https://www.ccq.org/fr-ca/en-tete/qui-sommes-nous/industrie-de-la-construction> » (consulté le 10 octobre 2024).

CONSEIL DES INFRASTRUCTURES, *Mémoire déposé à la Commission des finances publiques dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques par le Conseil des infrastructures*, mai 2024, (consulté le 10 octobre 2024).

INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, *Manuel canadien de pratique de l'architecture, chapitre 4.1 – Modes de réalisation des programmes de conception-construction*, p. 1-2, accessible en ligne: « <https://chop.raic.ca/fr/web/guest/partie-4-programme-conception-construction> » (consulté le 10 octobre 2024).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Feuille de route gouvernementale pour la modélisation des données des infrastructures 2021-2026, Cibles et initiatives des donneurs d'ouvrage publics relatives au secteur de la construction, dans les domaines du bâtiment, du génie civil et de la voirie et des actifs industriels*, en ligne : « https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/fdr_bim_gouv/feuille_de_route_actualisee_au_31_mars_2024.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, *Les étapes d'un appel au marché public*, en ligne : « <https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/guides-et-outils/marches-publics/les-etapes-dun-appel-au-marche-public> ».

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Rapport sur la mise en œuvre d'un projet pilote sur les délais de paiement dans l'industrie de la construction*. Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2022, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/rapport-mise-oeuvre-projet-pilote-delaix-paiement-contruction-2022.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Directive sur la gestion des projets majeurs d'infrastructure publique*, 2e édition, 2016, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/pdf/infrastructures_publices/directive_gestion_projets_majeurs.pdf ».

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Stratégie québécoise en infrastructures publiques, Des infrastructures de qualité, réalisées plus rapidement et à meilleur coût*, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2024, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/infrastructures_publices/strategie_infras tructures.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Budget de dépenses 2022-2023, Plan québécois des infrastructures*, volume 6, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2022, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/budget_depenses/23-24/6_Plan_quebecois_infrastructures.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan d'action pour le secteur de la construction, Troisième partie – L'État de situation prévalant en février 2020, mars 2021*, en ligne : « https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/infrastructures_publics/Plan_d_action_construction.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

HYDRO-QUÉBEC, *Plan stratégique 2022-2026*, en ligne : « <https://www.hydroquebec.com/data/documents-donnees/pdf/plan-strategique.pdf?v=2022-03-25> » (consulté le 15 août 2024).

INSTITUT ROYAL D'ARCHITECTURE DU CANADA, *Manuel canadien de pratique de l'architecture, Chapitre 4.1 – Modes de réalisation des programmes de conception-construction*, 2^e édition, 2009, en ligne : « <https://chop.raic.ca/fr/chapter-4.1> » (consulté le 10 octobre 2024).

ORDRE DES INGÉNIEURS DU QUÉBEC, *Guide de bonnes pratiques, Favoriser les meilleures conditions d'exécution des projets de construction*, mai 2023, consulté le 15 septembre 2024, en ligne : « https://www.oiq.qc.ca/wp-content/uploads/2022/05/Guide-OIQ_Favoriser-meilleures-conditions-execution-construction_2022-02.pdf » (consulté le 10 octobre 2024).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Marchés publics*, consulté le 24 novembre 2024, en ligne : « <https://www.oecd.org/fr/topics/policy-issues/public-procurement.html#:~:text=II%20s'agit%20de%20l,de%20services%20pour%20les%20gouvernements.> »

SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, *Réalisation de projet intégré (RPI), Le mode*, décembre 2024, en ligne : « [HTTPS://WWW.SQI.GOUV.QC.CA/FILEADMIN/EXPERTISES/GESTION_DE_PROJETS/BROCHURE_RPI_SQI_2024.PDF](https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/EXPERTISES/GESTION_DE_PROJETS/BROCHURE_RPI_SQI_2024.PDF) » (consulté le 15 décembre 2024).

SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, *Conception-construction progressif, Mode de réalisation*, juillet 2022, en ligne : « https://www.sqi.gouv.qc.ca/fileadmin/expertises/gestion_de_projets/cc-progressif_sqi_2022.pdf ».

SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DES INFRASTRUCTURES, *Clause d'ajustement du prix des matériaux et équipement – version antérieure*, consulté le 16 octobre 2024, en ligne : « <https://www.sqi.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-la-sqi/outils-pour-les-partenaires/clause-dajustement-du-prix-des-materiaux-et-equipements-version-anterieure> ».

D. ARTICLES DE JOURNEAUX ET MÉDIAS

BAILLARGEON, S., « Québec enterre son projet de réseau d'espaces bleus », Le Devoir, 5 mars 2024, en ligne : « <https://www.ledevoir.com/culture/808383/quebec-enterre-projet-reseau-espaces-bleus> » (consulté le 10 octobre 2024).

BERGERON, M., « Tramway et 3e lien : un constat d'échec pour Québec », La Presse, 2023 « <https://www.lapresse.ca/actualites/chroniques/2023-11-21/tramway-et-3e-lien-un-constat-d-echec-pour-quebec.php>. » (consulté le 10 octobre 2024).

BERGERON, U. et CHAMBERLAND, M., « Hydro-Québec, Le retour des grands chantiers », La Presse, 28 septembre 2024, « <https://www.lapresse.ca/affaires/hydro-quebec/le-retour-des-grands-chantiers/2024-09-28/hydro-quebec/une-cure-de-rajeunissement-qui-amene-de-la-puissance.php> » (consulté le 10 octobre 2024).

DELORME, I., « Miser sur la construction en accéléré », mars 2023, Les Affaires, « <https://www.lesaffaires.com/dossiers/construction-negociier-le-virage-numerique-3/miser-sur-la-construction-en-accelere-2/> » (consulté le 10 octobre 2024).

GAGNON, J., « SNC-Lavalin: le cauchemar des projets clé en mains se poursuit », Les Affaires, 25 novembre 2022, en ligne : « <https://www.lesaffaires.com/bourse/a-surveiller/snc-lavalin-le-cauchemar-des-projets-cle-en-mains-se-poursuit-3/> » (consulté le 10 octobre 2024).

LACROIX-COUTURE, F., « Construire en préfabriqué pour contrer la pénurie de logements étudiants », 1^{er} août 2024, Le Devoir, « <https://www.ledevoir.com/societe/817457/construire-prefabrique-contrer-penurie-logements-etudiants> » (consulté le 9 octobre 2024).

OUELLETTE-VÉZINA, H., « L'opposition appréhende une nouvelle hausse des coûts », La Presse, 24 novembre 2023, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/actualites/grand-montreal/2023-11-24/garage-bellechasse-de-la-stm/l-opposition-apprehende-une-nouvelle-hausse-des-couts.php> » (consulté le 10 octobre 2024).

RETTINO-PARAZELLI, K., « Des coûts d'emprunt bousculent les plans des entreprises », Les Affaires, 23 février 2024, « <https://www.lesaffaires.com/dossiers/financement-faire-face-aux-couts-demprunt-2/des-couts-demprunt-bousculent-les-plans-des-entreprises-2/> » (consulté le 10 octobre 2024).

ROBERGE, M., « Hosó : une résidence étudiante construite en un temps record à Porto », Portail Constructo, consulté le 10 novembre 2024 : « [https://www.portailconstructo.com/monde_chantier/hoso_residence_etudiante_construit_e_temps_record_porto#:~:text=Hoso%20%3A%20une%20r%C3%A9sidence%20%3A%20construite%20en%20un%20temps%20record%20%3A0%20Porto,-facebook&text=D%C3%A9fiant%20les%20%3A9ch%C3%A9anciers%20courants%](https://www.portailconstructo.com/monde_chantier/hoso_residence_etudiante_construit_e_temps_record_porto#:~:text=Hoso%20%3A%20une%20r%C3%A9sidence%20%3A%20construite%20en%20un%20temps%20record%20%3A0%20Porto,-facebook&text=D%C3%A9fiant%20les%20%3A9ch%C3%A9anciers%20courants%20) »

[2C%20la,en%20%C3%A0%20peine%2014%20mois%E2%80%A6](#) » (consulté le 9 octobre 2024).

TEISCEIRA-LESSARD, P., « La domination Pomerleau », 7 octobre 2024, La Presse, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/affaires/entreprises/infrastructures-publiques/la-domination-pomerleau/2024-10-07/un-chiffre-d-affaires-gigantesque.php> » (consulté le 10 octobre 2024).

WHEELER, M., et GERBET, T., « Des fournisseurs d'Hydro-Québec cassent les prix aux dépens des travailleurs », 13 novembre 2024, Radio-Canada, en ligne : « <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2119543/fournisseurs-hydro-quebec-cassent-prix-travailleurs#:~:text=Des%20entreprises%20s%C3%A9rieuses%20et%20bien,pour%20l'Est%20du%20Qu%C3%A9bec> » (consulté le 15 novembre 2024).

Illustration 1

Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode traditionnel de réalisation

ACTIVITÉ	SOUS-ACTIVITÉ	DURÉE	
1. Études préalables	Détermination des besoins	[Barre orange]	
	Publication AO -Services professionnels pour études préalables	[Barre orange]	
	Conformité, évaluation des soumissions et adjudication	[Barre orange]	
	Études multiples (faisabilité, avant-projet, géotechnique, environnementale)	[Barre orange]	
2. Conception	Publication AO – Services professionnels conception	[Barre verte]	
	Conformité, évaluation des soumissions et adjudication	[Barre verte]	
	Conception de l'ouvrage (P&D)	[Barre verte]	
3. Construction	Publication AO – Contrat construction	[Barre bleue]	
	Conformité et adjudication	[Barre bleue]	
	Construction (incluant approvisionnement)	[Barre bleue]	
4. Exploitation	Tests, essais et MES	[Barre orange]	

Début du projet

Fin du projet



Illustration 2

Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode de gérance pour services et construction

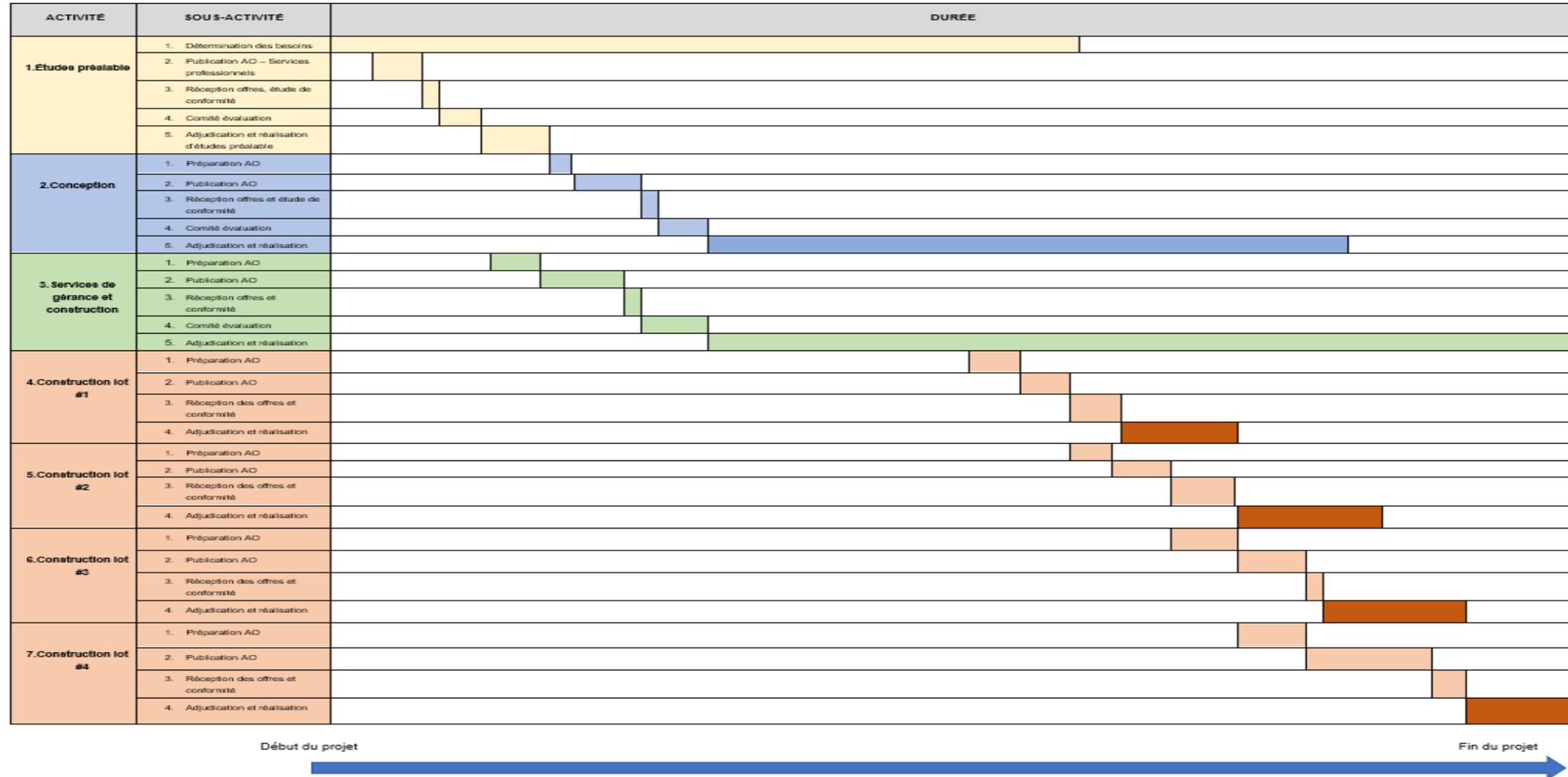


Illustration 3

Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon le mode de conception-construction

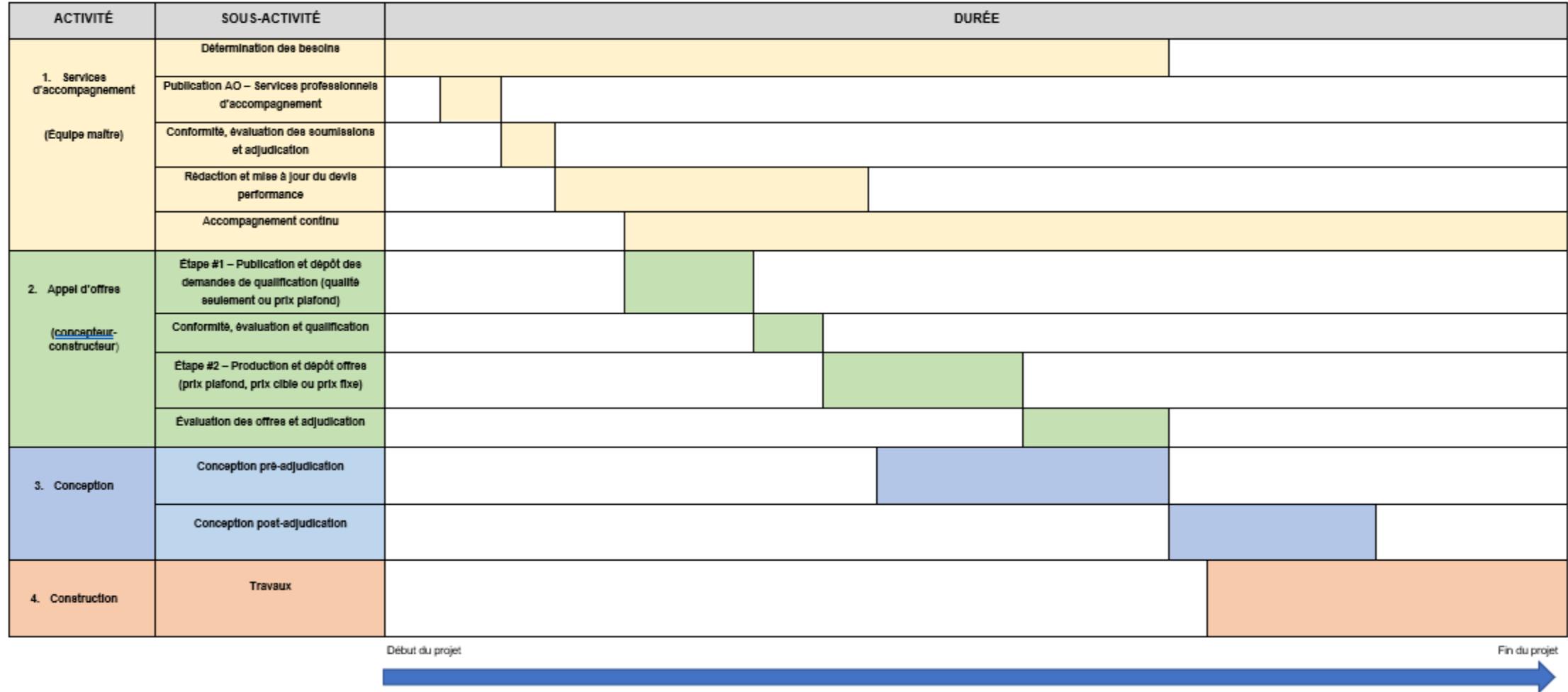


Illustration 4
Cycle de vie détaillé d'un projet réalisé selon la RPI

