

La Loi sur les contrats des organismes publics et sa réglementation en matière de marchés publics

Survol et commentaires

Alain Hudon*

INTRODUCTION	273
1. GÉNÉRALITÉS	274
1.1 Historique	274
1.2 Champ d'application	276
1.2.1 Contrats couverts	277
1.2.2 Organismes publics assujettis	279
1.2.3 Contractants visés	283
1.3 Objectifs de la <i>Loi sur les contrats</i>	285
1.4 Primauté de la <i>Loi sur les contrats</i>	291

* L'auteur est notaire à la direction des affaires juridiques du Secrétariat du Conseil du trésor. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteur. L'auteur tient à remercier M^{es} Chantal Bourdeau et Jean Martin, avocats à la Direction des affaires juridiques du Secrétariat du Conseil du trésor, de même que M^e Julie Blackburn, directrice générale des services à la gestion contractuelle du Sous-secrétariat aux marchés publics du Secrétariat du Conseil du trésor, qui ont accepté de commenter la version préliminaire de ce texte.

2. MODES D'ADJUDICATION ET D'ATTRIBUTION DES CONTRATS	292
2.1 Octroi d'un contrat avec mise en concurrence	292
2.1.1 L'appel d'offres public	292
2.1.1.1 Marchés publics dont la valeur estimée est supérieure ou égale au seuil fixé dans un accord intergouvernemental	294
2.1.1.2 Marchés publics dont la valeur estimée est inférieure au seuil fixé dans un accord intergouvernemental	296
2.1.1.3 Contrats autres que les marchés publics	297
2.1.2 L'appel d'offres sur invitation.	298
2.2 Octroi d'un contrat sans mise en concurrence	299
2.2.1 Situations prévues à l'article 13 de la <i>Loi sur les contrats</i>	299
2.2.1.1 Situation d'urgence	300
2.2.1.2 Unicité du contractant	300
2.2.1.3 Question de nature confidentielle	302
2.2.1.4 L'appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public.	303
2.2.1.5 Cas particuliers prévus dans la réglementation	305
2.2.2 Autres situations prévues dans la <i>Loi sur les contrats</i>	306
3. ADJUDICATION DES CONTRATS	307
3.1 L'avis et les documents d'appel d'offres	307

3.1.1	Endroit où se procurer les documents d'appel d'offres	307
3.1.2	Clause de réserve	308
3.2	Conditions d'admissibilité des contractants et de conformité des soumissions	311
3.2.1	Contrôle des conditions d'admissibilité.	313
3.2.2	Contrôle des conditions de conformité d'une soumission.	314
3.3	Règles d'adjudication	316
3.3.1	Adjudication basée sur le prix	316
3.3.2	Adjudication basée sur une qualité minimale et un prix.	320
3.3.3	Adjudication basée sur un rapport qualité/prix.	321
3.3.4	Adjudication basée sur un processus en deux étapes	322
3.3.5	Adjudication basée uniquement sur la qualité.	323
3.3.6	Règles particulières à certains contrats	324
3.4	Cas particulier des regroupements d'organismes	325
3.5	Diffusion des résultats du processus d'adjudication	327
4.	AUTORISATIONS REQUISES	328
4.1	Notions de dirigeant d'organisme et de ministre responsable	329
4.2	Autorisations des dirigeants d'organismes.	330

4.3	Autorisations des ministres responsables	335
4.4	Autorisation du gouvernement	336
4.5	Autres autorisations.	337
5.	GESTION DES CONTRATS	338
5.1	Négociation du prix	338
5.2	Modification du contrat	339
5.3	Règlement des différends	340
5.4	Évaluation du rendement du contractant	341
	CONCLUSION	342
	ANNEXE.	345

INTRODUCTION

Le volet contractuel occupe une place prépondérante dans les opérations de la plupart des organismes publics. Les dépenses à ce chapitre atteignent annuellement plusieurs milliards de dollars. D'ailleurs, uniquement en matière de rénovation et de modernisation des infrastructures publiques, le gouvernement du Québec prévoit que pour la période 2009 à 2014, des dépenses de près de 43 milliards de dollars seront effectuées¹.

L'impact de ces dépenses pour les entreprises appelées à répondre aux commandes publiques est indéniable.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2008, de la *Loi sur les contrats des organismes publics*² (ci-après la « *Loi sur les contrats* » ou la « *Loi* ») et de la réglementation afférente en matière de marchés publics³, la majorité des organismes publics québécois se retrouvent assujettis à un régime législatif et réglementaire harmonisé en ce qui a trait à l'octroi des principaux contrats qu'ils sont appelés à conclure. Le présent article exposera et commentera l'essentiel des mesures que ce régime comporte.

Ainsi, après avoir traité des principaux aspects du champ d'application et des objectifs de la *Loi sur les contrats*, nous aborderons les deux modes d'octroi des contrats qu'elle couvre, soit le mode privilégié de l'appel d'offres et le mode d'exception du gré à gré.

Compte tenu de la place prépondérante que la *Loi sur les contrats* accorde à l'appel d'offres, nous nous attarderons ensuite à

1. SECÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Budget de dépenses 2010-2011 Volume IV – Renseignements supplémentaires*, Québec, Gouvernement du Québec, 2010, p. 64.
2. L.R.Q., c. C-65.1.
3. Il s'agit essentiellement du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 2 (ci-après le « *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* »), du *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 4 (ci-après le « *Règlement sur les contrats de services* ») et du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 5 (ci-après le « *Règlement sur les contrats de construction* »).

certains éléments que l'on doit retrouver dans les avis et dans les documents d'appel d'offres.

Les deux dernières parties se limiteront à discuter des situations requérant l'obtention d'une autorisation et des mesures particulières concernant certains aspects relevant du domaine de la gestion contractuelle.

Datant d'un peu plus de deux ans, les dispositions de cette loi et de la réglementation afférente n'ont pas encore fait l'objet d'un traitement jurisprudentiel significatif. Les commentaires qui suivront accorderont donc lorsque nécessaire une attention particulière aux propos émis lors de l'étude article par article du projet de loi n^o 17 en commission parlementaire, question de mieux circonscrire l'intention du législateur⁴.

1. GÉNÉRALITÉS

1.1 Historique⁵

En vertu du principe de l'égalité devant les services publics, tous les administrés qualifiés devraient disposer du droit de contracter avec l'Administration⁶.

Pour, notamment, favoriser l'application de ce droit, le régime québécois relatif à l'acquisition de biens et de services de même qu'à la réalisation de travaux de construction dans le secteur public a été périodiquement appelé à se modifier.

D'ailleurs, en 1989, le gouvernement du Québec a confié à un groupe de travail présidé par monsieur Louis Bernard, le mandat d'analyser les processus d'octroi des contrats d'approvisionnement, de services, de location et de construction impliquant le gouvernement du Québec et de recommander les modifications nécessaires

4. Ces travaux préparatoires peuvent effectivement être utiles pour interpréter la loi. Voir Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 503.

5. Pour un portrait complet de l'évolution du cadre juridique des marchés publics québécois, voir Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics – Loi commentée*, Publication CCH, 2010, p. 10 à 49.

6. Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 381 ; Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale, précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1148-1149.

pour respecter les critères élevés d'efficacité, d'équité, d'accessibilité et de transparence qui devaient les caractériser⁷.

Les recommandations de ce groupe de travail ont entraîné la mise en vigueur en 1993 d'une réglementation révisée⁸ reposant sur le nouveau libellé des articles 49 à 49.5 de la *Loi sur l'administration financière*⁹.

Le régime juridique de 1993 a été remplacé en 2000 à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'administration publique*¹⁰ et notamment des articles 58 à 63 de cette loi. Principal règlement en gestion contractuelle avant le 1^{er} octobre 2008, le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*¹¹ s'adressait à l'ensemble des ministères et des organismes budgétaires et non budgétaires, à l'exception de la Société immobilière du Québec, de la Société québécoise d'assainissement des eaux et des organismes visés à l'article 5 de la *Loi sur le vérificateur général*¹² qui disposaient d'une réglementation particulière¹³.

Les établissements du réseau de l'éducation et ceux du réseau de la santé et des services sociaux, incluant la Corporation d'héber-

-
7. GROUPE DE TRAVAIL SUR LES PROCESSUS D'OCTROI DE CONTRATS DU GOUVERNEMENT, *L'efficacité dans la transparence*, Québec, Publications du Québec, 1990, p. 3.
 8. La réglementation de 1993 était principalement composée du *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* (décret 1166-93, (1993) 37 G.O. II, 6191), du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des ministères et des organismes publics* (décret 1167-93, (1993) 37 G.O. II, 6198), du *Règlement sur les contrats de construction des ministères et des organismes publics* (décret 1168-93 (1993) 37 G.O. II, 6208) et du *Règlement sur les contrats de services des ministères et des organismes publics* (décret 1169-93, (1993) 37 G.O. II, 6222).
 9. L.R.Q., c. A-6.
 10. L.R.Q., c. A-6.01.
 11. *Règlement concernant les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics* (décret 961-2000, (2000) 35 G.O. II, 5635).
 12. L.R.Q., c. V-5.01.
 13. On retrouvait, entre autres, le *Règlement sur les règles particulières concernant les contrats d'approvisionnement, les contrats de construction et les contrats de services de la Société immobilière du Québec* (décret 76-96, (1996) G.O. II, 1221) et le *Règlement sur les règles particulières concernant certains contrats conclus par la Société québécoise d'assainissement des eaux* (décret 1229-94, (1994) G.O. II, 5343).

gement du Québec, étaient également régis par des règles particulières¹⁴.

En 2004, le gouvernement présenta son plan de modernisation 2004-2007 dans lequel il annonça entre autres qu'un projet de loi serait déposé à l'Assemblée nationale afin notamment de simplifier les relations contractuelles entre l'État et les entreprises privées¹⁵.

Le 15 juin 2006, la *Loi sur les contrats* a été sanctionnée. Ses dispositions et celles de la nouvelle réglementation afférente en matière de marchés publics sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2008.

1.2 Champ d'application

L'objet de la *Loi sur les contrats* apparaît clairement dans son article 1. Il consiste essentiellement à déterminer les conditions des contrats qu'un organisme public peut conclure avec les entreprises privées empruntant l'une ou l'autre des formes juridiques prévues dans cette disposition.

14. Dans le réseau de l'éducation, l'encadrement réglementaire touchait uniquement les contrats de travaux de construction réalisés par les commissions scolaires ou les collèges d'enseignement général et professionnel. Cet encadrement était constitué du *Règlement sur les contrats de construction des immeubles des commissions scolaires* (décret 1015-90, (1990) 31 G.O. II, 2807) et du *Règlement sur les contrats de construction des immeubles des collèges d'enseignement général et professionnel* (décret 1072-94, (1994) 30 G.O. II, 4272). Pour les autres contrats, un certain contrôle pouvait s'effectuer par les conditions des subventions versées aux commissions scolaires, aux collèges et aux universités. Les organismes du réseau de la santé et des services sociaux étaient pour leur part assujettis principalement à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4. Cette loi donnait alors au ministre de la Santé et des Services sociaux le pouvoir de faire des règlements sur les conditions des contrats accordés par les établissements, sur approbation du Conseil du trésor. Trois règlements s'appliquaient à cette époque en vertu de cette loi. On retrouvait le *Règlement sur les contrats de la Corporation d'hébergement du Québec* (décret 972-2001, (2001) 36 G.O. II, 6167), le *Règlement sur les constructions d'immeubles des établissements, des conseils régionaux et de la Corporation d'hébergement du Québec* (approuvé par le Conseil du trésor par sa décision C.T. 148183 du 10 janvier 1984, (1984) 14 G.O. II, 1463) qui touchait les contrats de construction et de services professionnels reliés à la construction et le *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q., 1981, c. S-5, r.1, qui régissait les contrats d'acquisition de biens et de services auxiliaires.

15. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Briller parmi les meilleurs : Plan de modernisation 2004-2007*, Québec, 2004, 201 p., p. 36.

Trois éléments méritent donc ici d'être discutés. Il s'agit des types de contrats couverts, des organismes publics assujettis et des entreprises privées qui sont visées.

1.2.1 Contrats couverts

L'article 3 de la *Loi sur les contrats* identifie les contrats dont les conditions sont déterminées par cette loi.

On retrouve tout d'abord les contrats que la Loi désigne sous le vocable « marchés publics » dans la mesure où ils entraînent une dépense de fonds publics¹⁶. Ces contrats correspondent en fait aux contrats visés par les accords intergouvernementaux de libéralisation des marchés publics. Il s'agit :

- des contrats d'approvisionnement, lesquels comprennent les contrats d'achat ou de location de biens meubles, qu'ils comportent ou non des frais d'installation, de fonctionnement ou d'entretien¹⁷ ;
- des contrats de travaux de construction visés par la *Loi sur le bâtiment*¹⁸ pour lesquels l'entrepreneur doit être titulaire d'une licence requise en vertu du chapitre IV de cette loi portant sur la qualification¹⁹ ;
- des contrats de services²⁰, lesquels comprennent les contrats d'affrètement, les contrats de transport autres que ceux assujettis à la

16. *Loi sur les contrats*, art. 3, al. 1 et 3.

17. On tient compte ici du principe suivant lequel l'accessoire suit le principal.

18. L.R.Q., c. B-1.1.

19. Suivant les articles 2 et 41 de la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1, les contrats concernant les travaux de construction suivants sont couverts par la *Loi sur les contrats* :

- la construction d'un bâtiment ;
- la construction d'un équipement destiné à l'usage du public ;
- la construction d'une installation électrique, d'une installation destinée à utiliser, à entreposer ou à distribuer du gaz, d'une installation sous pression, d'une installation de plomberie ou d'une installation de protection contre la foudre, lorsqu'une telle installation n'est pas rattachée à un bâtiment ;
- la construction d'une installation d'équipement pétrolier ;
- la construction d'un ouvrage de génie civil réalisée sur les lieux mêmes du chantier et à pied d'œuvre, y compris les travaux préalables d'aménagement du sol.

20. En raison du haut degré de subjectivité qui les caractérise, les contrats visant l'intégration des arts à l'architecture et à l'environnement des bâtiments et des sites gouvernementaux sont expressément exclus des contrats de services visés par la *Loi sur les contrats*. Cette exclusion se retrouvait d'ailleurs dans la réglementation antérieure, plus précisément au paragraphe 3° de l'article 1 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11.

*Loi sur l'instruction publique*²¹, les contrats d'assurance de dommages et les contrats d'entreprise autres que les contrats de travaux de construction²².

Le deuxième alinéa de l'article 3 précise, par ailleurs, que sont également visés les contrats de partenariat public-privé de même que les autres contrats que le gouvernement détermine par règlement, qu'ils entraînent ou non une dépense de fonds publics.

Les contrats de partenariat public-privé visés sont ceux conclus par un organisme public dans le cadre d'un projet d'infrastructure réalisé en mode partenariat public-privé au sens de la *Loi sur l'infrastructure Québec*²³. On réfère donc au concept prévu à cette loi. Il s'agit plus précisément des contrats qui, suivant les articles 4 et 6 de cette loi, associent une entreprise du secteur privé, avec ou sans financement de sa part, à la conception, à la réalisation et à l'exploitation d'un immeuble, d'un équipement ou d'un ouvrage de génie civil, y compris une infrastructure de transport. Ces contrats font l'objet de conditions particulières aux articles 18 à 21 de la *Loi sur les contrats*²⁴.

-
21. L.R.Q., c. I-13.3. Sont donc exclus, les contrats relatifs au transport des élèves.
 22. P. GARANT, préc., note 6, p. 383. Par ailleurs, contrairement à ce que semble indiquer l'auteur Garant, les marchés publics au sens de la *Loi sur les contrats* se limitent essentiellement aux contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction tels que précisés à l'article 3 de cette loi.
 23. L.R.Q., c. I-8.2.
 24. L'introduction de ces dispositions constitue une des nouveautés apportées par la *Loi sur les contrats*. Il est prévu que la procédure d'appel d'offres public devant mener à la conclusion d'un contrat de partenariat public-privé peut, selon la complexité d'un projet, comporter différentes étapes devant être déterminées aux documents d'appel d'offres, mais pouvant être adaptées avec le consentement de la majorité des concurrents concernés (*Loi sur les contrats*, art. 19). Au surplus, des discussions sont possibles avec chacun des concurrents retenus lors de l'étape de sélection afin de préciser le projet sur les plans technique, financier ou contractuel. Des négociations sont également possibles avec le partenaire final dans la mesure où celles-ci préservent les éléments fondamentaux des documents d'appel d'offres et de la proposition initiale (*Loi sur les contrats*, art. 21). Ces caractéristiques sont propres aux contrats de partenariat public-privé. La *Loi sur les contrats* établit les exigences minimales devant être contenues aux documents d'appel d'offres de ces contrats. Il s'agit des critères et des modalités d'évaluation des éventuels concurrents et de leur proposition, des dispositions permettant à l'organisme public de s'assurer du respect des règles qui lui sont applicables et des règles portant sur les situations de conflit d'intérêts ainsi que sur les exigences de la reddition de comptes (*Loi sur les contrats*, art. 20). Compte tenu que l'objet du présent article consiste essentiellement à dresser un portrait global de la *Loi sur les contrats* et de la réglementation afférente en matière de marchés publics, les contrats de partenariat public-privé ne feront pas l'objet de développements supplémentaires.

Quant aux autres contrats déterminés par règlement, nous retrouvons notamment les contrats de concession au sens du *Règlement sur les contrats de concession du gouvernement*²⁵ et les contrats de vente d'immeubles visés par le *Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics*²⁶.

Ces règlements en vigueur avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les contrats* sont, par l'effet du paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 54 de cette loi, réputés pris en vertu de l'article 23 de la *Loi sur les contrats*²⁷. Puisque les contrats qu'ils couvrent ne sont pas des marchés publics ni des contrats de partenariat public-privé, ils entrent inévitablement dans cette catégorie résiduelle²⁸. Depuis le 1^{er} octobre 2008, aucun règlement du gouvernement n'est venu déterminer de nouveaux contrats.

1.2.2 Organismes publics assujettis

L'article 4 de la *Loi sur les contrats* détermine les organismes publics qui sont soumis aux prescriptions de cette loi.

Cette détermination est effectuée parfois de façon expresse, mais le plus souvent par une catégorisation qui repose sur des facteurs de rattachement particuliers.

25. R.R.Q., c. C-65.1, r. 3.

26. R.R.Q., c. C-65.1, r. 1.

27. Cette disposition prévoit en effet que :

« 54. Les règlements suivants sont réputés avoir été pris conformément à l'article 23 :

1^o un règlement pris ou réputé pris en vertu de la *Loi sur l'administration publique* (chapitre A-6.01) en matière de gestion des contrats ; ».

À noter que l'expression « gestion des contrats » renvoie essentiellement au titre du chapitre V de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10.

28. Lors de l'étude détaillée en commission parlementaire, il a effectivement été mentionné relativement à cette catégorie :

« Donc, effectivement il s'agit des autres contrats qui sont présentement déjà réglementés en vertu de Loi de l'administration publique. On peut penser donc, par exemple, aux contrats de concession, à la disposition de biens immeubles, de biens meubles. Donc, toute la réglementation gouvernementale des contrats autres que les marchés publics, qui existe déjà, est protégée parce qu'on voulait s'assurer qu'on puisse également réglementer ces matières-là suivant les besoins pour l'avenir. [...] ».

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la commission permanente des finances publiques*, 2^e sess., 37^e légis., 9 juin 2006, « Étude détaillée du projet de loi n^o 17 –Loi sur les contrats des organismes publics », 12h10 (M. Gilles Tremblay).

Sont ainsi assujettis à la *Loi sur les contrats* :

1^o les ministères du gouvernement ;

2^o les organismes dont tout ou partie des dépenses sont prévues aux crédits qui apparaissent dans le budget de dépenses déposé à l'Assemblée nationale sous un titre autre qu'un crédit de transfert ;

3^o les organismes dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique* (L.R.Q., c. F-3.1.1) ;

4^o les organismes dont le gouvernement ou un ministre nomme la majorité des membres ou des administrateurs et dont au moins la moitié des dépenses sont assumées directement ou indirectement par le fonds consolidé du revenu ;

5^o les commissions scolaires, le Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal, les collèges d'enseignement général et professionnel, et les établissements universitaires mentionnés aux paragraphes 1^o à 11^o de l'article 1 de la *Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire* (L.R.Q., c. E-14.1) ;

6^o les agences de la santé et des services sociaux et les établissements publics visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q., c. S-4.2), les personnes morales et les groupes d'approvisionnement en commun visés à l'article 383 de cette loi, le Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie James institué en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris* (L.R.Q., c. S-5), les centres de communication santé visés par la *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence* (L.R.Q., c. S-6.2) ainsi que la Corporation d'hébergement du Québec.

Les quatre premiers paragraphes du premier alinéa reprennent essentiellement le contenu de l'article 3 de la *Loi sur l'administration publique*²⁹, lequel détermine les organismes compris généralement sous l'expression « Administration gouvernementale ». L'application des paragraphes 1^o et 3^o ne comporte pas vraiment de difficulté³⁰. Celle du paragraphe 2^o demande d'examiner attentivement les documents relatifs aux crédits des ministères et des organismes budgétaires.

29. Préc., note 10.

30. L'identification des ministères peut s'effectuer par l'examen de l'article 4 de la *Loi sur l'exécutif*, L.R.Q., c. E-18. Par ailleurs, la loi constitutive d'un organisme comprend généralement une disposition spécifique lorsque les membres de son personnel sont nommés suivant la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1.

res qui sont fixés annuellement dans le budget de dépenses que dépose le Conseil du trésor.

Le paragraphe 4^o introduit pour sa part deux conditions à satisfaire pour déterminer si un organisme public est ici visé. La première repose sur la nomination par le gouvernement ou un ministre de la majorité des membres ou des administrateurs de l'organisme. La seconde demande qu'au moins la moitié des dépenses de l'organisme soit assumée par le fonds consolidé du revenu. En principe, un examen des dispositions de la loi constitutive de l'organisme public devrait permettre de vérifier si ces conditions sont satisfaites³¹.

Il nous apparaît utile ici de mentionner qu'il existe un document diffusé sur le site Internet du Secrétariat du Conseil du trésor qui, entre autres, identifie les organismes publics visés aux paragraphes 2^o à 4^o de l'article 4 de la *Loi sur les contrats*³². La consultation de ce document pourrait dans certains cas aider à déterminer si un organisme public est ou non assujetti à la *Loi sur les contrats*.

Les paragraphes 5^o et 6^o du premier alinéa de l'article 4 traduisent l'un des éléments les plus significatifs de la *Loi sur les contrats* puisqu'ils assujettissent les organismes publics du réseau de l'éducation et ceux du réseau de la santé et des services sociaux à cette loi et aux règlements afférents³³. Ces organismes étaient antérieurement soumis à des règles particulières qui différaient de celles applicables à l'Administration gouvernementale³⁴. L'assujettissement des organismes de ces réseaux au même régime contractuel que celui auquel est soumise l'Administration gouvernementale constituait un des objectifs annoncés dans le plan de modernisation de l'État en 2004³⁵.

Il importe ici de mentionner que les municipalités et les organismes municipaux ne sont pas assujettis à la *Loi sur les contrats*. Le

31. L'Agence du revenu du Québec est assujettie à la *Loi sur les contrats*, puisque le deuxième alinéa de l'article 80 de la *Loi sur l'Agence du revenu du Québec*, L.Q. 2010, c. 31, prévoit qu'elle est réputée être un organisme visé au paragraphe 4^o du premier alinéa de l'article 4 de la *Loi sur les contrats*.

32. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Organismes gouvernementaux – statuts et obligations – Loi sur l'administration publique*, Québec, 2009 [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/secretariat/statut-obligation-2009.pdf>> (consulté le 22 janvier 2011).

33. Dans un ouvrage récent, les auteurs ont même qualifié cet assujettissement de « grande révolution », P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 5, p. 101.

34. *Supra*, note 14.

35. Préc., note 15.

régime contractuel applicable à ces organisations se retrouve dans les lois particulières qui les régissent³⁶.

De même, la *Loi sur les contrats* ne vise pas les contrats conclus par les entreprises du gouvernement telles Hydro-Québec et la Société des loteries du Québec. Ces dernières doivent toutefois, conformément à l'article 7 de la *Loi sur les contrats*, adopter puis rendre publique une politique portant sur les conditions de leurs contrats qui respecte tout accord intergouvernemental applicable et qui tient compte des principes énoncés aux articles 2 et 14 de la *Loi sur les contrats*³⁷.

En ce qui concerne l'Assemblée nationale, les personnes nommées par l'Assemblée nationale³⁸ et la Commission de la représentation, l'article 5 de la *Loi sur les contrats* reconduit la situation antérieure³⁹ et prévoit que les dispositions de cette loi leur seront applicables dans la mesure où une disposition législative le prévoira. Pour le moment, aucune disposition n'établit un tel assujettissement.

Enfin, l'application de la *Loi sur les contrats* à certains organismes publics visés par les paragraphes 2^o à 4^o de l'article 4 a été spécifiquement écartée par des dispositions législatives particulières. C'est le cas pour le Conseil de la magistrature, le comité de la rémunération des juges de la Cour du Québec et les cours municipales⁴⁰. C'est le cas également pour la Commission de la santé et de la sécurité du

36. Mentionnons notamment la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, le *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1 et la *Loi sur les sociétés de transport en commun*, L.R.Q., c. S-30.01.

37. L'article 7 de la *Loi sur les contrats* succède en quelque sorte à l'article 61 de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10. Les contrats qui doivent faire l'objet de cette politique comprennent, selon nous, tous les types de contrats visés à l'article 3 de la *Loi sur les contrats* que l'organisme visé est appelé à conclure. Ils ne se limitent pas aux marchés publics. Ajoutons ici que dans l'arrêt *Société de développement de la Baie-James c. Compagnie de construction et de développement Crislée et al.*, J.E. 2001-1511, la Cour d'appel a qualifié la politique en matière de contrats de services de la Société de développement de la Baie James adoptée à l'époque en vertu de l'article 49.4 de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6, comme étant d'ordre public.

38. Il s'agit du commissaire au lobbying, du directeur général des élections, du protecteur du citoyen et du vérificateur général.

39. *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10, art. 4, al. 1.

40. *Loi sur les contrats*, art. 6. Il semble que la décision de soustraire ces organismes de l'application de la *Loi sur les contrats* ait été motivée par des préoccupations relatives à l'indépendance judiciaire ainsi que par le volume restreint de contrats que ces organisations sont appelées à conclure.

travail⁴¹ et la Société de l'assurance automobile du Québec dans l'exercice de son volet fiduciaire⁴².

1.2.3 Contractants visés

Outre les contrats couverts et les organismes publics assujettis, la *Loi sur les contrats* détermine également la forme juridique des contractants privés parties aux contrats qui seront visés par les conditions qu'elle établit.

L'article 1 de la *Loi sur les contrats* énonce en effet que :

La présente loi a pour objet de déterminer les conditions des contrats qu'un organisme public peut conclure avec une personne morale de droit privé à but lucratif, une société en nom collectif, en commandite ou en participation, une entreprise individuelle ou une entreprise dont la majorité des employés sont des personnes handicapées.

Ne sont donc pas visés par la *Loi sur les contrats* les contrats qui, bien qu'étant couverts par celle-ci, sont conclus par les organismes publics assujettis avec une coopérative⁴³, avec une personne morale

41. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 176.0.3. La Commission de la santé et de la sécurité du travail est plutôt soumise à la même obligation que celle qu'impose aux entreprises du gouvernement l'article 7 de la *Loi sur les contrats* soit celle d'adopter puis de rendre publique une politique portant sur les conditions de leurs contrats qui respecte les accords de libéralisation des marchés publics qui leur sont applicables et qui tient compte des principes énoncés aux articles 2 et 14 de la *Loi sur les contrats* (*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 167.2).

42. *Loi sur la Société de l'assurance automobile du Québec*, L.R.Q., c. S-11.011, art. 23.0.14.

43. Une coopérative constituée en vertu de la *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2, est une personne morale de droit privé. La question de savoir si elle est ou non à but lucratif n'est pas réglée par cette loi et ne peut avec certitude s'inférer de son statut fiscal. Nous pouvons concevoir qu'une coopérative qui, conformément à l'article 148 de la *Loi sur les coopératives*, s'interdit dans ses statuts constitutifs de verser des ristournes à ses membres de même que des intérêts sur les parts privilégiées qu'ils détiennent puisse être assimilée à une personne morale à but non lucratif bien qu'elle n'en soit pas réellement une. La *Loi sur les contrats* ne renferme toutefois aucune présomption en ce sens. Au surplus, pour celles qui n'ont pas prévu de telles interdictions, les qualifier par défaut de personnes morales à but lucratif reviendrait selon nous à nier la particularité de ces entreprises qui n'est pas la recherche de profit avant tout à répartir entre ses membres. Contrairement à la réglementation de 1993 qui considérait expressément la coopérative comme un fournisseur, la *Loi sur les contrats* n'a pas repris cette définition. Au contraire, en précisant dans l'article 1 de cette loi que les personnes morales de droit privé ne comprennent que celles à but lucratif, le législateur a ajouté un critère qu'on ne retrouve pas à l'article 3 de la *Loi sur les coopératives*. Exceptionnellement, lorsqu'il entrera en vigueur, l'article 63 de la *Loi sur l'aménagement*

de droit privée à but non lucratif autre qu'une entreprise adaptée ou avec une personne individuelle qui n'exploite pas une entreprise. Il semble en être de même pour les contrats qui seraient conclus avec un conseil de bande⁴⁴.

Les contrats conclus avec ces contractants pourront toutefois être soumis à des conditions particulières contenues dans des politiques de gestion contractuelle prises en application de l'article 26 de la *Loi sur les contrats*. Cet article prévoit en effet que :

26. Un ministre responsable peut établir des politiques de gestion contractuelle relatives à l'approvisionnement, aux services et aux travaux de construction des organismes publics dont il est responsable. Il voit à la mise en œuvre de ces politiques et à leur application par ces organismes.

Les politiques prévues au premier alinéa peuvent également porter sur les contrats qui sont faits avec une personne morale de droit privé à but non lucratif, une personne physique qui n'exploite pas une entreprise individuelle ou toute autre entité non mentionnée à l'article 1.⁴⁵

durable du territoire forestier, L.R.Q., c. A-18.1, rendra les conditions des contrats prévues dans la *Loi sur les contrats* applicables aux contrats conclus avec des coopératives exploitant une entreprise d'aménagement forestier qui détiennent un certificat reconnu par le ministre des Ressources naturelles et de la Faune ou qui sont inscrites à un programme pour l'obtention d'un tel certificat.

44. La *Loi sur les indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, demeure muette quant à la qualification d'un conseil de bande. Dans *A.F.P. (Can) c. Francis*, [1982] 2 R.C.S. 72, 75, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un conseil de bande n'était pas une personne morale. La Cour d'appel fut du même avis en 2006 dans l'affaire *Banque de Montréal c. Innus (Les Montagnais) d'Unamen Shipu (La Romaine)*, 2006 QCCS 4775. Par ailleurs, l'article 15 du projet de loi C-7 déposé en 2002, « *Loi concernant le choix des dirigeants, le gouvernement et l'obligation de rendre compte des bandes indiennes et modifiant certaines lois* », proposait justement de reconnaître qu'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens* ait la capacité d'une personne physique sans pour autant que cela lui confère le statut de personne morale. Ce projet de loi n'a jamais été adopté. Rappelons ici que la réglementation antérieure écartait spécifiquement un conseil de bande de la définition de fournisseur ; *Règlement concernant les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, art. 4.
45. Par exemple, le Conseil du trésor s'est déjà prévalu à quatre reprises de son pouvoir d'établir des politiques de gestion contractuelle. Ces politiques sont accessibles en ligne. *SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR*, marchés publics au Québec [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/marches-publics-au-quebec/>> (consulté le 22 janvier 2011). Les mesures contenues dans ces politiques sont en principe opposables à tous les organismes publics visés par les paragraphes 1^o à 4^o du premier alinéa de l'article 4 de la *Loi sur les contrats*. Elles concernent plus spécifiquement :
- le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres ;
 - la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction ;

L'article 26 reconnaît donc une certaine autonomie aux ministres responsables en permettant aux organismes publics auxquels ils sont rattachés de mettre en œuvre des politiques de gestion contractuelle pouvant inclure des modalités et des orientations qui, tout en respectant les dispositions de la *Loi sur les contrats*, contribueront à reconnaître certaines spécificités de ces organismes selon qu'ils appartiennent à l'Administration gouvernementale, au réseau de l'éducation ou au réseau de la santé et des services sociaux.

C'est donc par le biais de telles politiques qu'ils pourront établir des modalités de gestion portant sur les contrats qu'ils seront appelés à conclure avec toute entité non mentionnée à l'article 1 de la Loi.

Par ailleurs, la *Loi sur les contrats* ne régit pas les contrats conclus entre deux organismes publics assujettis ou encore entre un organisme public assujetti et une personne morale de droit public telle une entreprise du gouvernement ou une municipalité.

Les conditions des contrats établies par la *Loi sur les contrats* reposent sur des objectifs particuliers auxquels il convient maintenant de s'attarder.

1.3 Objectifs de la *Loi sur les contrats*

L'article 2 de la *Loi sur les contrats* mentionne que les conditions déterminées par cette loi visent à promouvoir :

- [...] 1^o la transparence dans les processus contractuels ;
- 2^o le traitement intègre et équitable des concurrents ;
- 3^o la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;

-
- la reddition de comptes ;
 - les frais de déplacement des personnes engagées à honoraires par certains organismes publics.

Par exemple, la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics* renferme des exigences particulières au regard des contrats conclus avec une personne morale à but non lucratif ou avec une personne physique qui n'est pas en affaires, *infra*, sections 4.2 et 4.3.

Des politiques de gestion contractuelle ont également été prises par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et le ministre de la Santé et des Services sociaux. Ces politiques s'appliquent respectivement aux organismes publics du réseau de l'éducation et à ceux du réseau de la santé et des services sociaux, *infra*, notes 83 et 110.

4^o la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui tienne compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable et d'environnement ;

5^o la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics ;

6^o la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics. [...]

Les paragraphes 1^o à 3^o intègrent dans la loi les principes fondamentaux reconnus par la jurisprudence⁴⁶ et la doctrine⁴⁷ dans l'attribution des contrats des organismes publics.

Ces principes ont essentiellement pour effet d'obliger les organismes publics à faire preuve de transparence dans l'attribution de leurs contrats, à accorder aux entreprises intéressées un traitement intègre et équitable⁴⁸ et enfin à donner à celles qui sont quali-

46. Dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'utilisation de la procédure d'appel d'offres entraîne une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité (par. 116). Dans l'affaire *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (P.G.)*, 2010 QCCA 1871, par. 21, la Cour d'appel du Québec a récemment affirmé que le traitement intègre, équitable et égal des concurrents constituait une des assises du système public d'appel d'offres et par le fait même de l'action gouvernementale. Voir également : *Immobilière (L), société d'évaluation conseil inc. c. Évaluations BTF inc.*, 2009 QCCA 1844, par. 255, 296, 319 et 349. Par ailleurs, la Cour suprême a dernièrement affirmé qu'il était dans l'intérêt public que le processus d'appel d'offres soit équitable et transparent, *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 93 et 135.

47. Voir notamment : Patrice GARANT, « L'adjudication des contrats gouvernementaux sous les feux de l'enquête Gomery : pour une gestion efficace et éthique de la publicité gouvernementale », (2006) 36 *R.G.D.* 831, 835 et INSTITUT NATIONAL DE SANTÉ PUBLIQUE DU QUÉBEC (M^e Marie-Hélène Sylvestre), *Perspectives d'achat local pour les organismes publics québécois et les municipalités : une analyse juridique*, 2009, p. 4 [ressource électronique], en ligne : <http://www.inspq.qc.ca/pdf/publications/998_PerspecAchatLocal.pdf> (consulté le 15 janvier 2011). Dans son traité de droit administratif, Garant écrit également que la notion d'égalité devant le service public implique le devoir pour l'Administration d'offrir à tous les administrés l'opportunité de contracter avec elle : P. GARANT, préc., note 6, p. 383.

48. La Cour supérieure a déjà considéré qu'en acceptant, après l'heure limite fixée pour la réception des offres, une soumission déposée au mauvais endroit en raison d'une entente administrative entre l'organisme public et l'entreprise de messagerie, cet organisme a contrevenu au principe de l'égalité des soumissionnaires : *Entreprises Jacques Dufour inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 2506, par. 50 à 63.

fiées⁴⁹ l'opportunité de participer aux appels d'offres. Rappelons à cet égard que le rapport Bernard produit en 1990 s'intitulait « L'efficacité dans la transparence »⁵⁰.

Dans les faits, ces principes se retrouvent souvent interreliés. En effet, pour accorder à toutes les entreprises qualifiées la possibilité de participer à un appel d'offres, il faut nécessairement que l'organisme public fasse preuve de transparence relativement à son besoin de contracter et qu'il traite alors les entreprises qualifiées de façon équitable. Une contravention à l'obligation de transparence ou encore à celle du traitement intègre et équitable se traduira fort probablement par une contravention à l'obligation de permettre à toutes les entreprises qualifiées de participer à un appel d'offres.

Les règles de transparence et d'accessibilité des entreprises qualifiées aux contrats publics se traduisent notamment par l'obligation qu'impose la *Loi sur les contrats* de procéder par appel d'offres public⁵¹ au moyen d'un avis diffusé dans un système électronique⁵².

Quant à la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable adéquate et rigoureuse des besoins, cet aspect fait partie intégrante d'une gestion contractuelle responsable et respectueuse de l'intérêt public. Une telle évaluation des besoins devrait contribuer à respecter un principe essentiel dans la gestion contractuelle qui consiste à faire en sorte que tous les concurrents qualifiés perçoivent l'envergure des besoins

-
49. Concernant la qualification des concurrents, la doctrine mentionne que :
« C'est, en effet, l'intérêt général du même service public qui exige que l'octroi des contrats destinés à assurer son fonctionnement comporte des impératifs qui visent précisément à empêcher la grande majorité des citoyens de devenir le cocontractant de l'Administration. Nous référons ici aux exigences et spécifications que l'Administration impose dans ses appels d'offres, relativement au produit à obtenir ou à l'ouvrage à construire, ainsi qu'à la capacité, à l'expertise, et à la solvabilité du cocontractant recherché. Il s'ensuit que ce ne sont pas tous les administrés qui auraient un droit égal à contracter avec l'Administration, mais plutôt que ce sont seulement les personnes techniquement compétentes et financièrement responsables qui disposeraient de ce droit. Le législateur est très clair sur ce point. Dans la *Loi sur les contrats des organismes publics*, il précise que « la présente loi vise à promouvoir la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics » [3^o de l'article 2]. »
Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Les contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Publications CCH/FM, éditions à feuilles mobiles, par. 5-375.
50. GROUPE DE TRAVAIL SUR LES PROCESSUS D'OCTROI DE CONTRATS DU GOUVERNEMENT, préc., note 7.
51. *Loi sur les contrats*, art. 10. Cette obligation sera plus amplement discutée dans la section 2.1.1.
52. *Ibid.*, art. 11.

de la même façon pour ainsi soumissionner sur une base commune. L'article 12 de la *Loi sur les contrats* rappelle d'ailleurs que dans le cadre de l'évaluation de ses besoins, un organisme public ne pourra décider de scinder ou de répartir ceux-ci afin de se soustraire à une obligation découlant de cette loi. De même, l'organisme public devra prendre soin de ne pas définir ses besoins de façon à éliminer la concurrence en privilégiant le produit ou les services d'une seule entreprise⁵³.

Les conditions établies par la *Loi sur les contrats* doivent également promouvoir la mise en œuvre de systèmes d'assurance de la qualité dans l'exécution des marchés publics. Des mesures réglementaires traduisent cette préoccupation et permettent à un organisme public d'exiger des entreprises appelées à contracter en matière d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction qu'elles se soient dotées d'un système d'assurance de la qualité⁵⁴.

-
53. *Soprema inc. c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, 2009 QCCS 3018, par. 105. Voir également : Pierre GIROUX et Nicholas JOBIDON, *Les appels d'offres : une entreprise risquée ?*, Conférence prononcée le 4 juin 2010, Congrès annuel du Barreau du Québec (2010), Québec, Service de la formation continue du Barreau du Québec, par. 21. Dans un bulletin d'interprétation du Secrétariat du Conseil du trésor concernant les spécifications de matériaux ou de systèmes de construction dans les documents d'appel d'offres, il est d'ailleurs mentionné qu'il : « appartient à l'organisme public de spécifier dans les documents d'appel d'offres les matériaux ou les systèmes de construction qui sont requis. Toute spécification doit se faire du point de vue de la performance plutôt que de celui des caractéristiques descriptives. N'est considéré comme performant que le matériau ou le système qui répond au résultat attendu et qui permet aux entrepreneurs de présenter des produits de qualité similaire. La référence à une marque, idéalement à plusieurs, n'est valable que pour simplifier ou clarifier la rédaction d'un devis lorsqu'il existe des équivalents concurrentiels possibles. Les documents d'appel d'offres devront clairement prendre en considération ces équivalents, s'ils satisfont aux exigences du marché, en utilisant l'expression « ou équivalent ». »
SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, bulletin d'interprétation des marchés publics, RCTC 5-1 (28 octobre 2010) [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/publications/faire-affaire-avec-letat/bimp/rctc-5-1-28-octobre-2010/>> (consulté le 25 janvier 2011).
54. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 37, *Règlement sur les contrats de services*, art. 50 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 40. Ces dispositions prévoient qu'un organisme public peut exiger l'apport d'un système d'assurance qualité pour la réalisation d'un contrat. La norme ISO 9001:2000 constitue la reconnaissance d'un tel système, mais celle-ci n'est pas la seule qui peut être demandée par les organismes publics. L'article 10 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics* impose toutefois cette norme pour la conclusion de certains contrats de services professionnels en technologie de l'information : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR [ressource électronique], en ligne : <http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/marches_publics/POLITIQUE_DE_GESTION_CONTRACTUELLE_concernant_conclusion.pdf> (consulté le 24 janvier 2011).

Le dernier principe fondamental que les conditions des contrats visés par la *Loi sur les contrats* doivent promouvoir repose sur une reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants des organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics. Ce principe est en quelque sorte un corollaire de l'obligation de transparence discutée précédemment. La *Loi sur les contrats* et la réglementation prise en vertu de cette loi renferment plusieurs dispositions qui confirment ce principe que ce soit lorsqu'il s'agit de s'écarter d'une règle générale ou de publier les informations relatives aux contrats conclus par un organisme public. L'imputabilité des dirigeants qui est ici consacrée se retrouve dans la *Loi sur l'administration publique*⁵⁵. Ces aspects seront abordés dans les sections portant sur l'adjudication des contrats et sur les autorisations requises.

Enfin, il importe de mentionner que l'article 2 de la *Loi sur les contrats* entend harmoniser les conditions des contrats que peuvent conclure les organismes publics avec les dispositions des accords de libéralisation des marchés publics conclus entre le Québec et un autre gouvernement.

Ces accords, actuellement au nombre de six, sont :

- L'Accord sur le commerce intérieur⁵⁶ ;
- L'Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario⁵⁷ ;
- L'Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick⁵⁸ ;

55. L'imputabilité des dirigeants qui est ici consacrée se retrouve dans la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10, art. 29. Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux organismes du réseau de l'éducation et à ceux du réseau de la santé et des services sociaux.

56. En vigueur depuis le 1^{er} juillet 1995 : SECRÉTARIAT DU COMMERCE INTÉRIEUR, *Accord sur le commerce intérieur* [ressource électronique], en ligne : <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> (consulté le 20 janvier 2011).

57. En vigueur depuis le 1^{er} septembre 1994 : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/textes-des-accords/#c1086>> (consulté le 22 janvier 2011).

58. En vigueur depuis le 1^{er} avril 1994 : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/textes-des-accords/#c1086>> (consulté le 22 janvier 2011).

- *L'Accord intergouvernemental sur les marchés publics entre le gouvernement du Québec et l'État de New York*⁵⁹ ;
- *L'Entente entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'Ontario sur la mobilité de la main-d'œuvre et la reconnaissance de la qualification professionnelle, des compétences et des expériences de travail dans l'industrie de la construction*⁶⁰ ;
- *L'Entente sur les marchés publics québécois entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec (accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics)*⁶¹.

Ces accords devront donc être considérés lorsque les dispositions applicables de la *Loi sur les contrats* ou des règlements pris ou réputés pris en vertu de cette loi y feront référence⁶².

Par ailleurs, afin de limiter les situations susceptibles d'atténuer la portée des conditions déterminées dans la *Loi sur les contrats*, le législateur a maintenu la disposition déclarant la primauté des

59. En vigueur depuis le 30 octobre 2001 : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Accord intergouvernemental sur les marchés publics entre le gouvernement du Québec et l'État de New York* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/textes-des-accords/#c1086>> (consulté le 22 janvier 2011). Les engagements pris par le Québec dans le cadre de cet accord se retrouvent aux points 4 à 8 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 54.

60. En vigueur depuis le 30 juin 2006 : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Entente entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'Ontario sur la mobilité de la main-d'œuvre et la reconnaissance de la qualification professionnelle, des compétences et des expériences de travail dans l'industrie de la construction* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/textes-des-accords/#c1086>> (consulté le 22 janvier 2011).

61. En vigueur depuis le 12 février 2010 : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Entente sur les marchés publics québécois entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec (accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en matière de marchés publics)* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/textes-des-accords/#c1086>> (consulté le 22 janvier 2011).

62. C'est le cas notamment de l'article 10 de la *Loi sur les contrats* et du paragraphe 2^o du premier alinéa de l'article 6 de chacun des trois règlements en matière de marchés publics, soit le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, le *Règlement sur les contrats de services* et le *Règlement sur les contrats de construction*.

dispositions qu'elle renferme, primauté qui existait dans l'ancien régime applicable à l'Administration gouvernementale⁶³.

1.4 Primauté de la *Loi sur les contrats*

L'article 9 de la Loi affirme en effet la prépondérance de la *Loi sur les contrats* sur toute loi générale ou spéciale qui lui serait incompatible. Cet article dispose que :

9. À l'égard des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé, la présente loi prévaut sur toute loi générale ou spéciale qui lui serait incompatible, qu'elle soit antérieure ou postérieure, à moins que cette autre loi n'énonce expressément qu'elle s'applique malgré la présente loi.

Une telle mesure devrait permettre d'éviter les problèmes d'interprétation qui pourraient éventuellement se produire dans les cas de conflits de lois.

Ce caractère prépondérant n'est toutefois pas incontournable. D'une part, il se limite aux incompatibilités touchant les marchés publics et les contrats de partenariat public-privé. Ainsi, les incompatibilités qui affecteraient les autres contrats déterminés par règlement ne sont pas couvertes par l'article 9 de la Loi⁶⁴. D'autre part, cet article permet d'écarter ce caractère prépondérant par le biais d'une disposition expresse indiquant que la loi générale ou spéciale s'applique malgré la *Loi sur les contrats*⁶⁵.

Les conditions des contrats que déterminent la *Loi sur les contrats* et les règlements pris ou réputés pris en vertu de cette loi concernent principalement les modes d'adjudication et d'attribution des contrats de même que le processus d'adjudication de ceux-ci. Ces conditions prévoient également certaines situations nécessitant une autorisation des autorités désignées et établissent diverses mesu-

63. L'article 63 de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10, prévoyait en effet que : « Les dispositions des articles 58 à 61 prévalent sur toute disposition d'une loi générale ou spéciale antérieure qui leur serait incompatible ou sur toute disposition d'une loi générale ou spéciale postérieure qui leur serait incompatible, à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré ces dispositions. ».

64. À cet égard, il n'est pas certain que l'article 63 de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10, contenait une telle limitation.

65. L'article 3 de la *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*, L.R.Q., c. D-8.1, constitue une illustration d'une disposition écartant la primauté de la *Loi sur les contrats*.

res relatives à la gestion des contrats des organismes publics. Ces aspects seront examinés dans les sections qui suivent.

2. MODES D'ADJUDICATION ET D'ATTRIBUTION DES CONTRATS

Deux modes d'octroi des contrats sont envisagés de façon particulière par la *Loi sur les contrats*. Le premier mode consiste à mettre en concurrence des cocontractants potentiels tandis que le second consiste au contraire à procéder sans mise en concurrence⁶⁶. Il importe ici de préciser que le terme « adjudication » et ses dérivés sont utilisés dans la *Loi sur les contrats* et la réglementation afférente lorsqu'il est question de la conclusion d'un contrat à la suite d'une procédure de mise en concurrence dénommée « appel d'offres » alors que le terme « attribution » et ses dérivés sont utilisés lorsqu'il s'agit de la conclusion d'un contrat sans mise en concurrence, soit de gré à gré.

2.1 Octroi d'un contrat avec mise en concurrence

La procédure de mise en concurrence peut prendre deux variantes. La première consiste à mettre en concurrence toutes les entreprises ayant un établissement à l'intérieur d'un territoire déterminé. Il s'agit de l'appel d'offres public. La seconde consiste à mettre en concurrence uniquement certaines entreprises ciblées par l'organisme public. Il s'agit de l'appel d'offres sur invitation.

2.1.1 L'appel d'offres public

Il a été établi précédemment que les conditions des contrats déterminées par la *Loi sur les contrats* devaient notamment promouvoir la transparence dans le processus contractuel ainsi que l'accessibilité aux concurrents qualifiés à la commande publique.

C'est donc dans l'esprit de ces principes que l'article 10 de la *Loi sur les contrats* écarte celui de la liberté contractuelle⁶⁷ en imposant,

66. On retrouve également le mode d'octroi par enchères à l'article 10 du *Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics*, préc., note 26. Il s'agit toutefois d'une situation particulière qui ne fait pas l'objet d'un quelconque traitement dans la *Loi sur les contrats*.

67. Selon P. GARANT, préc., note 6, p. 388-389 : « En principe, un organisme public peut toujours contracter de gré à gré à moins qu'il ne soit expressément obligé de procéder autrement. Cette obligation qui déroge à la liberté contractuelle est interprétée de façon stricte. »

lorsque certaines conditions sont satisfaites, une procédure publique de mise en concurrence communément appelée : « appel d'offres public »⁶⁸. Cette procédure « vise à favoriser la concurrence et à permettre au gouvernement de répondre à ses besoins au meilleur prix, et ce, dans le meilleur intérêt de tous les contribuables »⁶⁹.

L'article 10 dispose effectivement que :

10. Un organisme public doit recourir à la procédure d'appel d'offres public pour la conclusion des contrats suivants :

1^o tout contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction comportant une dépense égale ou supérieure au seuil minimal prévu dans tout accord intergouvernemental applicable pour chacun de ces contrats et organismes publics ;

2^o tout contrat de partenariat public-privé ;

3^o tout autre contrat déterminé par règlement du gouvernement.

Pour l'application du paragraphe 1^o du premier alinéa, lorsqu'un contrat n'est pas assujéti à un accord intergouvernemental, le seuil qui lui est applicable est celui appliqué, selon le cas, à un contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction.

Un organisme public doit considérer le recours à la procédure d'appel d'offres public régionalisé pour la conclusion d'un contrat qui n'est pas assujéti à un accord intergouvernemental.

De son côté, l'article 14 de la *Loi sur les contrats* demande aux organismes publics d'évaluer, dans certaines circonstances, la possibilité de mettre de côté leur liberté contractuelle lorsqu'il énonce :

14. L'adjudication ou l'attribution par un organisme public d'un contrat comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public doit être effectuée dans le respect des principes de la présente loi. Afin

68. Ni la *Loi sur les contrats*, ni les règlements pris ou réputés pris en vertu de cette loi ne définissent l'expression « appel d'offres ». Dans la version la plus récente de son dictionnaire juridique, Hubert Reid la définit comme un « procédé qu'emploie l'Administration pour choisir son cocontractant et selon lequel elle invite toute personne intéressée à lui proposer ses services pour l'exécution de travaux qu'elle précise dans un avis public » : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 46. Cette définition nous apparaît correcte dans un contexte d'appel d'offres public, mais pas dans celui d'un appel d'offres sur invitation où seules quelques entreprises sont spécifiquement appelées à présenter une soumission.

69. *Savoir-faire Linux inc. c. Régie des rentes du Québec*, 2010 QCCS 2375, par. 188.

d'assurer la saine gestion d'un tel contrat, un organisme public doit notamment évaluer la possibilité, selon le cas :

1^o de procéder par appel d'offres public ou sur invitation ;

2^o d'instaurer, sous réserve de tout accord intergouvernemental applicable, des mesures favorisant l'acquisition de biens, de services ou de travaux de construction auprès de concurrents ou de contractants de la région concernée ;

3^o d'effectuer une rotation parmi les concurrents ou les contractants auxquels cet organisme fait appel ou de recourir à de nouveaux concurrents ou contractants ;

4^o de mettre en place des dispositions de contrôle relatives au montant de tout contrat et de toute dépense supplémentaire qui s'y rattache, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu de gré à gré ;

5^o de se doter d'un mécanisme de suivi permettant d'assurer l'efficacité et l'efficience des procédures utilisées à l'égard de tout contrat dont le montant est inférieur au seuil d'appel d'offres public.

Ces dispositions font donc du processus d'appel d'offres le mode privilégié d'adjudication des contrats des organismes publics. L'article 12 de la *Loi sur les contrats* consacre davantage ce choix du législateur lorsqu'il énonce qu'un organisme public ne peut scinder, répartir ses besoins ou apporter une modification à un contrat existant si cette action vise à écarter le recours à l'appel d'offres public.

L'application des règles énoncées aux articles 10 et 14 de la *Loi sur les contrats* différera selon la nature et, dans le cas des marchés publics, selon la valeur estimée du contrat projeté.

Nous examinerons tout d'abord les modes d'octroi applicables aux marchés publics puis ceux applicables aux autres contrats visés par la *Loi sur les contrats*.

2.1.1.1 Marchés publics dont la valeur estimée est supérieure ou égale au seuil fixé dans un accord intergouvernemental

Lorsqu'un accord intergouvernemental est applicable, le paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 10 oblige les organismes publics à recourir à la procédure d'appel d'offres public pour conclure

un marché public visé en autant que celui-ci comporte une dépense égale ou supérieure au seuil fixé dans cet accord⁷⁰.

Le seuil peut varier selon les accords applicables, selon les marchés publics visés ainsi que selon l'organisme public impliqué. À ce chapitre, mentionnons que le Secrétariat du Conseil du trésor propose sur son site Internet des tableaux synthèses qui décrivent les seuils d'appel d'offres public applicables, les territoires couverts par l'ouverture des marchés publics ainsi que certaines particularités variant selon l'accord en vigueur ou le marché public visé⁷¹.

Lorsqu'un marché public n'est pas soumis à un accord intergouvernemental, le deuxième alinéa de l'article 10 de la Loi oblige tout de même les organismes publics à lancer un appel d'offres public si la valeur estimée de ce marché d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction est égale ou supérieure au seuil qui serait autrement applicable s'il s'agissait d'un contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction visé par l'accord⁷². Cet appel d'offres public pourra toutefois être régionalisé, c'est-à-dire ne s'adresser qu'aux entreprises ayant un établissement situé dans une région donnée⁷³.

70. En liant l'obligation de recourir à l'appel d'offres public aux seuils contenus dans un accord de libéralisation des marchés publics, le législateur a augmenté la valeur minimale des contrats nécessitant le recours à ce mode d'adjudication par rapport aux exigences réglementaires applicables avant le 1^{er} octobre 2008 aux organismes de l'Administration gouvernementale. L'article 51 du *Règlement concernant les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, prévoyait en effet que l'appel d'offres public devait être utilisé lorsque le montant estimé du contrat était de 25 000 \$ ou plus. Maintenant, suivant l'*Accord sur le commerce intérieur*, préc., note 56, les organismes de l'Administration gouvernementale doivent généralement recourir à l'appel d'offres public pour tous les contrats d'approvisionnement de 25 000 \$ et plus ainsi que pour tous les contrats de services et de construction de 100 000 \$ et plus. Pour les organismes publics du réseau de l'éducation et ceux du réseau de la santé et des services sociaux, les seuils sont de 100 000 \$ peu importe le type de marché public.

71. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Accords de libéralisation des marchés publics-seuils d'application* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fr/faire-affaire-avec-letat/acheteurs/accords-de-liberalisation/tableaux-syntheses/>> (consulté le 22 janvier 2011).

72. Par exemple, si un organisme public entend requérir les services professionnels d'un arpenteur-géomètre, il devra procéder par appel d'offres public si la valeur estimée de l'acquisition est supérieure ou égale à 100 000 \$ malgré que ce type de services soit exclu de l'*Accord sur le commerce intérieur*, préc., note 56, Annexe 502.1B 1a).

73. *Loi sur les contrats*, art. 10, al. 3.

À noter que suivant la réglementation relative aux marchés publics, un établissement consiste en une place d'affaires où une entreprise « exerce ses activités de façon permanente, clairement identifié à son nom et accessible durant les heures normales de bureau »⁷⁴.

2.1.1.2 *Marchés publics dont la valeur estimée est inférieure au seuil fixé dans un accord intergouvernemental*

L'article 14 de la *Loi sur les contrats* fixe par ailleurs diverses balises qu'un organisme public est appelé à suivre lorsqu'un contrat comporte une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public prévu dans un accord intergouvernemental⁷⁵. Bien que la conclusion de gré à gré d'un tel contrat soit respectueuse des accords, la *Loi sur les contrats* exige tout de même que l'octroi du contrat soit effectué dans le respect des principes énoncés à l'article 2. Dans cette optique, l'organisme public doit notamment évaluer la possibilité de procéder par une mise en concurrence publique ou sur invitation⁷⁶ et de favoriser les entreprises de la région concernée par le contrat⁷⁷. La région concernée devrait selon nous correspondre à la région où se dérouleront les travaux, à celle où seront dispensés les services ou encore à celle où seront utilisés les biens.

74. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 6, al. 1 par. 2^o ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 6, al. 1 par. 2^o et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 6, al. 1, par. 2^o. L'indication d'une case postale ne respecterait pas les exigences réglementaires. Par ailleurs, l'adresse des établissements d'une entreprise qui sont situés au Québec devrait en principe apparaître au registre des entreprises, *Loi sur la publicité légale des entreprises*, L.R.Q., c. P-44.1, art. 33, al. 2, par. 8^o.

75. Nous sommes par ailleurs d'avis que bien que l'article 14 utilise le terme générique « contrat », les contrats qu'il vise ne peuvent être que des marchés publics, soit des contrats d'approvisionnement, des contrats de services ou des contrats de travaux de construction. En effet, les autres contrats visés par la *Loi sur les contrats*, à savoir les contrats de partenariat public-privé et les autres contrats déterminés par règlement, ne sont pas soumis aux accords intergouvernementaux actuellement applicables, aucun seuil ne leur est donc applicable.

76. *Loi sur les contrats*, art. 14, par. 1^o.

77. *Loi sur les contrats*, art. 14, par. 2^o. La régionalisation du contrat permise par ce paragraphe peut se faire sous réserve de tout accord intergouvernemental applicable. Cette réserve peut paraître surprenante puisque l'article 14 s'applique lorsque la valeur d'un marché public est inférieure au seuil d'appel d'offres prévu dans ces accords. En fait, elle réfère essentiellement à la disposition de l'Annexe 502.4 de l'*Accord sur le commerce intérieur*, préc., note 54, qui incite les organismes du secteur municipal et ceux du réseau de l'éducation et du réseau de la santé et des services sociaux à respecter l'esprit de cette annexe pour les marchés d'une valeur inférieure aux seuils ; Annexe 502.4 – *Marchés publics – Dispositions applicables aux municipalités, aux organismes municipaux, aux conseils et commissions scolaires, ainsi qu'aux entités d'enseignement supérieur, de services de santé ou de services sociaux financées par l'État*, section C, par. 4.

2.1.1.3 Contrats autres que les marchés publics

Lorsqu'un organisme public entend conclure un contrat de partenariat public-privé, il devra procéder par appel d'offres public peu importe la valeur estimée du contrat. En effet, puisqu'un contrat de partenariat public-privé peut ne pas comporter de dépenses de fonds publics, il n'était pas approprié de référer ici à une valeur minimale⁷⁸.

Quant aux autres contrats déterminés par règlement, l'article 10 de la *Loi sur les contrats* semble à première vue imposer le recours à l'appel d'offres public. Nous croyons toutefois qu'il faut lire cette disposition en parallèle avec le paragraphe 4^o du premier alinéa de l'article 23 de la *Loi sur les contrats* qui prévoit que le gouvernement peut déterminer par règlement les contrats, autres que les marchés publics et les contrats de partenariat public-privé, qui devront faire l'objet d'un appel d'offres public. Conclure que l'article 10 impose dans tous les cas le recours à l'appel d'offres public pour les autres contrats déterminés par règlement impliquerait de nier l'application de l'habilitation réglementaire précitée⁷⁹.

D'ailleurs, le *Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics* prévoit la possibilité qu'un immeuble excédentaire fasse l'objet d'une disposition de gré à gré, par appel d'offres sur invitation ou par enchères⁸⁰.

Il s'ensuit que pour les contrats autres que les marchés publics et les contrats de partenariat public-privé, l'obligation de recourir à l'appel d'offres public tire son origine non pas dans la *Loi sur les contrats* mais dans le texte réglementaire qui lui est applicable. La distinction apportée ici prend toute son importance lorsqu'un organisme public entendra conclure un tel contrat en dérogation au mode établi. En concluant qu'il s'agit d'une dérogation à un règlement plutôt qu'à la loi, la dérogation devra être autorisée par le ministre responsable de l'organisme public plutôt que par le gouvernement⁸¹.

78. *Loi sur les contrats*, art. 3.

79. On contreviendrait ainsi au principe d'interprétation énoncé à l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, suivant lequel les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

80. Préc., note 26, art. 7 à 10.

81. *Loi sur les contrats*, art. 25. Voir également : *infra*, section 4.

2.1.2 *L'appel d'offres sur invitation*

L'appel d'offres sur invitation est une procédure de mise en concurrence limitée dans le sens où seules les entreprises approchées par un organisme public sont invitées à lui présenter une offre.

Lorsque ce mode d'adjudication est applicable, l'organisme public demeure au départ libre de sélectionner les entreprises qu'il entend inviter à lui présenter une offre⁸². Contrairement à la situation qui prévalait avant le 1^{er} octobre 2008, ni la *Loi sur les contrats*, ni la réglementation en matière de marchés publics ne fixent le nombre minimal d'entreprises à inviter⁸³. L'organisme public devrait toutefois s'assurer d'inviter un nombre d'entreprises qui lui permettra d'obtenir une véritable concurrence. Une fois ce choix effectué, l'organisme devra ensuite respecter les principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents énoncés à l'article 2 de la Loi.

Sauf dans le cadre d'une dérogation dûment autorisée⁸⁴, ce mode d'adjudication est envisagé par la *Loi sur les contrats* à l'égard des marchés publics dont la valeur est inférieure au seuil d'appel d'offres public⁸⁵, par le *Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics*⁸⁶ ainsi que par le *Règlement sur les contrats de concession du gouvernement*⁸⁷.

Nous examinerons maintenant les situations prévues par le législateur qui permettent à un organisme public de conclure un contrat sans mise en concurrence.

82. Le fichier des fournisseurs qui était antérieurement utilisé dans le cadre de certains appels d'offres sur invitation n'existe plus depuis le 1^{er} octobre 2008.

83. L'article 54 du *Règlement concernant les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, prévoyait qu'un organisme qui se prévalait de l'appel d'offres sur invitation devait inviter au moins trois fournisseurs. C'est ce que continue de faire l'article 34 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux* qui demande, sauf exception, d'inviter un minimum de trois entreprises, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX [ressource électronique], en ligne : <http://www.msss.gouv.qc.ca/reseau/affaires_reseau/download.php?f=6ce5a316a776499b3bd07bcf5806e3e3> (consulté le 29 janvier 2011).

84. *Loi sur les contrats*, art. 25. Voir également : *infra*, section 4.

85. *Loi sur les contrats*, art. 14, par. 1^o.

86. Préc., note 26, art. 7 à 9.

87. Préc., note 25, art. 7.

2.2 Octroi d'un contrat sans mise en concurrence

La *Loi sur les contrats* et la réglementation prise ou réputée prise en vertu de cette loi prévoient diverses situations autorisant un organisme public à écarter l'appel d'offres au profit du gré à gré.

En effet, le législateur accorde, dans certaines circonstances, la possibilité à un organisme public de ne pas octroyer un contrat à la suite d'une procédure de mise en concurrence. Les situations pouvant justifier la conclusion de gré à gré d'un contrat dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil prévu dans tout accord intergouvernemental applicable se retrouvent aux paragraphes 1^o à 5^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats*. Celles justifiant une conclusion semblable lorsque la valeur estimée est inférieure au seuil prévu dans un accord intergouvernemental applicable se retrouvent à l'article 14 de cette loi.

2.2.1 Situations prévues à l'article 13 de la *Loi sur les contrats*

L'article 13 de la *Loi sur les contrats* prévoit que :

13. Un contrat comportant une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public prévu à l'article 10 peut être conclu de gré à gré dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1^o lorsqu'en raison d'une situation d'urgence, la sécurité des personnes ou des biens est en cause ;

2^o lorsqu'un seul contractant est possible en raison d'une garantie, d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif, tel un droit d'auteur ou un droit fondé sur une licence exclusive ou un brevet, ou de la valeur artistique, patrimoniale ou muséologique du bien ou du service requis ;

3^o lorsqu'il s'agit d'une question de nature confidentielle ou protégée et qu'il est raisonnable de croire que sa divulgation, dans le cadre d'un appel d'offres public, pourrait compromettre la nature ou nuire de quelque autre façon à l'intérêt public ;

4^o lorsqu'un organisme public estime qu'il lui sera possible de démontrer, compte tenu de l'objet du contrat et dans le respect des principes énoncés à l'article 2, qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public ;

5^o dans tout autre cas déterminé par règlement du gouvernement.

Dans les cas visés aux paragraphes 3^o et 4^o du premier alinéa, le contrat doit être autorisé par le dirigeant de l'organisme public qui doit en informer le ministre responsable annuellement.

Avant d'aborder chacune des situations envisagées dans cet article, précisons tout d'abord que le paragraphe introductif de cette disposition devrait en toute logique référer également au contrat comportant une dépense égale au seuil d'appel d'offres, puisqu'un contrat comportant une telle dépense doit aussi faire l'objet d'un appel d'offres public en application de l'article 10 de la *Loi sur les contrats*.

De plus et tel que mentionné précédemment pour l'article 14⁸⁸, le fait de référer au seuil d'appel d'offres prévu à l'article 10 fait en sorte que les contrats visés à l'article 13 ne peuvent, selon nous, correspondre qu'à des marchés publics, soit des contrats d'approvisionnement, des contrats de services ou des contrats de travaux de construction.

2.2.1.1 *Situation d'urgence*

Le paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats* maintient l'exception relative à l'urgence énoncée antérieurement au paragraphe 3^o de l'article 3 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*⁸⁹, laquelle reprenait celle prévue à l'article 3 du *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics*⁹⁰.

Le concept d'urgence qui est ici envisagé doit essentiellement être apprécié au regard de la sécurité des personnes et des biens. Par conséquent, l'urgence économique ou encore administrative ne peut, selon nous, justifier l'octroi d'un contrat de gré à gré qui serait fondé sur cette disposition.

2.2.1.2 *Unicité du contractant*

Le paragraphe 2^o du premier alinéa de l'article 13 prévoit pour sa part trois situations où un organisme public est justifié d'octroyer

88. *Supra*, note 75.

89. *Préc.*, note 11.

90. *Préc.*, note 8.

un contrat sans appel d'offres au motif qu'il se retrouve dans une situation où un seul contractant n'est possible⁹¹.

Ce sera le cas lorsqu'une garantie offerte par un contractant ne sera pas honorée si les travaux ou les services requis postérieurement ne sont pas exécutés ou dispensés par ce contractant.

Ce sera également le cas lorsqu'un droit de propriété ou un droit exclusif, tel un droit de propriété intellectuelle, détenu par le contractant d'origine interdit à l'organisme public, sous peine de violation de ce droit, de permettre à un autre contractant d'entreprendre des travaux ou des services sur le bien affecté par ce droit. Une telle situation est notamment susceptible de se produire dans les contrats concernant des modifications apportées à un logiciel élaboré pour répondre aux besoins particuliers d'un organisme public⁹².

On se retrouvera aussi dans un cas de contractant unique lorsque le contrat attache une considération particulière à la valeur artistique, patrimoniale ou muséologique du bien ou du service requis. Par exemple, un musée qui entend acquérir des œuvres particulières d'un artiste québécois pour les intégrer dans sa collection permanente ne pourra que s'adresser au détenteur de ces œuvres particulières.

Aucune autre situation de contractant unique que celles précédemment discutées n'entre dans le champ d'application de cette mesure d'exception. Ainsi, le paragraphe 2^o de l'article 13 de la Loi ne pourrait servir de fondement à un organisme public pour octroyer un contrat de gré à gré si, après une recherche sérieuse et documentée, cet organisme concluait, pour des motifs autres que ceux envisagés dans cette disposition, qu'il n'existe qu'un contractant ayant un établissement au Québec ou dans un territoire visé par un accord intergouvernemental applicable qui soit le seul à pouvoir répondre aux

91. Ces trois situations se retrouvaient également dans la réglementation applicable avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les contrats*, plus particulièrement aux paragraphes 5^o et 7^o de l'article 12 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11.

92. Pour illustrer pareille éventualité, nous nous permettons de référer à une décision récente où la Commission européenne a été condamnée par le Tribunal de l'Union européenne à verser une amende de 12 millions d'euros pour avoir violé les droits d'auteur et le savoir-faire de la société française de logiciel Systran en confiant à une autre société l'exécution de travaux de maintenance sur le logiciel de traduction élaboré par Systran ; *Systran et Systran Luxembourg / Commission* (Affaire T-19/07), JO C 69 du 24 mars 2007, p. 21.

spécifications requises et à posséder les qualifications nécessaires à la réalisation du contrat⁹³.

2.2.1.3 Question de nature confidentielle

Le paragraphe 3^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats* permet également d'écarter le recours à l'appel d'offres public lorsque le contrat projeté soulève une question de nature confidentielle ou protégée et qu'un processus de mise en concurrence pourrait compromettre cette caractéristique ou autrement nuire à l'intérêt public.

Une illustration possible de l'application de cette exception a été exposée lors de l'étude détaillée du projet de loi n^o 17 concernant la *Loi sur les contrats*. À cette occasion, monsieur Jacques Lafrance, alors secrétaire associé aux marchés publics du Secrétariat du Conseil du trésor, soutenait devant la Commission permanente des finances publiques que ce paragraphe aurait pu trouver application lorsque le gouvernement a décidé de construire un palais de justice en annexe à la prison de Bordeaux à Montréal pour le procès de mem-

93. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, art. 12, par. 4^o. Dans les notes explicatives relatives à cette disposition de l'article 13 de la *Loi sur les contrats*, il est mentionné que :

« En ce qui concerne les autres cas non énumérés à ce paragraphe et qui pourraient éventuellement répondre au même concept à l'effet qu'un seul contractant est possible, le gouvernement pourra, le cas échéant, les prévoir par règlement, tel que mentionné au paragraphe 5^o ci-dessous [paragraphe 5^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats*] » ;

SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Notes explicatives du projet de Loi sur les contrats des organismes publics*, version du 16 août 2006. L'article 28 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* confirme cette avenue réglementaire pour la conclusion d'un contrat d'approvisionnement relatif à des activités de recherche et de développement ou à des activités d'enseignement. L'article 29.1 de ce règlement fait de même dans le cadre de la conclusion de gré à gré d'un contrat à commandes visant l'acquisition de logiciels. Nous sommes également d'avis que la situation envisagée par le paragraphe 4^o de l'article 12 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics* pourrait également trouver appui sur l'application du paragraphe 4^o de l'article 13 de la *Loi sur les contrats*. À noter que ni la *Loi sur les contrats*, ni la réglementation ne précisent ce que constitue une recherche sérieuse et documentée. Dans l'affaire *Alstom*, la Cour supérieure a mentionné qu'une recherche documentée implique qu'un document ou des documents doivent être préparés de façon à démontrer l'existence de recherches légitimes, concluant à l'unicité du fournisseur ; *Alstom Canada inc. c. Société de transport de Montréal*, [2008] R.J.Q. 387, par. 116. On ne saurait par ailleurs trop insister sur la nécessité qu'une telle recherche soit antérieure à la décision de procéder sans appel d'offres : *Savoir-faire Linux inc. c. Régie des rentes du Québec*, préc., note 69, par. 138 et *Alstom Canada inc. c. Société de transport de Montréal*, par. 178 à 180.

bres de bandes criminalisées qui avait fait les manchettes à l'époque. Pour monsieur Lafrance, « il n'était pas question d'aller en appel d'offres public pour mettre [rendre publics] les plans et devis du passage entre la prison et le palais de justice publics »⁹⁴.

2.2.1.4 L'appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public

Le paragraphe 4^o du premier alinéa de l'article 13 permet également l'octroi d'un contrat de gré à gré lorsqu'un organisme public estime qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public⁹⁵.

Il n'existe pas de définition précise de la notion d'intérêt public. Pour la Cour fédérale, il s'agirait « d'un concept général, souple et indéterminé, qui comporte cependant des considérations allant au-delà des intérêts des parties à un litige »⁹⁶.

Hubert Reid la définit pour sa part comme « ce qui concerne les intérêts vitaux de la société, ce qui est à l'avantage des citoyens »⁹⁷. Quoi qu'il en soit, ce renvoi à l'intérêt public confère à chaque organisme public une discrétion dans l'appréciation des circonstances justifiant de s'écarter du recours à l'appel d'offres. Cette discrétion ne saurait toutefois être absolue⁹⁸.

L'intérêt public devrait ici être apprécié en fonction des principes sur lesquels repose la *Loi sur les contrats* et qui, en matière d'octroi des contrats publics, visent justement à servir l'intérêt public. Ces principes, rappelons-le, consistent principalement à assurer la transparence du processus contractuel et l'accessibilité des contrats publics aux entreprises qualifiées.

Ainsi, pour décider d'octroyer de gré à gré un marché public au motif que l'appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public, l'organisme

94. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la commission permanente des finances publiques*, 2^e sess., 37^e légis., 14 juin 2006, « Étude détaillée du projet de loi n^o 17 – Loi sur les contrats des organismes publics », 16h14 (M. Jacques Lafrance).

95. Cette formulation n'est pas innovatrice en soi puisqu'elle s'inspire notamment de la réglementation fédérale. Voir le paragraphe 6c) du *Règlement concernant les marchés de l'État*, DORS/87-402 (*Gaz. Can.* II).

96. *Wang Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 C.F. 3. Il était question dans cette décision d'interpréter la notion d'intérêt public prévue à l'article 1015(4)c) de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA).

97. H. REID, préc., note 68, p. 336.

98. *ATCO Gas & Pipelines Ltd c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 46.

devrait pouvoir démontrer que la tenue d'un appel d'offres n'apportera aucun avantage tant pour l'Administration gouvernementale que pour les administrés. Une telle situation pourrait par exemple résulter du fait qu'en raison des aspects particuliers touchant la situation dans laquelle se retrouve l'organisme public, l'entreprise identifiée par cet organisme pour conclure le contrat de gré à gré s'avère la seule à pouvoir exécuter le contrat.

Toutefois, avant d'invoquer de tels motifs, on doit s'attendre à ce que l'organisme public dispose d'éléments factuels propres à soutenir sérieusement cette position. Par exemple, puisque l'application de cette disposition doit se faire dans le respect des principes énoncés à l'article 2 de la *Loi sur les contrats*, la publication dans le système électronique d'appel d'offres d'un avis d'intention à l'effet que l'organisme public s'apprête à conclure un contrat avec une entreprise dûment identifiée dans cet avis mériterait d'être sérieusement envisagée sans pour autant servir de seul fondement à la décision de procéder de gré à gré⁹⁹.

Il importe ici de rappeler qu'avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les contrats*, le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*¹⁰⁰ identifiait de façon particulière l'ensemble des situations où le recours à l'appel d'offres public n'était pas requis. Outre trois cas prévus à l'article 3, l'article 12 de ce règlement identifiait 27 autres situations justifiant la mise à l'écart d'un processus de mise en concurrence.

Le paragraphe 4^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi* aurait été adopté pour éviter une telle énumération et permettre de couvrir des situations particulières susceptibles de se présenter et qui n'étaient pas visées spécifiquement par la réglementation antérieure. En se rattachant au concept de l'intérêt public, le législateur a voulu octroyer une certaine souplesse à la loi de même qu'aux organismes publics. Cette approche pourrait toutefois nécessiter un soutien juridique et administratif que certains donneurs d'ouvrage pourraient trouver contraignant.

99. Un tel avis permet effectivement d'informer les tiers qu'un organisme public a l'intention de conclure un contrat avec une entreprise identifiée dans l'avis et par le fait même, leur donne l'opportunité de manifester leur intérêt en tant que contractant potentiel éventuel.

100. Préc., note 11.

Par ailleurs, l'octroi d'un contrat de gré à gré s'oppose à première vue aux principes de transparence et d'accessibilité. Or, compte tenu du degré élevé d'appréciation que commande l'application des situations couvertes par les paragraphes 3^o et 4^o du premier alinéa de l'article 13, nous ne pouvons qu'approuver la décision du législateur de soumettre le recours à l'application de ces dispositions à une autorisation préalable du dirigeant de l'organisme public¹⁰¹ et, dans le cas du paragraphe 4^o, à une publication des renseignements relatifs à ces contrats¹⁰².

2.2.1.5 Cas particuliers prévus dans la réglementation

La *Loi sur les contrats* envisage également la conclusion de contrats de gré à gré pour des cas particuliers qui reposent sur des dispositions réglementaires spécifiques à certains types de contrats.

Le paragraphe 5^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats* accorde en effet au gouvernement le pouvoir de déterminer dans un règlement des cas justifiant la conclusion d'un contrat de gré à gré. Il n'est pas nécessaire ici de discuter de chacun de ces cas.

Mentionnons toutefois qu'au regard des contrats de services, outre les circonstances particulières touchant les contrats conclus pour les activités d'une organisation permettant la représentation du Québec à l'étranger, les contrats pouvant être conclus de gré à gré visent dans la majorité des cas des situations où le choix du contractant repose sur des exigences qui sont le plus souvent en lien avec ses compétences et ses expériences personnelles et qui ont en quelque sorte pour effet de lui conférer un caractère unique¹⁰³.

Nous joignons, en annexe, un tableau identifiant les cas actuellement prévus dans la réglementation prise ou réputée prise en vertu

101. *Infra*, section 4.2.

102. *Loi sur les contrats*, art. 22; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 39; *Règlement sur les contrats de services*, art. 52 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 42.

103. À noter que la prise en compte des caractéristiques « personnelles » d'un individu est aussi prévue à l'article 21 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 54. Des dispositions réglementaires antérieures considéraient également cette éventualité tel le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics*, préc., note 8, art. 2 « définition d'individu » et art. 8 10), de même que le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, art. 12 par. 6^o.

de la *Loi sur les contrats* où il est possible pour un organisme public de conclure un contrat de gré à gré.

2.2.2 Autres situations prévues dans la *Loi sur les contrats*

Nous avons vu précédemment que lorsque la valeur estimée d'un marché public est inférieure au seuil fixé dans un accord intergouvernemental applicable, la conclusion de gré à gré d'un tel contrat serait respectueuse des accords¹⁰⁴.

Toutefois, l'article 14 de la *Loi sur les contrats* fixe diverses conditions qu'un organisme public doit satisfaire avant de décider d'utiliser ce mode. Ce n'est donc qu'après avoir évalué la possibilité de procéder par appel d'offres et d'instaurer des mesures favorisant les entreprises situées dans la région ayant les liens les plus étroits avec le contrat projeté que l'organisme pourra finalement décider de le conclure de gré à gré.

Outre les situations examinées précédemment, la *Loi sur les contrats* permet également le recours au gré à gré au moyen d'une autorisation du gouvernement ou du ministre responsable de l'organisme public qui entend dans des cas particuliers déroger à la règle applicable de mise en concurrence. Ainsi, si un organisme public entend déroger à une obligation de recourir à l'appel d'offres prévue dans la *Loi sur les contrats*, il devra obtenir l'autorisation du gouvernement alors que si cette obligation se retrouve plutôt dans la réglementation, c'est l'autorisation du ministre responsable de l'organisme qui sera requise¹⁰⁵.

Par ailleurs, à partir du moment où les conditions requises pour contracter de gré à gré sont satisfaites, l'organisme public n'est soumis qu'à peu d'exigences additionnelles avant de conclure un marché public. Mentionnons toutefois celle consistant à obtenir une attestation de conformité fiscale¹⁰⁶. En effet, depuis le 1^{er} juin 2010, un organisme public qui entend conclure de gré à gré un marché public

104. *Supra*, section 2.1.1.2.

105. *Infra*, section 4. La désignation du ministre responsable d'un organisme public assujetti est prévue au 2^e alinéa de l'article 23 de la *Loi sur les contrats*. Pour les organismes du réseau de l'éducation, il s'agit du ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport ; pour les organismes du réseau de la santé et des services sociaux, il s'agit du ministre de la Santé et des Services sociaux alors que pour les autres organismes ce sera le Conseil du trésor.

106. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 37.1 et 37.2 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 50.1 et 50.2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 40.1 et 40.2.

comportant une dépense égale ou supérieure à 25 000 \$ doit au préalable s'assurer que son contractant établi au Québec est en règle au niveau fiscal. Le respect de cette obligation se traduit par la production d'une attestation délivrée par le ministère du Revenu du Québec.

Contrairement au mode gré à gré, le processus d'octroi par appel d'offres est encadré par plusieurs dispositions réglementaires sur lesquelles il convient de porter une attention particulière.

3. ADJUDICATION DES CONTRATS

La mise en branle d'une procédure publique de mise en concurrence s'effectue d'abord par la publication d'un avis d'appel d'offres dans le système électronique d'appel d'offres approuvé par le gouvernement¹⁰⁷ lequel sera accompagné des documents relatifs à cet appel d'offres.

3.1 L'avis et les documents d'appel d'offres

Les dispositions réglementaires relatives au contenu de l'avis d'appel d'offres de même qu'au contenu des documents d'appel d'offres sont à peu de choses près similaires, peu importe qu'il s'agisse d'un contrat d'approvisionnement, d'un contrat de services ou d'un contrat de travaux de construction¹⁰⁸.

Concernant le contenu minimal de l'avis d'appel d'offres, deux prescriptions méritent ici certains commentaires. Il s'agit de l'endroit où se procurer les documents d'appel d'offres et de la mention à l'effet que l'organisme public ne s'engage à accepter aucune des soumissions reçues.

3.1.1 Endroit où se procurer les documents d'appel d'offres

Le paragraphe 5^o de l'article 4 de chacun des règlements applicables en matière de marchés publics prévoit que l'avis d'appel d'of-

107. *Loi sur les contrats*, art. 11 ; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 2 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 2. Suivant l'article 56 de la *Loi sur les contrats*, le système électronique d'appel d'offres, communément appelé « SEAO », qui était en application lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les contrats* est réputé avoir été approuvé par le gouvernement.

108. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 4 et 5 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 4 et 5 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 4 et 5.

fres doit préciser à quel endroit les entreprises intéressées au marché pourront se procurer les documents d'appel d'offres. Actuellement, l'organisme public, un tiers mandaté par l'organisme public ainsi que l'exploitant du système électronique d'appel d'offres peuvent être responsables de la distribution des documents d'appel d'offres.

Cette situation est toutefois sur le point de changer puisqu'un avis a récemment été publié dans la *Gazette officielle du Québec* annonçant que les règlements en matière de marchés publics pourraient être modifiés pour notamment prévoir que les documents d'appel d'offres ne pourront dorénavant être obtenus que par l'intermédiaire du système électronique d'appel d'offres¹⁰⁹.

Ces modifications visent essentiellement à faciliter l'accessibilité aux marchés publics et, par le fait même, à contribuer à accroître la concurrence. Elles s'harmonisent avec les règles de distribution des documents d'appel d'offres introduites dans le secteur municipal par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale* (2010, c. 18).

3.1.2 *Clause de réserve*

Le paragraphe 7^o du deuxième alinéa de l'article 4 de chacun des règlements pris en matière de marchés publics demande que l'avis d'appel d'offres indique que l'organisme public ne s'engage à accepter aucune des soumissions reçues.

Il n'est donc pas prévu ici qu'un organisme public puisse en tout temps se réserver le droit de refuser la plus basse soumission con-

109. Il est en effet proposé de modifier le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, le *Règlement sur les contrats de services* et le *Règlement sur les contrats de construction* afin d'ajouter dans ces trois règlements un paragraphe 5.1^o à l'article 4 de même qu'un article 9.1, lesquels préciseront que la distribution des documents d'appel d'offres doit s'effectuer par le biais du système électronique d'appel d'offres. Voir le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics* (projet), (2011) 3A G.O. II, 237A ; le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de services des organismes publics* (projet), (2011) 3A G.O. II, 238A et le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* (projet), (2011) 3A G.O. II, 238A. Ces nouvelles règles résultent des recommandations contenues dans le *Rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux*, GROUPE-CONSEIL SUR L'OCTROI DES CONTRATS MUNICIPAUX, *Rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux – les marchés publics municipaux*, mars 2010, p. 32 [ressource électronique], en ligne : <<http://www.mamrot.gouv.qc.ca/gestion-contractuelle-et-ethique/gestion-contractuelle/>> (consulté le 23 janvier 2011).

forme. Par contre, l'organisme public possède l'opportunité de ne pas adjuger le contrat dans l'éventualité où les documents d'appel d'offres comportaient des ambiguïtés sérieuses ou encore lorsque le montant des soumissions déposées excédait sensiblement celui de l'estimation effectuée par l'organisme¹¹⁰. Dans de tels cas, l'organisme public pourra décider de reprendre le processus d'appel d'offres à condition toutefois d'apporter des modifications aux documents d'appel d'offres susceptibles de clarifier les ambiguïtés ou de réduire les prix soumis. Il ne faut pas oublier que l'ouverture des soumissions est une étape accessible à tous qui souvent entraîne la diffusion des prix proposés par chacun des soumissionnaires. Recommencer le processus sans modifier les exigences initiales risquerait de porter atteinte au principe d'équité des soumissionnaires.

D'ailleurs, la jurisprudence reconnaît la validité des clauses de réserve en autant que le donneur d'ouvrage n'utilise pas le processus d'appel d'offres dans le but de « magasiner » des soumissions¹¹¹.

Par ailleurs, mentionnons que le *Règlement sur les travaux de construction* est le seul règlement renfermant une mesure prévoyant le versement d'une compensation lorsque la décision de ne pas donner suite à un appel d'offres public est prise postérieurement à l'ouverture des soumissions ou, dans le cas où une évaluation de la qualité est prévue, postérieurement à la tenue du comité de sélection.

110. P. GIROUX et N. JOBIDON, préc., note 53, par. 85. Le paragraphe 4^o de l'article 4 de la *Politique de gestion contractuelle concernant le resserrement de certaines mesures dans les processus d'appel d'offres des contrats des organismes publics* demande d'ailleurs aux organismes publics de l'Administration gouvernementale de « préciser que la possibilité de n'accepter aucune des soumissions reçues prévue au document d'appel d'offres s'applique notamment lorsqu'il juge que les prix sont trop élevés ou disproportionnés ou ne reflètent pas un juste prix » : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/marches-publics-au-quebec/>> (consulté le 22 janvier 2011). L'article 7 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de l'éducation* renferment une disposition similaire : MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, DU LOISIR ET DU SPORT [ressource électronique], en ligne : <http://www.mels.gouv.qc.ca/sections/publications/publications/Reseaux/Financement_equipement/Equipement_scolaire/PolitiqueGestionContractuelle.pdf> (consulté le 24 janvier 2011). La *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux* ne contient pas une telle disposition, préc., note 83.

111. *Axor Construction Canada inc. c. Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, 2010 QCCS 3232, par. 110.

tion¹¹². Cette compensation doit être versée au soumissionnaire qui aurait été déclaré l'adjudicataire à condition toutefois que le montant de sa soumission soit d'au moins 500 000 \$.

À l'instar du traitement que la réglementation accorde à l'avis d'appel d'offres, chacun des règlements pris en vertu de la *Loi sur les contrats* relativement aux marchés publics renferme une disposition déterminant le contenu des documents d'appel d'offres¹¹³.

Concernant ce contenu, précisons d'emblée que la réglementation prévoit que les documents d'appel d'offres pourront être modifiés avant la date de dépôt des soumissions. Dans ces cas et compte tenu des principes de transparence et d'équité, le détail de ces modifications devra être transmis au moyen d'un addenda sur le système électronique d'appel d'offres de même qu'à chacune des entreprises ayant déjà commandé les documents d'appel d'offres¹¹⁴. Afin de donner à tous le temps nécessaire pour modifier leur soumission, la réglementation prévoit également qu'une modification des documents d'appel d'offres qui est susceptible d'avoir une incidence sur les prix soumis ne peut être transmise moins de sept jours avant la date de dépôt des soumissions à défaut de quoi l'organisme public devra prolonger la durée de l'appel d'offres de façon à respecter ce délai¹¹⁵.

Ces documents doivent notamment indiquer les conditions d'admissibilité exigées des contractants, les conditions de conformité que les soumissions devront respecter ainsi que la règle d'adjudication du contrat. Des dispositions particulières sont également prévues relativement aux appels d'offres impliquant un regroupement d'organismes.

112. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 34.

113. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 5 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 5 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 5.

114. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 9 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 9 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 9. Si l'article 9.1 proposé dans le projet de *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, dans le projet de *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de services des organismes publics* et dans le projet de *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 109, est édicté, les addenda ne pourront être obtenus que par l'intermédiaire du système électronique d'appel d'offres.

115. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 9 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 9 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 9.

3.2 Conditions d'admissibilité des contractants et de conformité des soumissions

La procédure d'appel d'offres consiste essentiellement en une demande s'adressant aux entreprises répondant aux exigences déterminées par l'organisme public de lui présenter dans le délai prévu une offre relativement à un marché public décrit dans les documents d'appel d'offres. La réglementation désigne ces offres en tant que soumissions.

À l'expiration du délai prévu, l'organisme public examine chacune des soumissions produites en vérifiant l'admissibilité des entreprises de même que la conformité de leur soumission¹¹⁶.

Nous avons mentionné précédemment que les paragraphes 1^o et 2^o du premier alinéa de l'article 2 de la *Loi sur les contrats* établissaient les principes de transparence et de traitement intègre et équitable des entreprises intéressées que le processus d'octroi des marchés publics devait respecter. Le contrôle des conditions relatives à l'admissibilité des contractants et à la conformité des soumissions qu'ils présentent doit donc se faire en tenant compte de ces principes.

Les règlements pris en vertu de la *Loi sur les contrats* en matière de marchés publics contiennent des dispositions spécifiques au regard de l'admissibilité d'un contractant et de la conformité de sa soumission. En raison de leur similarité, nous nous limiterons à reproduire les articles 6 et 7 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* lesquels disposent que :

6. Les conditions d'admissibilité exigées d'un fournisseur pour la présentation d'une soumission sont les suivantes :

1^o posséder les qualifications, les autorisations, les permis, les licences, les enregistrements, les certificats, les accréditations et les attestations nécessaires ;

2^o avoir au Québec ou dans un territoire visé par un accord intergouvernemental applicable, un établissement où il exerce ses activités de façon permanente, clairement identifié à son nom et accessible durant les heures normales de bureau ;

116. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 12 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 12 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 15.

3^o satisfaire à toute autre condition d'admissibilité prévue dans les documents d'appel d'offres.¹¹⁷

Malgré le paragraphe 2 du premier alinéa, lorsque la concurrence est insuffisante, l'organisme public peut rendre admissible tout fournisseur qui a un établissement dans un territoire non visé par un accord intergouvernemental applicable, à la condition qu'il en fasse mention dans les documents d'appel d'offres.

Le défaut d'un fournisseur de respecter l'une de ces conditions le rend inadmissible.

7. Les conditions de conformité doivent indiquer les cas qui entraînent le rejet automatique d'une soumission, soit :

1^o le non-respect de l'endroit prévu, de la date et de l'heure¹¹⁸ limites fixées pour la réception des soumissions ;

2^o l'absence d'un document requis ;

3^o l'absence d'une signature requise d'une personne autorisée ;

4^o une rature ou une correction apportée au prix soumis et non paraphée ;

5^o une soumission conditionnelle ou restrictive ;

6^o le non-respect de toute autre condition de conformité indiquée dans les documents d'appel d'offres comme entraînant le rejet automatique d'une soumission.

117. Dans un bulletin d'interprétation des marchés publics portant sur l'apport d'une contribution financière ou d'un don dans le cadre d'un appel d'offres public, le Secrétariat du Conseil du trésor mentionne que :

« un organisme public ne peut exiger d'un soumissionnaire qu'il fournisse une contribution financière à l'enseignement, à la recherche, à la formation et au développement ou toute autre forme de don que ce soit comme condition d'admissibilité » ;

SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *bulletin d'interprétation des marchés publics*, RCA/RCS/RCTC. 5-1 (12 avril 2010) [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/publications/faire-affaire-avec-letat/bimp/rcarsrctc-5-1-12-avril-2010/>> (consulté le 25 janvier 2011).

118. Pour une revue de la jurisprudence concernant les conséquences d'un retard dans le dépôt des soumissions, voir *Construction DJL Inc. c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 5290. Dans cet arrêt, la Cour supérieure confirme la décision du ministère des Transports d'avoir accepté une soumission présentée entre 15h00 et 15h01 mais horodatée à 15h01 alors que l'heure limite de dépôt était fixée à 15h00.

Il importe tout d'abord de souligner que les conditions d'admissibilité concernent essentiellement l'entreprise alors que les conditions de conformité demeurent totalement reliées à la présentation et au contenu de la soumission préparée par l'entreprise. Outre la nature des conditions qui diffère, le contrôle du respect de ces conditions peut diverger selon qu'il s'agisse d'une question d'admissibilité plutôt qu'une situation de conformité.

3.2.1 *Contrôle des conditions d'admissibilité*

Le dernier alinéa de l'article 6 établit que le défaut de l'entreprise de respecter l'une ou l'autre des conditions d'admissibilité le rend inadmissible à présenter une soumission. Mais que signifie ce défaut ?

Les critères d'admissibilité se traduisent minimalement par une obligation de posséder les qualifications, les autorisations, les permis, les licences, les enregistrements, les certificats, les accréditations et les attestations nécessaires et d'avoir un établissement au Québec ou dans un territoire visé par un accord intergouvernemental applicable¹¹⁹. Or, le fait que la soumission déposée ne renferme pas la preuve de la possession du statut requis ou encore celle de l'existence d'un établissement à l'intérieur du territoire visé ne devrait pas entraîner le rejet automatique de la soumission sur la base du

119. En autant que les documents d'appel d'offres le prévoient, les critères d'admissibilité pourraient également reposer sur l'absence, dans les deux ans précédant la date d'ouverture des soumissions, d'une des situations suivantes :

- une évaluation de rendement insatisfaisant, *infra*, section 5.4 ;
- une omission de donner suite à une soumission ou à un contrat ;
- un contrat résilié en raison du défaut du soumissionnaire d'en respecter les conditions.

Voir le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 8, le *Règlement sur les contrats de services*, art. 8 et le *Règlement sur les contrats de construction*, art. 8. À noter que lorsqu'il s'agit d'une inadmissibilité découlant de l'omission de donner suite à une soumission ou à un contrat ou d'une inadmissibilité reposant sur la résiliation d'un contrat en raison du défaut du contractant d'en respecter les conditions, l'article 8 ne semble pas limiter ces situations à celles impliquant l'organisme public qui effectue l'appel d'offres. Malgré cette ouverture, on conçoit difficilement qu'un organisme public puisse, sans risquer de porter atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires, invoquer la survenance de tels événements auprès d'autres organismes publics sans qu'une procédure complexe et étendue d'échanges de renseignements ait été mise en place. Au surplus, et même si une telle procédure était applicable, il nous apparaîtrait dangereux de rendre inadmissible une entreprise sur la base d'événements qui se sont produits dans le cadre d'une relation contractuelle impliquant un autre organisme public puisque ce dernier peut avoir contribué d'une façon ou d'une autre aux situations envisagées dans la réglementation.

non-respect des exigences d'admissibilité en autant que le soumissionnaire parvienne à démontrer à l'organisme public qu'il détenait la preuve du statut requis ou la preuve de l'existence d'un établissement sur le territoire établi à la date de clôture de l'appel d'offres.

En d'autres termes, la réglementation permet d'une certaine manière à un soumissionnaire de combler les lacunes de sa soumission concernant la démonstration du respect des conditions d'admissibilité prévues dans les documents d'appel d'offres. Par exemple, si la possession d'une licence d'entrepreneur en construction est nécessaire, mais que la soumission déposée ne renferme pas la preuve de cette possession alors que l'entreprise détient bel et bien cette licence à la date limite de réception des soumissions, nous sommes d'avis qu'il est possible pour l'organisme public de permettre au soumissionnaire d'apporter cette démonstration après l'ouverture de sa soumission. Puisque les conditions d'admissibilité concernent essentiellement l'entreprise et non sa soumission, c'est le respect de la condition d'admissibilité à la date limite de dépôt des soumissions¹²⁰ et non la fourniture de la preuve du respect de cette condition à cette même date qui doit être contrôlé.

Un tel raisonnement ne peut toutefois valoir lorsqu'il est question de s'assurer de la conformité d'une soumission à l'égard des éléments prévus à l'article 7 précité.

3.2.2 Contrôle des conditions de conformité d'une soumission

Si les conditions mentionnées à l'article 7 précité ne se retrouvaient pas dans chacun des règlements pris en matière de marchés publics, l'organisme devrait, lorsqu'il constate qu'une soumission n'est pas conforme aux conditions fixées dans les documents d'appel d'offres, apprécier le défaut de conformité en le qualifiant de manquement mineur ou majeur.

Une irrégularité à laquelle il serait possible de passer outre devrait être qualifiée de mineure alors qu'une irrégularité à laquelle il ne serait pas possible de passer outre devrait être qualifiée de majeure¹²¹.

120. Le fait de ne pas respecter l'une des conditions d'admissibilité à cette date entraînera inévitablement le rejet de la soumission de l'entreprise inadmissible. Voir *Entreprises Marchand & Frères inc. (Excavations Marchand & Fils inc.) c. Société d'énergie de la Baie James*, 2009 QCCS 6087, par. 15.

121. Marco RIVARD, *Guide pratique sur les soumissions non conformes*, Montréal, Société québécoise d'information juridique, 2008, p. 4.

En édictant l'article 7, le gouvernement limite le pouvoir d'appréciation des organismes publics à l'égard des conditions de conformité qui y sont énoncées puisqu'il considère d'emblée et sans équivoque que le fait de ne pas les respecter constitue une irrégularité qui doit entraîner le rejet automatique d'une soumission. Contrairement aux conditions d'admissibilité, il ne sera pas ici possible pour le soumissionnaire, postérieurement à la date limite de réception des soumissions, de corriger un des défauts de conformité énoncés dans cet article.

Il ne devrait donc pas être permis à un organisme public d'accepter une soumission qui ne respecterait pas les conditions de conformité énoncées aux paragraphes 1^o à 5^o de l'article 7 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*¹²² de même que celles que l'organisme public aura, en application du paragraphe 6^o de cet article, indiquées dans les documents d'appel d'offres comme devant être respectées à défaut de quoi la soumission serait automatiquement rejetée¹²³.

Ce paragraphe 6^o accorde ainsi à l'organisme public la latitude de déterminer à l'avance des conditions qui devront péremptoirement être respectées par les soumissionnaires sans égard aux faits que pour certains cela puisse constituer un vice mineur. Comme le souligne la Cour d'appel :

Cela dit, peu importe en réalité que le vice soit qualifié de mineur ou de majeur, dans la mesure où le ministère, de façon claire et non équi-

122. La Cour d'appel a récemment décidé, à tort selon nous, que l'article 7 du *Règlement sur les contrats de construction*, s'appliquait mutatis mutandis aux appels de qualification visés aux articles 36 à 38 de ce règlement sous réserve des dispositions particulières applicables par ailleurs, *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (P.G.)*, préc., note 46, par. 25. L'appel de qualification dont il est question dans cet arrêt constitue une étape préalable à des éventuels appels d'offres et non un appel d'offres en soi. En rendant l'article 7 applicable, la Cour d'appel impose en quelque sorte à l'organisme public l'obligation de rejeter toute candidature qui ne respecterait pas l'un ou l'autre des critères de conformité qui y sont énoncés plutôt que de lui reconnaître la discrétion de déterminer ceux qu'il entend considérer comme constituant une non-conformité majeure entraînant le rejet de la candidature. Ce faisant, elle contredit l'affirmation préalable qu'elle énonçait au paragraphe 23 de sa décision à l'effet que l'appel de qualification respecte le principe « selon lequel le donneur d'ouvrage a 1^o le droit de prescrire les conditions de forme et de fond que devront remplir ceux qui répondront à l'appel d'offres et 2^o le droit de préciser les manquements de forme ou de fond entraînant un rejet péremptoire de la candidature [...], principe qui vaut tout aussi bien à l'étape de la qualification ». En appliquant l'article 7 du *Règlement sur les contrats de construction*, on limite au contraire la discrétion que la Cour d'appel semble pourtant accorder à l'organisme public.

123. Une disposition similaire se retrouve au paragraphe 7^o de l'article 6 du *Règlement sur les contrats de services* et du *Règlement sur les contrats de construction*.

voque, a expressément prévu qu'une omission de ce genre entraînerait péremptoirement le rejet de la demande de qualification.¹²⁴

Outre les conditions d'admissibilité exigées des soumissionnaires et les conditions de conformité que doivent respecter les soumissions, les documents d'appel d'offres doivent notamment indiquer la règle d'adjudication du contrat.

3.3 Règles d'adjudication

La règle que l'organisme public utilisera pour adjuger un contrat pourra prendre plusieurs formes. Sauf exception, notamment en services professionnels, la règle générale demeure celle fondée uniquement sur le prix soumis. Nous verrons ci-après que des règles particulières qui considèrent notamment le niveau de qualité des soumissions peuvent aussi s'appliquer.

3.3.1 Adjudication basée sur le prix

La règle d'adjudication basée sur le prix constitue la règle principale d'adjudication en matière de contrats d'approvisionnement et de contrats de travaux de construction¹²⁵. Il en est de même pour l'adjudication des contrats de services de nature technique tels les contrats d'entretien ou encore de surveillance de bâtiment¹²⁶. Cette règle peut également être utilisée à l'occasion pour adjuger un contrat de services professionnels¹²⁷.

Lorsque l'adjudication est essentiellement basée sur le prix, l'organisme public adjuge généralement le contrat à l'entreprise admissible qui a présenté la soumission conforme comportant le plus bas prix¹²⁸. Il y a toutefois des exceptions.

124. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (P.G.)*, préc., note 46, par. 38.

125. L'article 10 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* précise qu'un organisme public sollicite uniquement un prix pour adjuger un contrat d'approvisionnement. L'article 13 du *Règlement sur les contrats de construction* fait de même en matière de travaux de construction.

126. *Règlement sur les contrats de services*, art. 10. L'expression « contrat de services de nature technique » correspond au contrat de services auxiliaires à laquelle la réglementation antérieure faisait référence; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, préc., note 11, art. 4.

127. *Règlement sur les contrats de services*, art. 34.

128. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 13; *Règlement sur les contrats de services*, art. 13 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 16.

Ainsi, dans les cas permettant à l'organisme public d'accorder une marge préférentielle aux soumissionnaires qui répondent à certaines exigences particulières indiquées dans les documents d'appel d'offres, le contrat pourra être adjugé à un soumissionnaire conforme qui n'aura pas nécessairement soumis le prix le plus bas. Par exemple, une telle marge préférentielle pourra être accordée aux soumissionnaires qui se seront dotés d'un système d'assurance qualité lorsqu'une telle exigence aura été demandée dans les documents d'appel d'offres et qu'elle aura eu pour effet de restreindre substantiellement la concurrence¹²⁹.

De même, l'article 13 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* permet à un organisme public de considérer les conséquences financières qui résulteront du choix d'un bien en particulier par rapport à un autre et d'ajuster les prix soumis en fonction d'éléments mesurables identifiés dans les documents d'appel d'offres. Dans un tel cas, le contrat sera adjugé non pas au soumissionnaire qui aura soumis le prix le plus bas mais à celui qui, tenant compte des coûts d'impact du bien qu'il propose, offre la solution la plus économique pour l'organisme public.

Dans certaines circonstances, le prix ne constitue pas l'élément principal à considérer pour l'adjudication d'un contrat. La qualité de la soumission est aussi prise en compte. La réglementation permet alors à l'organisme public de solliciter un prix¹³⁰ mais également une démonstration de la qualité qui reposera sur des critères d'évaluation déterminés dans les documents d'appel d'offres. Qu'entend-t-on par « qualité » ?

Ni la *Loi sur les contrats*, ni la réglementation en matière de marchés publics ne définissent la notion de « qualité ». Les dispositions réglementaires prévoient que le niveau de qualité d'une soumission doit s'apprécier en fonction de critères d'évaluation prédéterminés. Ces critères d'évaluation ne sont également pas précisés par la réglementation. Chaque organisme public demeure donc libre de les fixer en fonction de ses besoins et des exigences de chaque contrat.

129. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 37, al. 2 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 50, al. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 40, al. 2.

130. Sauf lorsqu'un tarif est applicable auquel cas l'aspect qualité pourra ou devra, selon le cas, être considéré ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 23 et 24.

Le *Grand dictionnaire terminologique* de l'Office de la langue française définit ainsi le terme « qualité » :

Ensemble des caractéristiques d'un bien ou d'un service qui lui confèrent l'aptitude à satisfaire de manière continue les besoins et les attentes des utilisateurs ou des usagers.

La qualité peut être définie par plusieurs critères : la fiabilité, la disponibilité, la durabilité, la sécurité de fonctionnement, le coût d'utilisation, etc.

La qualité se mesure à l'aide d'indicateurs, par exemple : le taux de rebuts, le coût du retour en fabrication, le coût de l'échange d'un article, la perte de clientèle, le nombre de plaintes.¹³¹

De son côté, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* propose notamment les définitions suivantes :

3. Aptitude particulière d'une personne à poser certains actes. Ex. Un contrat attribué à une personne à cause de ses qualités personnelles.

[...]

5. Degré plus ou moins élevé d'une échelle de valeur qui permet de comparer des choses du même genre. Ex. La qualité de certains produits.¹³²

De plus, dans un bulletin d'interprétation des marchés publics portant sur l'apport d'une contribution financière ou d'un don dans le cadre d'un appel d'offres public, le Secrétariat du Conseil du trésor écrit que :

Un critère d'évaluation de la qualité est un élément sur lequel les membres d'un comité de sélection doivent porter un jugement lorsqu'il s'agit d'évaluer la qualité d'une soumission. Un tel critère est donc directement lié à l'objet du contrat. Il permet d'assurer un processus d'adjudication ouvert et équitable, exempt d'influences indues, comme le requiert l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*.¹³³

131. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique* [ressource électronique], en ligne : <http://w3.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index1024_1.asp> (consulté le 24 janvier 2011).

132. H. REID, préc., note 68, p. 455.

133. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *bulletin d'interprétation des marchés publics*, RCA/RCS/RCTC. 5-1 (12 avril 2010) [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/publications/faire-affaire-avec-letat/bimp/rcarsrctc-5-1-12-avril-2010/>> (consulté le 25 janvier 2011).

De ce qui précède, il appert que la qualité devrait s'apprécier en fonction de critères qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur le niveau des services qui seront éventuellement rendus par l'entreprise qui obtiendra le contrat de même que sur les produits qui résulteront de ces services. Les critères de qualité qu'un organisme public entend utiliser devraient donc essentiellement permettre de s'assurer que les biens, les travaux ou encore la prestation de services qu'il obtiendra sera de la plus grande qualité possible.

Dans plusieurs cas, l'organisme attachera une importance à l'expérience des contractants au regard de l'objet du contrat projeté. Cette expérience pourra être évaluée sur la base de la réalisation de contrat similaire à celui projeté ou encore en fonction du nombre d'années d'expérience des membres du personnel de l'entreprise qui devront être impliqués dans l'exécution du contrat.

En matière d'approvisionnement, lorsqu'il s'agit de considérer la qualité, deux choix s'offrent à l'organisme public. Celui-ci peut soit exiger le respect minimal de certains critères avant d'examiner le prix¹³⁴, soit mesurer le niveau de qualité d'une soumission en la complétant ensuite par un rapport entre ce niveau de qualité et le prix soumis¹³⁵.

En matière de contrat de services, une option supplémentaire s'offre à l'organisme public. Celui-ci peut comme en matière d'approvisionnement, exiger le respect minimal de certains critères avant d'examiner le prix¹³⁶ ou encore mesurer le niveau de qualité d'une soumission en la complétant par un rapport entre ce niveau de qualité et le prix soumis¹³⁷. Il peut également procéder à un appel d'offres en deux étapes en sollicitant d'abord uniquement une démonstration de la qualité¹³⁸.

Pour les contrats de travaux de construction, la réglementation distingue selon que les travaux comportent ou non des services professionnels¹³⁹. Ainsi, lorsque les contrats de travaux de construction

134. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 19, 21 et 22.

135. *Ibid.*, art. 19, 21 et 23.

136. *Règlement sur les contrats de services*, art. 16, 19 et 20.

137. *Ibid.*, art. 16, 19 et 21.

138. *Ibid.*, art. 25.

139. Un contrat de travaux de construction qui comprend des services professionnels est qualifié de contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels par la réglementation. Un tel contrat comprend une partie consacrée à la conception d'un projet et une autre consacrée à sa réalisation. La partie du contrat relative à la conception relève des services professionnels tandis que celle relative à la réalisation correspond aux travaux de construction.

ne comportent pas de services professionnels, l'organisme public peut procéder à un appel d'offres en deux étapes et solliciter seulement une démonstration de la qualité dans la première étape¹⁴⁰. Lorsque les contrats de travaux de construction comportent des services professionnels, deux choix s'offrent à l'organisme public soit celui de mesurer le niveau de qualité d'une soumission en complétant ensuite en effectuant un rapport entre ce niveau de qualité et le prix soumis¹⁴¹, soit celui de procéder à un appel d'offres en deux étapes en sollicitant une démonstration de la qualité pour chacune des étapes¹⁴².

À noter que dans tous les cas où un prix doit être soumis, la réglementation exige que les documents relatifs au prix soumis soient séparés des documents et des renseignements relatifs à l'application des critères de qualité¹⁴³. En effet, lorsqu'on entend considérer la qualité des soumissions, le prix devient en quelque sorte secondaire dans le sens où il ne sera considéré qu'à l'égard des soumissionnaires qui satisferont d'abord aux exigences de qualité. En le séparant des documents qui permettront de contrôler les critères de qualité, on évite ainsi que sa connaissance préalable puisse influencer le travail des membres du comité de sélection lors de l'analyse de la qualité des soumissions conformes présentées et ainsi porter atteinte au principe de traitement équitable.

Examinons brièvement ces modalités particulières d'adjudication des contrats.

3.3.2 Adjudication basée sur une qualité minimale et un prix

Lorsque l'adjudication est basée sur l'atteinte d'un niveau de qualité minimale, les soumissions produites comprennent deux enveloppes séparées. Une renfermant les documents et les renseignements relatif aux exigences minimales de qualité, l'autre les documents relatifs au prix soumis.

Le comité de sélection constitué par l'organisme public doit tout d'abord appliquer les conditions et les modalités d'évaluation énoncées dans les documents d'appel d'offres pour déterminer si les soumissionnaires répondent aux exigences minimales de qualité. Seuls

140. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 22 et 23.

141. *Ibid.*, art. 24 et 25.

142. *Ibid.*, art. 26.

143. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 19, al. 3 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 16, al. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 24, al. 3 et art. 26, al. 4.

les soumissionnaires qui respecteront le niveau minimal de qualité exigé pour chacun des critères retenus verront l'enveloppe contenant leur prix ouverte. Ici, aucune note n'est attribuée aux soumissionnaires puisqu'on ne recherche pas ceux qui offrent la meilleure qualité mais uniquement ceux qui répondent minimalement aux exigences de qualité demandées par l'organisme public. À noter que la réglementation exige qu'au moins trois critères soient évalués pour mesurer le niveau minimal de qualité¹⁴⁴.

Le contrat sera adjugé à l'entreprise qui, parmi toutes celles ayant satisfait au niveau minimal de qualité fixé par l'organisme, aura soumis le plus bas prix¹⁴⁵. Rappelons que ce mode d'adjudication n'est pas prévu pour les contrats de construction sauf dans le cadre de l'appel d'offres en deux étapes¹⁴⁶.

3.3.3 Adjudication basée sur un rapport qualité/prix

Un organisme public qui entend conclure un contrat d'approvisionnement, un contrat de services ou un contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels peut décider dans une même procédure de mesurer le niveau de qualité d'une soumission puis de compléter le processus de sélection en effectuant un rapport entre ce niveau de qualité et le prix soumis¹⁴⁷. Ce rapport permet, uniquement aux fins de la sélection du contractant, d'ajuster le prix soumis en fonction de la qualité de la soumission conforme déposée. Avec cette méthode, plus la qualité d'une soumission est élevée, plus le prix que le soumissionnaire aura soumis pourra être ajusté à la baisse. Au terme de cette procédure d'adjudication, le contrat est adjugé à l'entreprise qui a soumis le prix ajusté le plus bas. Le prix qui sera payé au contractant correspondra toutefois au prix soumis et non au prix ajusté. Bien que ce prix puisse être plus élevé que celui soumis par un autre concurrent, cette dépense supplémentaire devrait être compensée par le niveau de qualité accru de la soumission.

144. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, Annexe I, art. 1 et *Règlement sur les contrats de services*, Annexe I, art. 1.

145. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 22 et *Règlement sur les contrats de services*, art. 20.

146. *Infra*, section 3.3.4.

147. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 19 et 23 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 16, 19 et 21 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 24 et 25.

3.3.4 *Adjudication basée sur un processus en deux étapes*

Le *Règlement sur les contrats de services* prévoit une procédure d'adjudication en deux étapes¹⁴⁸ tandis que le *Règlement sur les contrats de construction* en prévoit deux, une pour les contrats de travaux de construction¹⁴⁹ et une autre pour les contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels¹⁵⁰.

Ce mode d'adjudication est nouveau en construction. La réglementation ne précise pas dans quelles circonstances, ce mode devrait être privilégié. Il semble que son utilité soit destinée à des projets d'envergure, représentant un niveau de complexité élevé et dont la réalisation requiert une expertise particulière.

La première étape du processus se limite à sélectionner les entreprises qui satisfont aux exigences de qualité prévues dans les documents d'appel d'offres. La mesure du niveau de qualité variera selon que l'ensemble des entreprises répondant aux exigences de qualité ou une partie seulement seront ensuite invitées à participer à la seconde étape¹⁵¹.

Si toutes les entreprises répondant aux exigences de qualité sont invitées à participer à la deuxième étape, l'évaluation de la qualité se limitera à contrôler l'atteinte d'un niveau minimal¹⁵².

Par contre, si un nombre limité d'entreprises parmi toutes celles répondant aux exigences de qualité sont invitées à participer à la deuxième étape, l'évaluation de la qualité se fera en fonction d'une grille d'évaluation pondérée et les entreprises ayant obtenu la meilleure évaluation pourront participer à la seconde étape¹⁵³.

148. *Règlement sur les contrats de services*, art. 25.

149. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 22.

150. *Ibid.*, art. 26.

151. À noter que la procédure en deux étapes pour l'adjudication d'un contrat de construction implique que tous les soumissionnaires répondant au niveau minimal de performance fixé par l'organisme public sont invités à participer à la deuxième étape.

152. *Règlement sur les contrats de services*, art. 25, al. 3, par. 1^o et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 22, al. 2 (contrats de construction) et art. 26, al. 3, par. 1^o (contrats mixtes).

153. *Règlement sur les contrats de services*, art. 25, al. 3, par. 2^o et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 26, al. 3, par. 2^o.

La réglementation exige ici aussi de mesurer la qualité au moyen d'un minimum de trois critères¹⁵⁴. À noter que les entreprises sollicitées n'ont pas à soumettre un prix lors de cette première étape. La soumission d'un prix se fait ici dans une deuxième étape et elle n'implique que les entreprises qui auront été sélectionnées lors de la première étape. Le contrat sera alors adjugé à l'entreprise qui aura soumis le prix le plus bas¹⁵⁵ ou le prix ajusté le plus bas¹⁵⁶, selon le cas.

L'appel d'offres en deux étapes comporte certains avantages pour les entreprises puisqu'il leur permet de limiter les coûts liés à la préparation d'une soumission. En restreignant ainsi la concurrence dès la première étape, seules les entreprises sélectionnées devront assumer les efforts et les coûts de préparation de leur soumission. De plus, le nombre d'entreprises étant ici réduit, la chance pour une entreprise sélectionnée d'obtenir le contrat s'en trouve augmentée.

3.3.5 Adjudication basée uniquement sur la qualité

Le *Règlement sur les contrats de services* prévoit également la possibilité d'adjuger un contrat de services en se basant uniquement sur la qualité des soumissions présentées.

Cette approche trouve notamment sa pertinence lorsqu'un tarif est applicable aux types de services recherchés¹⁵⁷. C'est actuellement le cas pour les services professionnels d'arpenteurs-géomètres¹⁵⁸, d'architectes¹⁵⁹, d'ingénieurs¹⁶⁰, d'avocats et de notaires¹⁶¹.

À noter que pour l'adjudication d'un contrat de services professionnels d'architectes ou de génie autre que le génie forestier, l'article 24 du *Règlement sur les contrats de services* exige que la règle

154. *Règlement sur les contrats de services*, art. 1 des Annexes 1 et 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 1 des Annexes 4 et 5.

155. *Règlement sur les contrats de services*, art. 13 et 25, al. 5 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 23.

156. *Règlement sur les contrats de services*, art. 22 et 25, al. 5. et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 26, al. 4.

157. *Règlement sur les contrats de services*, art. 23.

158. *Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des arpenteurs-géomètres*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 10.

159. *Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des architectes*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 9.

160. *Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des ingénieurs*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 12.

161. *Tarif d'honoraires pour services professionnels fournis au gouvernement par des avocats ou des notaires*, R.R.Q., c. C-65.1, r. 11.

d'adjudication repose uniquement sur une démonstration de la qualité. Cette méthode est par ailleurs expressément permise pour l'adjudication d'un contrat visant l'organisation d'une campagne de publicité¹⁶² de même que pour les contrats de services de voyage¹⁶³.

Lorsque cette méthode d'adjudication est utilisée, le contrat est adjugé au prestataire de services dont la soumission conforme a obtenu la note finale la plus élevée déterminée conformément aux dispositions de l'Annexe 2 du *Règlement sur les contrats de services* et la rémunération de prestataire de services se fait en conformité avec le tarif applicable, le cas échéant.

3.3.6 Règles particulières à certains contrats

Outre les règles d'adjudication décrites précédemment, la réglementation en matière de marchés publics prévoit également des règles particulières pour certains contrats. Compte tenu du caractère général du présent article, il ne nous appartient pas de les décrire en détail. Ces règles s'appliquent aux contrats suivants :

- les contrats à commandes¹⁶⁴ et à exécution sur demande¹⁶⁵ ;
- les contrats de services professionnels de génie ou d'arpentage relatifs aux infrastructures de transport¹⁶⁶ ;
- les contrats visant à procurer des économies découlant de l'amélioration du rendement énergétique¹⁶⁷.

162. *Règlement sur les contrats de services*, art. 39.

163. *Ibid.*, art. 41.

164. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 16 à 18. Pour une définition de ces contrats, *infra*, note 165.

165. *Règlement sur les contrats de services*, art. 30 à 32.1 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 19 à 21. Un contrat à commandes (approvisionnement) ou à exécution sur demande (services et construction) est un contrat conclu avec une entreprise pour répondre à des besoins récurrents des organismes publics sans que ces organismes connaissent à l'avance le rythme et la fréquence de leurs besoins. À noter qu'en matière d'approvisionnement et de services, le contrat peut également être conclu avec plus d'une entreprise. Voir le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 16 et le *Règlement sur les contrats de services*, art. 30.

166. *Règlement sur les contrats de services*, art. 40.

167. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 27 à 29.

3.4 Cas particulier des regroupements d'organismes

La possibilité pour des organismes assujettis de se regrouper dans un même appel d'offres avec d'autres organismes publics assujettis ou non¹⁶⁸ à la *Loi sur les contrats* constitue une des nouveautés apportées par cette Loi.

L'article 15 de la *Loi sur les contrats* prévoit effectivement que :

15. Plusieurs organismes publics peuvent se regrouper dans un même appel d'offres.

Un organisme public peut également participer à un regroupement avec une personne morale de droit public dont les conditions de conclusion de contrat diffèrent de celles de la présente loi. Dans un tel cas, les conditions applicables à cet appel d'offres sont celles auxquelles est assujetti l'organisme public ou la personne morale de droit public qui procède à l'appel d'offres.

Mentionnons tout d'abord qu'il n'est pas clair si l'appel d'offres peut être lancé par plus d'un membre du groupement. Le deuxième alinéa de l'article 15 semble commander une réponse négative lorsqu'il prévoit que les conditions de l'appel d'offres peuvent varier en fonction de l'organisme qui lance cet appel d'offres. De même, l'obligation de considérer l'impact d'un éventuel regroupement sur l'économie régionale se concilie difficilement avec la possibilité que l'appel d'offres soit lancé par plusieurs organismes.

Par ailleurs, l'opportunité donnée aux organismes publics de se regrouper fait l'objet de prescriptions particulières dans la réglementation. Ainsi, le paragraphe 2^o du premier alinéa de l'article 5 de chacun des règlements pris en matière de marchés publics dispose qu'un organisme public qui lance un appel d'offres visant l'octroi d'un marché public au profit d'un regroupement d'organismes publics, doit identifier dans les documents d'appel d'offres tous les organismes publics et toutes les personnes morales de droit public qui font partie de ce regroupement.

Pour les entreprises intéressées, cette obligation vise d'une part, à connaître l'ampleur du contrat pour ainsi disposer de l'infor-

168. Le deuxième alinéa de l'article 16 de la *Loi sur les contrats* permet spécifiquement que le regroupement implique des personnes morales de droit public dont les conditions de conclusion des contrats diffèrent de celles établies par la *Loi sur les contrats*. Les municipalités et les sociétés d'état visées à l'article 7 de cette loi constituent de telles personnes morales de droit public.

mation nécessaire pour leur permettre de proposer le meilleur prix possible et, d'autre part, à identifier les organismes publics qui devront contracter avec le soumissionnaire retenu une fois le contrat conclu¹⁶⁹.

Pour l'organisme qui lance l'appel d'offres, cette obligation devrait lui permettre de s'assurer que le prix proposé dans les soumissions est le meilleur prix possible compte tenu des besoins exprimés par les membres du regroupement. Il faut comprendre ici que plus le volume des demandes susceptibles d'être effectuées par les membres du regroupement augmente, plus le prix que proposera une entreprise dans le cadre d'un tel regroupement devrait diminuer.

Notons toutefois que cette obligation relative à l'identification préalable des membres du regroupement est suspendue jusqu'au 31 mars 2012¹⁷⁰. Pendant cette période, l'organisme public qui lance l'appel d'offres doit identifier non seulement les organismes qui ont confirmé leur participation au regroupement mais également ceux qui sont susceptibles d'y participer.

Or, à partir du moment où l'identité des organisations publiques parties au regroupement ne peut être déterminée avant la date de dépôt des soumissions, les soumissionnaires ne pourront considérer l'accroissement du volume des demandes qui proviendra des organisations qui pourront éventuellement se joindre au regroupement. Par conséquent, on ne peut nier qu'il existe ici un risque d'obtenir des prix

169. À partir du moment où un organisme public confirme sa participation dans un regroupement, la réglementation l'oblige à se prévaloir du contrat qui sera conclu dans le cadre de ce regroupement à la suite de l'appel d'offres, *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 5, al. 2, *Règlement sur les contrats de services*, art. 5, al. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 5, al. 2. Une telle obligation nous apparaît pleinement justifiée puisque les prix soumis par les entreprises intéressées tiennent compte des besoins exprimés par tous les membres du regroupement identifiés dans les documents d'appel d'offres. À moins d'une clause particulière au contrat, il serait toutefois étonnant que cette obligation réglementaire s'applique également aux personnes morales de droit public qui ne sont pas assujetties à la *Loi sur les contrats* mais qui font partie du regroupement.

170. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 46 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 59 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 59. Cette mesure transitoire, qui devait initialement prendre fin le 30 septembre 2010 a été prolongée jusqu'au 31 mars 2012. Voir le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, décret 754-2010, (2010) 37 G.O. II, 3775, le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, décret 755-2010, (2010) 37 G.O. II, 3775 et le *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, décret 756-2010, (2010) 37 G.O. II, 3776.

soumis plus élevés que ceux qui aurait pu être proposés si l'identité et les besoins estimés de l'ensemble des membres du regroupement avaient été connus au départ.

Ces mesures transitoires limitent par ailleurs la possibilité d'évaluer correctement l'impact du regroupement sur l'économie régionale tel que requis par l'article 16 de la *Loi sur les contrats*. En effet, il nous apparaît difficile de pouvoir déterminer cet impact au préalable lorsque l'identité et les besoins de tous les membres du regroupement ne sont pas connus avant le lancement de l'appel d'offres.

3.5 Diffusion des résultats du processus d'adjudication

Le principe de transparence énoncé à l'article 2 de la *Loi sur les contrats* implique de diffuser d'abord le résultat de l'ouverture publique des soumissions et ensuite celui de l'adjudication du contrat une fois que l'organisme public aura complété son processus de sélection et qu'il aura identifié l'entreprise à qui le contrat est adjugé.

La diffusion du résultat de l'ouverture des soumissions doit s'effectuer dans le système électronique d'appel d'offres dans les quatre jours ouvrables suivant l'ouverture des soumissions¹⁷¹. À cette occasion, on divulgue le nom des soumissionnaires et, lorsque l'adjudication repose uniquement sur le prix soumis, le prix total non vérifié qu'ils ont soumis.

La diffusion de l'adjudication du contrat doit pour sa part s'effectuer dans les 15 jours suivant l'adjudication du contrat¹⁷². Chaque soumissionnaire devra donc être personnellement informé du résultat de l'analyse de sa soumission et de celle de l'adjudicataire, s'il s'agit d'un autre soumissionnaire.

Le soumissionnaire qui voit sa soumission rejetée en raison d'un manquement à une règle d'admissibilité ou d'un défaut de conformité doit être informé par l'organisme public des motifs de ce rejet¹⁷³.

171. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 11, al. 3 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 11, al. 3 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 14, al. 3.

172. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 12 et 26 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 12 et 28 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 15 et 32.

173. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 12 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 12 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 15.

Si le niveau de qualité des soumissions a été considéré, chaque soumissionnaire doit être informé du résultat de l'évaluation de sa soumission à ce chapitre ainsi que de celui de l'adjudicataire¹⁷⁴. Les renseignements à fournir varieront en fonction de la méthode d'évaluation de la qualité retenue par l'organisme public.

Dans un souci de reddition de compte, les règlements en matière de marchés publics obligent les organismes publics à diffuser sur le site électronique d'appel d'offres le nom de l'adjudicataire et le montant du contrat qui lui a été adjugé. Si ce contrat comporte des options de renouvellement, le montant total de la dépense dans l'éventualité où toutes les options étaient exercées doit aussi être publié¹⁷⁵.

Par ailleurs, outre les principes de transparence, de traitement intègre et équitable et d'accessibilité des concurrents qualifiés aux marchés publics, l'article 2 de la *Loi sur les contrats* dispose également que les conditions des contrats déterminées par cette loi visent également à promouvoir une reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes et sur la bonne utilisation des fonds publics. La *Loi sur les contrats* importe en matière de gestion contractuelle la notion d'imputabilité des organismes publics introduite par la *Loi sur l'administration publique*. Les conditions déterminées par la *Loi sur les contrats* et la réglementation afférente prévoient donc diverses situations particulières qui parfois confirment cette reconnaissance de l'imputabilité des dirigeants d'organismes, parfois l'écartent au profit toutefois d'une implication d'un niveau plus élevé d'autorité.

4. AUTORISATIONS REQUISES

La *Loi sur les contrats* et la réglementation en matière de marchés publics reconnaissent que certaines situations particulières peuvent nécessiter la mise à l'écart des conditions générales des contrats qu'ils établissent. Ces situations devront alors faire l'objet d'une autorisation qui sera délivrée, selon le cas, par le dirigeant de l'organisme public impliqué, par le ministre responsable de cet organisme, par le gouvernement ou par une autre autorité désignée.

174. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 26 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 28 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 32.

175. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 38 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 51 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 41.

Avant d'examiner plus amplement ces situations, il convient de préciser quels sont les dirigeants des organismes et les ministres responsables aux fins de l'application de la *Loi sur les contrats*.

4.1 Notions de dirigeant d'organisme et de ministre responsable

Compte tenu de la multiplicité des structures organisationnelles des organismes publics visés par la *Loi sur les contrats*, de la réalité pratique de la gestion contractuelle et de l'imputabilité du dirigeant d'organisme aux termes de cette loi, le législateur a considéré nécessaire de circonscrire la notion de dirigeant d'organisme.

Ainsi, le dirigeant d'un organisme public est déterminé par l'article 8 de la Loi. Pour un ministère, il s'agit du sous-ministre. Pour les organismes du réseau de l'éducation, il s'agit du conseil d'administration de l'organisme ou du conseil des commissaires d'une commission scolaire, sous réserve de la délégation que ces conseils ont pu faire au comité exécutif, au directeur général ou, dans le cas d'un établissement universitaire, à un membre du personnel de direction supérieure. Pour les autres organismes publics visés, il s'agit de la personne responsable de la gestion administrative de l'organisme¹⁷⁶.

Par ailleurs, la *Loi sur les contrats* précise à l'article 23 le concept de ministre responsable¹⁷⁷. À partir du moment où les organismes publics assujettis proviennent de trois sphères distinctes, soit l'Administration gouvernementale, le réseau de l'éducation et le réseau de la santé et des services sociaux, les dirigeants de ces organismes devront dans certains cas impliquer le ministre responsable de la sphère à laquelle ils sont rattachés. Tel que mentionné précédemment, le deuxième alinéa de l'article 23 de la *Loi sur les contrats* désigne le Conseil du trésor pour agir comme ministre responsable des organismes publics de l'Administration gouvernementale, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport pour agir comme ministre responsable des commissions scolaires, du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'Île de Montréal, des collèges d'enseignement général et professionnel et des universités et finalement le

176. Il est notamment question de gestion administrative à l'article 29 de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 10.

177. À noter que l'expression « ministre responsable » n'est pas ici utilisée pour désigner le ministre à qui on a confié l'application de la loi. Cette expression ne vaut que pour la délivrance de certaines autorisations particulières prévues dans la *Loi sur les contrats* et les règlements en matière de marchés publics, *infra*, section 4.3.

ministre de la Santé et des Services sociaux pour agir en tant que ministre responsable pour les agences de la santé et des services sociaux, les établissements publics du réseau de la santé et des services sociaux, les personnes morales et les groupes d'approvisionnement en commun visés à l'article 383 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁷⁸, le Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie James, les centres de communication santé ainsi que pour la Corporation d'hébergement du Québec¹⁷⁹.

Nous constaterons ci-après que l'implication des dirigeants d'organismes, des ministres responsables, du gouvernement ou d'une autre autorité désignée sera le plus souvent requise comme condition préalable à la conclusion d'un contrat.

4.2 Autorisations des dirigeants d'organismes

La *Loi sur les contrats* prévoit deux situations où une autorisation expresse du dirigeant d'un organisme est requise. Ce sera le cas pour l'attribution de certains contrats de gré à gré de même que pour apporter une modification à un contrat qui entraînera une dépense supplémentaire.

Puisque la *Loi sur les contrats* privilégie le recours à l'appel d'offres public, le législateur a considéré que la décision d'écarter ce mode d'adjudication au profit du gré à gré devait dans certains cas requérir une attention particulière des autorités de l'organisme. Ainsi, la *Loi sur les contrats* exige que la conclusion d'un contrat de gré à gré soit autorisée par le dirigeant de l'organisme public impliqué lorsqu'on invoque une question de nature confidentielle ou protégée ou lorsque l'organisme est d'avis qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public¹⁸⁰. Considérant que l'application de ces deux exceptions implique un degré élevé d'appréciation, la règle de l'imputabilité demande effectivement que ces décisions soient autorisées par le dirigeant de l'organisme.

178. L.R.Q., c. S-4.2.

179. Dans l'éventualité où les activités de la Corporation d'hébergement du Québec étaient intégrées à la Société immobilière du Québec tel que proposé par le projet de loi 130, *Loi abolissant le ministère des Services gouvernementaux et la Société québécoise de récupération et de recyclage et mettant en œuvre le Plan d'action 2010-2014 du gouvernement pour la réduction et le contrôle des dépenses en abolissant et en restructurant certains organismes et certains fonds*, le ministre responsable relativement aux contrats actuellement conclus par cet organisme deviendra celui de la Société immobilière du Québec, soit le Conseil du trésor.

180. *Loi sur les contrats*, art. 13, al. 1 par. 3^o et 4^o, *supra*, section 2.2.1.

La *Loi sur les contrats* oblige ensuite le dirigeant d'organisme à informer annuellement le ministre responsable auquel l'organisme est rattaché des situations particulières où il a autorisé l'attribution d'un contrat de gré à gré. Ces informations devraient permettre au ministre responsable d'identifier, le cas échéant, les organismes qui pourraient faire une utilisation trop étendue de ces mesures d'exception.

Le dirigeant de l'organisme est également appelé à intervenir pour autoriser une modification à un contrat comportant une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public lorsque cette modification occasionne une dépense supplémentaire¹⁸¹. Nous avons vu précédemment que dans la quasi-totalité des appels d'offres, les soumissionnaires sont appelés à fournir un prix. Ce prix ne devrait en principe pas être modifié sans risquer de porter atteinte au principe du traitement intègre et équitable des soumissionnaires puisqu'il a notamment permis d'éliminer les autres concurrents du processus de mise en concurrence. Nous comprenons toutefois qu'il puisse se produire diverses circonstances qui ont pour effet d'entraîner des modifications au contrat conclu et, par incidence, d'affecter à la hausse le prix soumis initialement. En exigeant dans ces situations l'autorisation du dirigeant de l'organisme, on s'assure que ce dernier conserve un droit de regard sur l'affectation des sommes que son organisation consacre aux contrats¹⁸².

Le dirigeant de l'organisme est également appelé à intervenir dans certaines situations prévues cette fois dans la réglementation¹⁸³.

181. *Loi sur les contrats*, art. 17, *infra*, section 5.2. Cette disposition permet toutefois au dirigeant de déléguer par écrit ce pouvoir pour les modifications entraînant une augmentation du montant initial du contrat qui n'excède pas 10 %.

182. Le troisième alinéa de l'article 17 de la *Loi sur les contrats* prévoit toutefois que l'autorisation du dirigeant n'est pas requise lorsque la modification résulte essentiellement d'une variation du montant sur lequel doit s'appliquer un pourcentage déjà établi. Seraient ici visés les contrats de services professionnels dont le paiement des honoraires correspond à un pourcentage du coût d'un projet. Bien qu'une augmentation du coût du projet se traduise par une augmentation des honoraires payables, cette dernière augmentation n'aura pas à être autorisée par le dirigeant de l'organisme. Cette disposition ne demande également pas l'autorisation du dirigeant de l'organisme lorsqu'un contrat comporte un prix unitaire et que la quantité prévue initialement augmente entraînant par le fait même un déboursé supplémentaire. Mentionnons à titre d'exemple un achat de 15 véhicules au prix unitaire de 35 000 \$ qui serait porté à 17.

183. Le paragraphe 7^o du premier alinéa de l'article 23 de la *Loi sur les contrats* prévoit expressément que le gouvernement peut par règlement : « déterminer les cas, autres que ceux prévus par la présente loi, où les contrats sont soumis à l'autorisation du gouvernement, du Conseil du trésor, du ministre responsable, d'un

Ainsi, lorsqu'un contrat à commandes est conclu avec plusieurs entreprises, le dirigeant de l'organisme peut autoriser l'organisme à attribuer les commandes à l'une ou l'autre des entreprises retenues dont le prix soumis n'excède pas de plus de 10 % le prix le plus bas¹⁸⁴. Puisqu'une telle attribution s'écarte de la règle voulant que les commandes soient attribuées à l'entreprise ayant soumis le prix le plus bas, les règles d'imputabilité demandent que le dirigeant consente expressément à ce que son organisme paie plus cher pour satisfaire ses besoins.

La conclusion d'un contrat d'approvisionnement ou d'un contrat de services de nature répétitive¹⁸⁵ dont la durée, incluant tout renouvellement, n'excède pas trois ans ne nécessite, en principe, aucune autorisation particulière. Par contre, dès que cette durée dépasse cette période, l'autorisation du dirigeant de l'organisme public est requise, et ce, sans égard au montant du contrat¹⁸⁶.

Une limitation particulière est toutefois prévue pour la durée d'un contrat à commandes ou d'un contrat de services ou de construction à exécution sur demande, laquelle ne peut, même avec l'autorisation du dirigeant de l'organisme, être supérieure à cinq ans (trois ans pour un contrat de construction à exécution sur demande¹⁸⁷). Il faut ici rappeler qu'un contrat à commandes ou à exécution sur demande vise à satisfaire des besoins récurrents d'un organisme public sans que celui-ci puisse au départ déterminer de façon précise le nombre, le rythme et la fréquence de ses demandes. Ainsi, si au moment de lancer un appel d'offres, l'organisme public ne peut déterminer de façon précise ces éléments, il apparaît normal, dans un souci de gestion rigoureuse des deniers publics, qu'il ne puisse se lier à très long terme avec un ou plusieurs contractants et ainsi fermer le marché dans ce domaine. En fait, une telle incertitude demande au contraire d'être périodiquement réévaluée d'où l'imposition d'une durée maximale incluant les renouvellements.

dirigeant d'organisme public, d'une agence de la santé et des services sociaux ou d'une personne que le règlement désigne ».

184. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 18. Une telle possibilité n'est pas prévue pour les contrats à exécution sur demande.

185. Par nature répétitive, on entend un contrat dont l'objet vise à satisfaire des besoins qui reviennent année après année. Un contrat d'entretien ménager et un contrat de surveillance d'immeuble par exemple sont généralement de nature répétitive.

186. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 33 et *Règlement sur les contrats de services*, art. 46. Ces dispositions s'appliquent à tout contrat. Ainsi, le fait de procéder par appel d'offres ou de gré à gré importe peu, puisque l'autorisation du dirigeant sera requise pour tout contrat dont la durée excède trois ans.

187. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 21.

D'ailleurs, en voulant conclure à long terme un contrat à commandes avec un contractant pour l'acquisition d'un bien dont les besoins sont estimés, l'organisme public risque de se priver des améliorations qui pourraient être apportées à ce bien.

La réglementation exige également l'autorisation du dirigeant de l'organisme pour conclure un marché public comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public lorsque, pendant le processus de mise en concurrence, on se retrouve avec un seul soumissionnaire. Ce sera le cas lorsqu'un seul soumissionnaire aura présenté une soumission conforme ou, dans le cadre d'une évaluation de la qualité, lorsqu'un seul soumissionnaire aura présenté une soumission acceptable au regard des critères de qualité imposés par l'organisme¹⁸⁸.

Ainsi, avant d'autoriser la conclusion du contrat, le dirigeant devrait, en principe, procéder à une évaluation du processus d'adjudication et, notamment, des conditions fixées dans les documents d'appel d'offres puis déterminer s'il ne serait pas préférable de reprendre ce processus. À noter que dans le cadre d'une procédure d'adjudication qui tient compte de la qualité, l'autorisation doit être accordée avant que le comité de sélection prenne connaissance du prix soumis¹⁸⁹.

Finalement, le premier alinéa de l'article 39 du *Règlement sur les contrats de construction* impose également l'autorisation du dirigeant de l'organisme public avant la publication d'un avis d'appel d'offres requérant que les soumissions aient une période de validité supérieure à 45 jours.

Mentionnons également que suivant l'article 5 de la *Politique de gestion contractuelle concernant la reddition de comptes des organismes publics*, les organismes publics de l'Administration gouvernementale doivent faire rapport au Conseil du trésor de toutes les autorisations discutées précédemment que leur dirigeant aura accordées¹⁹⁰.

188. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 33 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 46 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 39.

189. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 33, al. 3 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 46, al. 3 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 39, al. 3.

190. SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Politique de gestion contractuelle concernant la reddition de comptes des organismes publics* [ressource électronique], en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/marches-publics-au-quebec/>> (consulté le 22 janvier 2011).

En terminant, il importe de souligner qu'une attention particulière devra également être apportée aux différentes politiques de gestion contractuelle prises par les ministres responsables en vertu de l'article 26 de la *Loi sur les contrats*. Ces politiques peuvent en effet prévoir diverses situations requérant l'autorisation du dirigeant de l'organisme public. Une telle autorisation sera notamment nécessaire pour :

- Conclure un contrat de services professionnels en technologie de l'information avec un prestataire de services qui n'est pas titulaire d'un certificat d'assurance qualité exigible¹⁹¹ ;
- Déroger à l'une ou l'autre des mesures concernant le comité de sélection¹⁹² ;
- Conclure un contrat d'approvisionnement ou un contrat de services avec une personne morale de droit privé dont la durée, incluant tout renouvellement, est supérieure à trois ans sans toutefois excéder cinq ans¹⁹³ ;
- Conclure un contrat de plus de 25 000 \$ mais de moins de 100 000 \$ pour une durée supérieure à cinq ans¹⁹⁴ ;
- Conclure un contrat de plus de 100 000 \$ avec une personne morale à but non lucratif¹⁹⁵ ou avec une personne physique qui n'exploite pas une entreprise individuelle¹⁹⁶ ;

191. *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 54, art. 10.

192. *Ibid.*, art. 14.

193. *Ibid.*, art. 18 et *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux*, préc., note 83, art. 11, al. 2.

194. *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux*, préc., note 83, art. 40.

195. *Ibid.*, art. 11, al. 1 et *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de l'éducation*, préc., note 110, art. 8.

196. *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux*, préc., note 83, art. 15 et *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de l'éducation*, préc., note 110, art. 10.

- Apporter une modification à un contrat comportant une dépense supérieure à 100 000 \$ qui a été conclu avec une personne morale à but non lucratif lorsque cette modification occasionne une dépense supplémentaire¹⁹⁷.

4.3 Autorisations des ministres responsables

Nous avons vu précédemment que la *Loi sur les contrats* désigne pour chacun des organismes publics assujettis un ministre responsable. Cette désignation tient essentiellement compte du classement de l'organisme dans le groupe des organismes que la loi rattache à l'Administration gouvernementale, au réseau de l'éducation ou au réseau de la santé et des services sociaux.

La *Loi sur les contrats* exige l'autorisation du ministre responsable d'un organisme lorsque cet organisme entend conclure un contrat selon des conditions différentes de celles qui lui sont applicables en vertu d'un règlement pris ou réputé pris en vertu de la *Loi sur les contrats*¹⁹⁸. Une telle autorisation serait requise pour, par exemple, conclure un contrat à commandes ou un contrat de services à exécution sur demande d'une durée supérieure à cinq ans ou encore un contrat de construction à exécution sur demande pour une durée de plus de trois ans.

L'article 29.1 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement* impose également l'autorisation du ministre responsable pour la conclusion de gré à gré d'un contrat à commandes relatif à l'acquisition de logiciels dans des cas autres que ceux prévus aux paragraphes 1^o à 4^o du premier alinéa de l'article 13 de la *Loi sur les contrats* lorsque la valeur monétaire approximative du contrat est supérieure au seuil d'appel d'offres public. À noter que puisque les organismes publics visés par l'article 29.1 sont ceux visés aux paragraphes 1^o à 4^o du premier alinéa de l'article 4 de la *Loi sur les contrats*, l'autorisation ne pourra être délivrée que par le Conseil du trésor.

Dans les deux cas qui précèdent, le ministre responsable pourra, dans le cadre de l'autorisation qu'il est appelé à délivrer, fixer des

197. *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 54, art. 19 et *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux*, préc., note 83, art. 11, al. 2.

198. *Loi sur les contrats*, art. 25, al. 2.

conditions particulières applicables au contrat visé ; la différence étant que les conditions fixées en application du dernier alinéa de l'article 29.1 ne pourront consister en des dérogations à la réglementation.

À l'instar des propos tenus relativement aux dirigeants d'organismes, une attention particulière devra également être apportée aux différentes politiques de gestion contractuelle prises par les ministres responsables en vertu de l'article 26 de la *Loi sur les contrats*. Ces politiques peuvent également prévoir diverses situations requérant l'autorisation de ce ministre. Mentionnons à titre d'exemples l'autorisation de conclure un contrat de 100 000 \$ et plus avec une personne morale à but non lucratif¹⁹⁹ ou un contrat de 50 000 \$ et plus avec une personne physique qui n'exploite pas une entreprise individuelle²⁰⁰.

4.4 Autorisation du gouvernement

Outre les cas d'exercice de son pouvoir réglementaire, le gouvernement sera appelé à intervenir dans toute situation contractuelle impliquant un organisme public assujetti qui requiert de s'écarter d'une condition prévue dans la *Loi sur les contrats*.

Le premier alinéa de l'article 25 de la *Loi sur les contrats* prévoit en effet que :

Le gouvernement peut, sur recommandation du Conseil du trésor, autoriser un organisme public à conclure un contrat selon des conditions différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de la présente loi et fixer, dans un tel cas, les conditions applicables à ce contrat.

Lorsque les conditions d'application de cette disposition seront satisfaites²⁰¹, le gouvernement pourra, d'une part, autoriser l'orga-

199. *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 54, art. 17.

200. *Ibid.*, art. 24.

201. La première condition repose sur le besoin pour un organisme public de conclure un contrat à des conditions différentes de celles prévues dans la *Loi sur les contrats*. La seconde demande que ce besoin fasse l'objet d'une recommandation du Conseil du trésor au gouvernement. Peu importe que l'organisme public soit lié au réseau de l'éducation ou au réseau de la santé et des services sociaux, il appartient au Conseil du trésor de recommander au gouvernement d'autoriser toute dérogation à la *Loi sur les contrats*.

nisme public à conclure un contrat à des conditions différentes de celles prévues dans la *Loi sur les contrats* et, d'autre part, imposer les conditions qui seront alors applicables à ce contrat. Cette décision du gouvernement prendra la forme d'un décret publié dans la *Gazette officielle du Québec*. Jusqu'à maintenant, ce pouvoir de dérogation a été essentiellement utilisé pour écarter le recours à l'appel d'offres public et ainsi permettre dans plusieurs cas, la conclusion d'un contrat de gré à gré pour des motifs autres que ceux prévus à l'article 13 de la *Loi sur les contrats*²⁰² et, dans un autre, le recours à l'appel d'offres sur invitation²⁰³.

4.5 Autres autorisations

Outre le gouvernement, le ministre responsable et le dirigeant de l'organisme, le paragraphe 7^o du premier alinéa de l'article 23 de la *Loi sur les contrats* prévoit également qu'un règlement du gouvernement peut déterminer les cas où des contrats sont soumis à l'autorisation d'une autre personne que le règlement désigne.

Ainsi, l'autorisation du ministre de la Justice sera nécessaire pour qu'un ministère ou un organisme budgétaire recoure à l'arbitrage afin de régler toute difficulté pouvant survenir à l'égard d'un

202. Voir notamment les décrets suivants : *CONCERNANT l'autorisation au Conseil Cri de la santé et des services sociaux de la Baie James à conclure un contrat selon des conditions différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de la Loi sur les contrats des organismes publics (2006, c. 29), décret 933-2009, (2009) 36 G.O. II, 4685 ; CONCERNANT l'autorisation au Conseil Cri de la santé et des services sociaux de la Baie James à conclure un contrat de gré à gré pour la réalisation du projet de construction neuve du Centre miyupimaatisiwin communautaire de Nemaska, décret 742-2010, (2010) 38 G.O. II, 3832 ; CONCERNANT l'autorisation au Conseil Cri de la santé et des services sociaux de la Baie James à conclure un contrat de gré à gré pour la réalisation du projet d'agrandissement et de réaménagement du Centre miyupimaatisiwin communautaire de Waskaganish, décret 743-2010, (2010) 38 G.O. II, 3832 ; CONCERNANT l'autorisation au Conseil Cri de la santé et des services sociaux de la Baie James à conclure un contrat de gré à gré pour la réalisation du projet de construction neuve du Centre miyupimaatisiwin communautaire d'Eastmain, décret 744-2010, (2010) 38 G.O. II, 3833. CONCERNANT l'autorisation au Conseil Cri de la santé et des services sociaux de la Baie James à conclure un contrat de gré à gré pour l'agrandissement et le réaménagement du Centre miyupimaatisiwin communautaire de Waswanipi, décret 745-2010, (2010) 38 G.O. II, 3834.*

203. *CONCERNANT l'autorisation à la ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs à conclure des contrats de travaux de construction urgents concernant la rivière des Mille-Îles selon des conditions différentes de celles qui leur sont applicables en vertu de la Loi sur les contrats des organismes publics, décret 506-2010, (2010) 26 G.O. II, 2791.*

contrat²⁰⁴ ou encore pour qu'un tel organisme conclue un contrat de services juridiques²⁰⁵.

L'autorisation du ministre des Finances sera pour sa part requise pour permettre à ces organismes de conclure un contrat de services financiers ou bancaires²⁰⁶.

Enfin, mentionnons pour terminer que l'autorisation du ministre des Transports est requise pour appliquer les règles particulières d'adjudication énoncées l'article 40 du *Règlement sur les contrats de services* aux fins de conclure un contrat de services professionnels de génie ou d'arpentage relatifs aux infrastructures de transport pour lesquels une démonstration de la qualité uniquement est sollicitée²⁰⁷.

La *Loi sur les contrats* et la réglementation prise en matière de marchés publics proposent également diverses mesures particulières qui relèvent essentiellement de la gestion contractuelle. Ces mesures concernent la négociation du prix, la modification du contrat, le règlement des différends et l'évaluation du rendement d'un contractant.

5. GESTION DES CONTRATS

5.1 Négociation du prix

La négociation du prix dans le cadre de l'attribution d'un contrat de gré à gré se conçoit facilement puisqu'un tel contrat est nécessairement établi à la suite d'échanges privilégiés entre l'organisme public et le contractant choisi par l'organisme.

Dans un contexte de mise en concurrence où l'adjudication repose habituellement sur le prix soumis, on devrait s'attendre à ce qu'il ne soit pas possible de négocier ce prix. La réglementation prévoit toutefois cette alternative lorsqu'une seule entreprise aura présenté une soumission conforme²⁰⁸. Une telle négociation ne pourra toutefois se traduire que par une diminution du prix soumis et devra

204. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 41 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 54 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 54.

205. *Règlement sur les contrats de services*, art. 36.

206. *Ibid.*, art. 38.

207. *Ibid.*, art. 40.

208. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 15, al. 2 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 15, al. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 18, al. 2.

nécessairement s'accompagner d'une autorisation du dirigeant de l'organisme public²⁰⁹.

Par ailleurs, le *Règlement sur les contrats de construction* prévoit également un processus de négociation particulier pour déterminer la valeur des changements qui pourraient être effectués aux travaux prévus dans un contrat de construction²¹⁰.

5.2 Modification du contrat

Le premier alinéa de l'article 17 de la *Loi sur les contrats* consacre la règle reconnue par la Cour suprême du Canada et permet de modifier un contrat en cours d'exécution dans la mesure où la modification demeure accessoire au contrat et n'en change pas la nature²¹¹. Le caractère accessoire d'une modification demeure avant tout une question de faits qui devra être appréciée selon les conditions initiales de chaque contrat. L'objectif des parties au contrat ne doit pas viser à éluder les règles d'attribution des contrats²¹². La doctrine soutient que le caractère accessoire d'une modification doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, en déterminant dans chaque cas les raisons au soutien de la modification envisagée de façon à ne pas porter atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres²¹³.

À partir du moment où une modification accessoire entraîne une augmentation du prix, cette modification devra, tel que discuté précédemment, être autorisée par le dirigeant de l'organisme assurant par le fait même une appréciation des autorités de ce caractère accessoire. Cette obligation constitue un outil de contrôle sur les dépassements de coûts des contrats.

L'autre condition qui devra être respectée concerne la nature du contrat. Ainsi toute modification ne devra pas affecter la nature du contrat telle, par exemple, sa nature forfaitaire.

209. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 33 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 46 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 39.

210. *Règlement sur les contrats de construction*, art. 44 à 49.

211. *Adricon ltée c. East Angus (Ville d')*, [1978] 1 R.C.S. 1107, 1118. Voir également l'article 1414 du *Code civil du Québec*.

212. Guy Paul ALLARD, « Les droits des autres soumissionnaires et la modification du contrat administratif », (1996) 10 *R.J.E.U.L.* 115-116.

213. André LANGLOIS, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 318-319, note en bas de page 1151.

Pour terminer, il importe également de rappeler que l'article 12 de la *Loi sur les contrats* interdit expressément toute modification qui serait apportée à un contrat dans le but d'écarter l'obligation de recourir à la procédure d'appel d'offres public ou de se soustraire à toute autre obligation découlant de cette loi.

5.3 Règlement des différends

La réglementation en matière de marchés publics prévoit pour la première fois des règles particulières en matière de règlement des différends²¹⁴. Les règles en matière de contrat d'approvisionnement et de contrat de services sont similaires et s'avèrent relativement simples comparativement à celles plus élaborées que l'on retrouve dans le *Règlement sur les contrats de construction* et qui varient selon que le contrat concerne ou non la construction d'un ouvrage se rapportant à un bâtiment.

La première obligation imposée tant à l'organisme public qu'à l'entreprise contractante consiste à tenter de régler à l'amiable les difficultés survenant dans le cadre de l'exécution du marché public. Le fait d'énoncer pareille obligation n'était peut-être pas indispensable mais ce faisant, il impose à tout le moins une obligation aux parties contractantes d'essayer de parvenir à une entente avant de demander à un tiers de trancher.

Sauf lorsque le différend survient dans le cadre d'un contrat de travaux de construction se rapportant à un bâtiment, la réglementation ne propose aucune mesure pour diriger les pourparlers qui devront avoir lieu dans le cadre de l'exécution de cette obligation.

Pour les différends concernant l'exécution d'un contrat de travaux de construction se rapportant à un bâtiment, la réglementation accompagne davantage les contractants en identifiant les personnes autorisées à intervenir et en prévoyant des délais à l'intérieur desquels les parties doivent agir²¹⁵.

214. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 41, al. 1 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 54, al. 1 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 50 à 52.

215. Le paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 50 du *Règlement sur les contrats de construction* prévoit en effet que des consultations devront avoir lieu dans les 60 jours suivant un avis de l'entrepreneur entre un gestionnaire de l'organisme public et un dirigeant de l'entrepreneur. À noter que la réglementation fait reposer sur les épaules de l'entrepreneur l'obligation de dénoncer l'existence d'un différend.

À défaut d'en arriver à une entente, le paragraphe 2^o du premier alinéa de l'article 50 du *Règlement sur les contrats de construction* permet à l'un ou l'autre des cocontractants d'exiger la tenue d'une médiation en transmettant un avis de médiation. Ce mode particulier de règlement des différends n'est donc spécifiquement envisagé que pour les différends survenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travaux de construction se rapportant à un bâtiment²¹⁶. Si aucune des deux parties ne transmet un avis exigeant la médiation ou encore si la médiation tenue ne permet pas aux parties d'en arriver à une entente, le différend pourra, à l'instar de ce qui est prévu pour les différends en matière d'approvisionnement et de services, être réglé en recourant à l'autorité d'un tiers²¹⁷.

Puisqu'il s'agit de la première fois que la réglementation en matière de marchés publics prévoit le recours à la médiation, le dirigeant de chaque organisme public s'est vu conférer l'obligation de rendre annuellement compte à son ministre responsable de l'application de l'ensemble de la procédure de règlement des différends prévue pour les contrats de travaux de construction relatifs à un ouvrage se rapportant à un bâtiment y compris de ce mode alternatif de règlement des différends. D'abord, prévue pour les deux premières années d'application de ces mesures, l'obligation de reddition de compte a été prolongée de trois autres années à l'automne 2010²¹⁸, question de mieux pouvoir en apprécier l'utilité.

5.4 Évaluation du rendement du contractant

Les règlements en matière de marchés publics renferment tous une procédure identique relative à l'évaluation du rendement d'un contractant qui, de l'avis de l'organisme public, aurait fourni un rendement insatisfaisant.

La réglementation impose tout d'abord à chaque organisme public l'obligation de dresser un rapport de rendement lorsqu'il n'est pas satisfait du rendement d'un contractant²¹⁹.

216. Pour les autres types de contrat, une médiation ne pourra être tenue qu'avec le consentement de toutes les parties au contrat.

217. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 41, al. 2 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 54, al. 2 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 54.

218. *Règlement modifiant le Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, décret 756-2010, (2010) 37 G.O. II, 3776.

219. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 42 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 55 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 55.

Ce rapport doit être complété dans les 60 jours suivant la fin du contrat et un exemplaire doit être transmis au contractant visé, lequel disposera alors d'une période de 30 jours pour réagir par écrit à son contenu²²⁰.

Par la suite, que le contractant ait ou non réagi à ce rapport, la réglementation confère au dirigeant de l'organisme public une période de 30 jours pour décider s'il convient de maintenir ou de retirer le rapport de rendement insatisfaisant préparé par son organisation et d'en informer le contractant visé. Le défaut du dirigeant de confirmer le rapport ainsi produit transforme en quelque sorte le rendement supposément insatisfaisant en rendement satisfaisant²²¹.

Le formalisme de cette procédure se justifie en raison de l'impact qu'un rapport de rendement insatisfaisant peut causer sur l'accessibilité du contractant qui en est l'objet aux futurs contrats de cet organisme public. En effet, la réglementation permet à un organisme public de rendre inadmissibles les entreprises qui dans les deux ans précédant la date d'ouverture des soumissions ont, entre autres, fait l'objet d'un rapport de rendement insatisfaisant de la part de cet organisme²²².

Un rapport de rendement insatisfaisant est donc susceptible d'écarter une entreprise des prochains contrats de l'organisme public insatisfait et non de tous les organismes publics assujettis.

CONCLUSION

L'entrée en vigueur de la *Loi sur les contrats* et de la réglementation en matière de marchés publics marque un pas significatif dans la codification des règles de droit propres aux contrats des organismes publics.

Ce régime juridique se veut, sous plusieurs aspects, innovateur.

Il assujettit tout d'abord aux mêmes conditions la plupart des organismes publics de l'Administration gouvernementale, du réseau

220. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 43 et 44 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 56 et 57 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 56 et 57.

221. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 45 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 58 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 58.

222. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement*, art. 8 ; *Règlement sur les contrats de services*, art. 8 et *Règlement sur les contrats de construction*, art. 8.

de l'éducation et du réseau de la santé et des services sociaux. Une telle harmonisation est de nature à faciliter non seulement l'accès des entreprises à la commande publique, mais également l'établissement de regroupements d'organismes dans un même appel d'offres.

Ce régime juridique consacre également, dans le respect de tout accord de commerce applicable, les principes jurisprudentiels de transparence du processus contractuel, de traitement intègre et équitable des concurrents et d'accessibilité des concurrents qualifiés aux contrats publics ; principes qui doivent caractériser la gestion contractuelle de tout gouvernement responsable.

Dans cette optique, on ne doit pas s'étonner que le législateur ait écarté la liberté contractuelle au profit d'un processus public de mise en concurrence plus soucieux d'une utilisation judicieuse des deniers publics.

Ce processus dénommé « appel d'offres public », comporte en amont la publication d'un avis et l'envoi des documents décrivant notamment les besoins qu'un organisme public demande de satisfaire et indiquant, entre autres, les règles d'adjudication qui serviront à sélectionner lequel parmi tous les concurrents intéressés répond le mieux aux exigences de l'organisme.

Ce régime réserve tout de même une place au mode d'attribution de gré à gré, notamment lorsqu'un organisme public fait face à des contraintes de temps, à des exigences de confidentialité ou à des situations contractuelles exclusives.

Il innove, par ailleurs, en important en matière de gestion contractuelle la notion d'imputabilité des organismes publics introduite par la *Loi sur l'administration publique*²²³. À cet égard, un régime particulier d'autorisations et de reddition de comptes impliquant principalement les dirigeants d'organismes et certains ministres désignés sous le vocable de « ministres responsables » a été mis en place.

L'objectif du présent article consistait essentiellement à présenter de façon sommaire les principales règles caractérisant ce nouveau régime que certains n'hésitent d'ailleurs pas à considérer comme représentant le premier pas menant à l'adoption d'un véritable Code des marchés publics²²⁴. Lorsque jugé pertinent, nous avons égale-

223. Préc., note 11.

224. P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, préc., note 5, p. 69.

ment cru bon d'ajouter certains commentaires permettant de mieux saisir la portée de ces règles.

Ainsi, depuis le 1^{er} octobre 2008, le régime juridique relatif aux marchés publics a été substantiellement renouvelé. Jusqu'à présent, nous constatons que les règles qu'il comporte n'ont pas encore fait l'objet d'une jurisprudence significative. Faut-il interpréter cela comme une preuve de sa réussite ? Il est, selon nous, trop tôt pour l'affirmer. Pour le moment, permettons-nous de suggérer au législateur qu'il complète le travail amorcé pour, cette fois, les autres types de contrats²²⁵ qui demeurent régis par des règles qui, sur plusieurs points, apparaissent désuètes.

225. Il s'agit ici des autres contrats déterminés par règlement : *supra*, section 1.2.1.

ANNEXE

DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES PERMETTANT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE GRÉ À GRÉ	
Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics	
Article 27	Un contrat pour l'acquisition de sable, de pierre, de gravier ou d'enrobés bitumineux comportant une dépense inférieure à 200 000 \$
Article 28	Contrat d'approvisionnement relatif à des activités de recherche et de développement ou à des activités d'enseignement lorsque certaines conditions sont rencontrées
Article 29	Contrat d'approvisionnement pour les activités à l'étranger d'une délégation générale, d'une délégation ou d'une autre organisation permettant la représentation du Québec à l'étranger
Article 29.1	Contrat à commandes pour l'acquisition de logiciels lorsqu'une recherche sérieuse et documentée démontrant que seul le fournisseur visé par ce contrat peut répondre aux besoins de l'organisme
Règlement sur les contrats de services des organismes publics	
Article 35	Contrat de services juridiques
Article 37	Contrat de services financiers ou bancaires
Article 42	Contrat de services pour les activités à l'étranger d'une délégation générale, d'une délégation ou d'une autre organisation permettant la représentation du Québec à l'étranger
Article 42.1	Contrat de services concernant l'engagement d'un enquêteur, d'un conciliateur, d'un négociateur, d'un médiateur, d'un arbitre, d'un médecin ou d'un dentiste en matière d'évaluation médicale liée à leur spécialité ou d'une personne devant agir à titre de témoin expert devant un tribunal.
Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics	
Article 35	Contrat de travaux de construction pour les activités à l'étranger d'une délégation générale, d'une délégation ou d'une autre organisation permettant la représentation du Québec à l'étranger
Règlement sur les contrats du gouvernement pour l'acquisition d'immeubles	
Article 4	Acquisition d'un immeuble
Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics	
Articles 7 à 9	Disposition d'un immeuble excédentaire

