

## ATELIER 4

---

### Atelier capsules

#### ANIMATRICE

M<sup>e</sup> Émilie Jennifer Desbiens, Direction des affaires juridiques, Développement économique, Innovation et Exportation, Relations internationales, Tourisme et Affaires intergouvernementales canadiennes, ministère de la Justice

#### **1<sup>re</sup> capsule : L'impact de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec sur la responsabilité des administrateurs**

Cette capsule abordera les principaux changements apportés par la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* sur la responsabilité des sociétés et, particulièrement, de leurs administrateurs. Elle établira également des parallèles avec la Loi canadienne sur les sociétés par actions. Elle sera enfin l'occasion de tirer des constats des deux premières années d'application de la loi, notamment au regard de la jurisprudence.

#### CONFÉRENCIER

M<sup>e</sup> Stéphane Rousseau, professeur titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires et directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international, Faculté de droit, Université de Montréal

#### **2<sup>e</sup> capsule : Quelles sont les avenues possibles pour l'octroi des contrats de moins de 100 000 \$ ?**

L'article 14 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* ouvre la porte à d'autres modes d'adjudication ou d'attribution des contrats de moins de 100 000 \$. Quels sont-ils ? Quels sont leurs avantages, leurs inconvénients ? Quand doit-on les utiliser ?

**CONFÉRENCIER**

M<sup>e</sup> Nicholas Jobidon, auteur de *Contrats des organismes publics inférieurs au seuil d'appel d'offres – comment choisir le bon mode d'adjudication*

**3<sup>e</sup> capsule : La modernisation de la *Loi sur le droit d'auteur***

Il y a moins d'un an était sanctionné le controversé projet de loi C-11 prévoyant de nombreuses modifications à la *Loi sur le droit d'auteur*. Le conférencier fera un survol de ces modifications et de leur impact sur le travail du juriste de l'État.

**CONFÉRENCIER**

M<sup>e</sup> Sylvain Gadoury, Direction des affaires juridiques, Culture, Communications et Condition féminine, Éducation, Loisir et Sport, ministère de la Justice

**RESPONSABLES DE L'ATELIER**

M<sup>e</sup> Sarah Boudreau, Direction des affaires juridiques, Revenu Québec

M<sup>e</sup> Isabelle Gagné, Direction du contentieux de Québec, ministère de la Justice

M<sup>e</sup> Pierre Gamache, Direction des affaires juridiques, Revenu Québec

M<sup>e</sup> Emmanuel Godin, Direction des affaires juridiques, Commission de la santé et de la sécurité au travail

M<sup>e</sup> Jennifer Nadeau, Direction des affaires juridiques, Commission de l'équité salariale

M<sup>e</sup> Marie-Claude Parent, Direction des affaires juridiques, Développement économique, Innovation et Exportation, Relations internationales, Tourisme et Affaires intergouvernementales canadiennes, ministère de la Justice

M<sup>e</sup> Laurianne Rochefort, Direction des affaires juridiques, Société d'habitation du Québec

# **Le choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution des contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics*<sup>1</sup>**

**Nicholas Jobidon\***

INTRODUCTION . . . . .	159
I- Les règles applicables aux contrats des organismes publics . . . . .	161
A- Principes de base : droit civil et droit public . . . . .	161
B- Le régime spécifique de la <i>Loi sur les contrats des organismes publics</i> . . . . .	164
II- La sélection d'un mode d'adjudication ou d'attribution . . . . .	166
A- La typologie des modes d'attribution . . . . .	166
1- L'appel d'offres public. . . . .	166

---

1. Ce texte constitue un condensé du mémoire de maîtrise du même titre par le même auteur, publié récemment sous Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics inférieurs au seuil d'appel d'offres*, Brossard, CCH, 2012. L'auteur tient à remercier le professeur Denis Lemieux, LL.D. et M<sup>e</sup> Pierre Giroux, Ad. E., sans qui le travail présenté ici n'aurait pas été possible.

\* Doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et avocat.

2-	L'appel d'offres sur invitation . . . . .	168
3-	L'attribution de gré à gré . . . . .	169
B-	Les facteurs de choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution . . . . .	171
1-	L'économie espérée . . . . .	172
2-	Les objectifs non reliés au prix . . . . .	174
3-	Le recours à de nouveaux concurrents . . . . .	175
4-	La nature du contrat . . . . .	175
C-	La détermination d'un mode d'adjudication ou d'attribution . . . . .	175
1-	Une carte d'achat pour les « mini-contrats ». . . . .	177
2-	L'atteinte d'objectifs non-économiques par les contrats de gré à gré . . . . .	178
3-	Le compromis entre économie, efficacité et objectifs non économiques par l'appel d'offres sur invitation . . . . .	178
4-	La maximisation des économies par l'appel d'offres public . . . . .	179
5-	Les situations exceptionnelles . . . . .	180
	CONCLUSION . . . . .	180

## INTRODUCTION

**1.** L'octroi de contrats publics est une cause importante de maux de tête chez les élus et leurs équipes. Depuis l'adoption des premiers règlements à ce sujet<sup>2</sup> à l'aube de la Révolution tranquille<sup>3</sup>, plusieurs vagues de réglementation se sont succédées pour couvrir davantage de situations et d'organismes.

**2.** La *Loi sur les contrats des organismes publics*<sup>4</sup> a été adoptée en 2006 (puis est entrée en vigueur en 2008) afin d'organiser et de regrouper les règles applicables aux divers organismes publics, à l'exception des municipalités qui demeurent régies par leur propre régime. L'article 14 de cette loi modifiait notamment les règles applicables aux contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public. Le consensus depuis l'initial *Règlement sur les subventions à des fins de construction*<sup>5</sup> était d'assujettir tous les contrats comportant une dépense supérieure à un certain seuil – généralement 25 000 \$ – à l'obligation de procéder à un appel d'offres. Les contrats comportant une dépense inférieure à ce seuil n'étaient soumis à aucune forme particulière et les organismes publics étaient donc libres de les conclure de gré à gré avec l'entreprise ou le prestataire de services de leur choix. C'est d'ailleurs ce régime qui prévaut encore quant aux organismes municipaux.

**3.** Pour les organismes publics, par contre, tous les contrats comportant une dépense inférieure à ces mêmes seuils sont désormais

---

2. Pour un survol des différentes vagues ayant mené à l'aboutissement qu'est la *Loi sur les contrats des organismes publics*, voir Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Loi commentée sur les contrats des organismes publics*, Brosard, CCH, 2010, p. 10-52.

3. Bien que certaines règles existaient avant cette période, les gouvernements précédant celui de Lesage en 1960 avaient mis en place un système de patronage où 10 % du coût du contrat public était versé à un partisan de l'Union nationale : Québec, Commission Salvas, Rapport des commissaires sur les méthodes d'achat utilisées au département de la colonisation et au service des achats du gouvernement du 1<sup>er</sup> juillet 1955 au 30 juin 1960, Montréal, Gouvernement du Québec, 1963.

4. L.R.Q., c. C-65.1.

5. *Règlement sur les subventions à des fins de construction*, A.C. n° 2390 du 7 décembre 1961, (1961) G.O. II, 5283.

eux-aussi assujettis à diverses obligations administratives spécifiques. Selon l'article 14 (ci-dessous), ils doivent tenir compte de divers facteurs afin ultimement de déterminer si le contrat doit être adjugé par appel d'offres (public ou sur invitation), ou attribué de gré à gré.

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

- 1<sup>o</sup> de procéder par appel d'offres public ou sur invitation ;
- 2<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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.

**4.** Le présent article étudie la teneur de ces obligations administratives et de leur impact réel dans le choix d'un mode d'adjudication pour les contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public, ou les « petits contrats » comme ils seront désignés ci-après. Pour ce faire, il est nécessaire de procéder, dans un premier temps, à une brève analyse des règles de droit privé et de droit public applicables aux contrats des organismes publics ; cette démarche permettra d'identifier le cadre à l'intérieur duquel les décisions quant au choix d'un mode d'adjudication peuvent être prises. Dans un deuxième temps seront étudiés les éléments déterminants (tant juridiques qu'économiques) quant au choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution pour finalement suggérer une démarche de sélection d'un mode.

## I- LES RÈGLES APPLICABLES AUX CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS

5. Il ne faut pas oublier que les contrats des organismes publics obéissent d'abord au régime juridique prévu dans le *Code civil du Québec* et applicable à tout contrat conclu en vertu de celui-ci. Toutefois, s'ajoutent à ce régime des règles propres à la nature administrative des organismes publics. Finalement, les dispositions particulières de la *Loi sur les contrats des organismes publics* fournissent un encadrement pour les petits contrats.

6. Ces règles de sources variables se combinent pour former le régime juridique applicable aux petits contrats des organismes publics.

### A- Principes de base : droit civil et droit public

7. Les principes de base applicables aux contrats des organismes publics viennent de deux sources : les règles de droit commun applicables à tous les contrats, puis les règles de droit administratif qui restreignent et teintent les premières.

8. Dans un premier temps, il ne faut pas sous-estimer l'importance des règles de droit commun articulées par le Code civil. En effet, ces règles s'appliquent intégralement à l'État<sup>6</sup>, sous réserve des règles extraordinaires du droit public qui seront discutées par la suite.

9. La base du droit contractuel québécois (et du droit civil français et anglais) repose sur la notion d'autonomie de la volonté des parties contractantes, qui veut que toute personne soit en mesure d'accomplir n'importe quel acte à n'importe quelle condition<sup>7</sup> – principe limité évidemment par divers aspects de l'ordre public et de l'équité contractuelle. L'État est donc soumis aux principes de la bonne foi<sup>8</sup>, du consensualisme<sup>9</sup> et de la liberté contractuelle<sup>10</sup>. Par souci d'espace et de synthèse du message, seuls quelques mots seront dits sur ce sujet.

6. Art. 1376 C.c.Q.

7. Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 13-17.

8. Art. 1375 C.c.Q.

9. Art. 1385 C.c.Q.

10. Art. 1378 C.c.Q.

**10.** Normalement, en vertu du principe du consensualisme, les contrats peuvent être verbaux et le Code civil ne contient aucune exigence de forme quant à leur rédaction<sup>11</sup>. Ce sera aussi le cas pour les contrats des organismes publics, sous réserve d'une règle spécifique à l'effet contraire ; une telle règle existe dans le cas des contrats comportant une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public, alors que le contrat est soumis à diverses exigences de forme (l'appel d'offres) qui sont déterminantes quant à la validité du contrat<sup>12</sup>. L'article 14 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, toutefois, n'est pas rédigé de manière à exclure cette possibilité. Il n'est pas exclu qu'un contrat verbal conclu par l'Administration demeure valide, tel que l'exprimait la Cour d'appel dans l'arrêt *Compagnie de jouets Feuille d'érable*<sup>13</sup>.

**11.** L'auteur Jean-Louis Baudouin propose cette définition de la liberté contractuelle, inspirée de l'article 1378 C.c.Q. :

[...] le principe de la liberté contractuelle est le droit que possède chaque individu de s'engager par contrat de son plein gré quand il le désire et aux conditions qu'il juge à propos ; de discuter et de négocier librement les conditions, les effets et l'extinction de ses obligations avec l'autre contractant ; de modifier les effets de l'obligation et de l'éteindre, en accord avec son cocontractant, sans que le juge ne puisse en principe intervenir de plein droit ; de choisir la forme de leur engagement sauf lorsque la loi leur impose celle ci.<sup>14</sup>

**12.** Aurait pu être ajoutée à cette définition la possibilité de choisir son cocontractant, qui sous-tend l'existence d'une économie concurrentielle. Toutefois, la liberté contractuelle de l'Administration, comme celle de quiconque, pourra être restreinte par l'effet de la loi. C'est notamment l'effet de l'imposition d'une obligation de procéder à un appel d'offres avant de conclure un contrat ; cette obligation est grandement mitigée dans le cas des petits contrats, comme il en sera question à la prochaine section.

**13.** Certaines autres obligations s'imposent à l'Administration en raison de sa nature<sup>15</sup>. Certaines de ces règles additionnelles découlent

11. L'article 2862 C.c.Q. prévoit un obstacle à la preuve d'un contrat par témoignage, mais n'invalide pas la force obligatoire d'un contrat passé verbalement.

12. Art. 10 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1.

13. *Cie de jouets Feuille d'érable ltée c. Association montréalaise d'action récréative et culturelle (1983)*, EYB 1988-62991 (C.A.), par. 26.

14. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *supra*, note 7, par. 80.

15. Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 349-350.



du droit public général alors que d'autres ont été regroupées en tant que principes généraux du droit des marchés publics : ces principes ont été repris à l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

**14.** Parmi les règles générales, mentionnons que toutes les décisions administratives relatives à l'exercice du pouvoir contractuel de l'Administration sont soumises au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure<sup>16</sup>. Ainsi, la décision d'un organisme public de se procurer tel bien ou tel service pourrait être contestée, à quel moment il faudra examiner les motifs à son soutien. Un organisme public ne pourrait donc pas conclure un contrat de mauvaise foi ou dont l'objet ou la cause excède son champ de compétence ; par exemple, on peut penser qu'une commission scolaire ne pourrait conclure un contrat pour l'entretien d'une ferme locale, ou ne pourrait décider qu'elle a un besoin soudain d'une grande quantité de papier-bulle au motif que le fils d'un des directeurs généraux vient d'ouvrir une compagnie offrant ce produit.

**15.** Quant aux principes du droit des marchés publics, ceux-ci ont été repris en grande partie dans la loi<sup>17</sup> :

**2.** Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

1<sup>o</sup> la transparence dans les processus contractuels ;

2<sup>o</sup> le traitement intègre et équitable des concurrents ;

3<sup>o</sup> la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;

4<sup>o</sup> 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 ;

16. Voir généralement Susan ARROWSMITH, *Government Procurement and Judicial Review*, Agincourt, Carswell, 1988 ; *Produits Shell Canada ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, 241.

17. Une analyse plus complète de chacun de ces principes a été faite individuellement dans P. GIROUX, D. LEMIEUX et N. JOBIDON, *supra*, note 2, dans la rubrique sous l'article 2.

5<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.

Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement.

**16.** Quelques principes n'ont toutefois pas été repris dans cette disposition. Un de ceux-ci est mentionné ailleurs dans la loi : il s'agit de la promotion des régions. Ainsi, les articles 14, al. 1, par. 2 et 16 de la loi indiquent aux dirigeants d'organismes publics de tenir compte des intérêts économiques régionaux avant de décider, respectivement, d'un mode d'adjudication d'un petit contrat et de regrouper des contrats (ce qui pourrait avoir pour effet de faire grimper le montant de la dépense au-dessus du seuil d'appel d'offres public et de rendre ainsi impossible l'octroi du contrat et ce, en vertu de l'article 14).

**17.** Un autre principe qui n'apparaît pas à l'article 2, mais qui demeure pertinent pour le choix d'un mode d'octroi des contrats est celui de la protection du marché intérieur. La loi, à son article 10, réfère directement aux divers accords de commerce afin de fixer les seuils d'appel d'offres public. Ces accords de commerce constituent une concession mutuelle entre les parties signataires afin d'ouvrir les marchés publics supérieurs à un certain seuil monétaire aux entrepreneurs « étrangers ». Il est logique que les contrats publics inférieurs à ce seuil soient accordés principalement aux entrepreneurs locaux afin de protéger l'économie locale. Par ailleurs, il est révélateur que l'article 10, al. 3 de la loi intime aux organismes publics le recours à l'appel d'offres régionalisé pour les contrats qui ne sont pas assujettis à un accord intergouvernemental : bien que la procédure d'appel d'offres elle-même soit souhaitable, cette procédure devra être restreinte aux entrepreneurs d'une certaine région afin, justement, de protéger le marché intérieur.

## **B- Le régime spécifique de la *Loi sur les contrats des organismes publics***

**18.** La *Loi sur les contrats des organismes publics* comporte diverses dispositions spécifiques aux dirigeants d'organismes publics quant à

la manière de choisir un mode d'adjudication ou d'attribution des petits contrats. Cette loi s'applique à tous les contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction conclus entre des entreprises à but commercial et des organismes publics du réseau gouvernemental, du réseau de la santé et de celui de l'éducation<sup>18</sup>. Parmi ces contrats, ceux impliquant une dépense excédant un certain seuil (habituellement de 100 000 \$, mais de 25 000 \$ dans le cas de contrats d'approvisionnement conclus par des organismes publics du réseau gouvernemental) sont assujettis à la procédure d'appel d'offres public.

**19.** Les autres, soit les petits contrats, font aussi l'objet de certaines obligations, moins directives mais tout aussi réelles. Ainsi, l'article 14 de la loi impose aux organismes publics l'obligation de choisir un mode d'adjudication ou d'attribution pour les petits contrats : ce choix doit être éclairé<sup>19</sup>, il doit respecter les principes de la loi et il doit faire suite à l'évaluation de certaines possibilités énumérées aux paragraphes suivant le premier alinéa. Contrairement au régime prévalant dans le monde municipal, les petits contrats des organismes publics ne sont pas assujettis à un seuil inflexible de 25 000 \$ au-delà duquel ils doivent procéder à un appel d'offres sur invitation<sup>20</sup>. Ils disposent plutôt d'une discrétion afin de déterminer le mode d'adjudication ou d'attribution applicable en fonction des circonstances propres à chaque contrat. À cet effet, il est révélateur qu'un deuxième alinéa à l'article 14 ait été retiré lors de l'analyse article par article de la loi :

Malgré le premier alinéa, un organisme public visé à l'un des paragraphes 1<sup>o</sup> à 4 du premier alinéa de l'article 4 doit recourir à une procédure d'appel d'offres sur invitation auprès d'au moins trois concurrents pour conclure un contrat de services ou de travaux de construction comportant une dépense d'au moins 25 000 \$ et de moins de 100 000 \$.<sup>21</sup>

**20.** Bien que le régime applicable aux organismes municipaux puisse être pris en considération et servir d'inspiration aux organismes

18. Art. 1, 3 et 4 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

19. Comme discuté ci-dessus, bien que l'Administration dispose d'une certaine liberté contractuelle, elle est également soumise aux principes de droit public qui exigent d'elle que ses décisions soient justifiées.

20. *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, art. 936 ; *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19, art. 573.1.

21. *Loi sur les contrats des organismes publics*, projet de loi n<sup>o</sup> 17 (présentation du projet le 11 mai 2006), 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (Québec), art. 14, al. 2 ; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION PERMANENTE DES FINANCES PUBLIQUES, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 17 – Loi sur les contrats des organismes publics », dans *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 39, n<sup>o</sup> 24 (14 juin 2006), p. 13 à 15.

publics, le retrait de cet alinéa confirme que ces derniers disposent d'une pleine discrétion pour déterminer le mode d'adjudication ou d'attribution le plus approprié dans les circonstances.

## **II- LA SÉLECTION D'UN MODE D'ADJUDICATION OU D'ATTRIBUTION**

**21.** L'article 14 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* applicable aux petits contrats des organismes publics prévoit explicitement trois modes d'adjudication ou d'attribution : l'adjudication par appel d'offres public, l'adjudication par appel d'offres sur invitation et l'attribution par contrat de gré à gré. La question qui se pose, ou le point focal de cet article, est de savoir comment choisir l'un ou l'autre de ces modes d'adjudication ou d'attribution. Tel qu'il a été démontré dans la première partie du présent texte, il n'est ni obligatoire ni recommandable de suivre l'ancienne pratique, encore applicable aux organismes municipaux, à l'effet d'adjuger systématiquement tous les contrats de plus de 25 000 \$ par appel d'offres sur invitation. La perpétuation d'une telle habitude fait fi des autres règles de droit civil et de droit public applicables aux organismes publics mentionnées précédemment.

### **A- La typologie des modes d'attribution**

**22.** Au-delà de leur nom, quels sont donc les trois modes d'adjudication ou d'attribution disponibles pour les organismes publics ?

#### **1- L'appel d'offres public**

**23.** L'appel d'offres public est l'outil d'adjudication de contrats privilégié par la *Loi sur les contrats des organismes publics*. Toutefois, contrairement à l'appel d'offres public obligatoire imposé par l'article 10, un organisme public qui a recours à ce mode d'adjudication dans le cadre de l'article 14 peut moduler celui-ci selon ses besoins : en effet, le même pouvoir discrétionnaire dont il dispose afin de retenir ce mode d'adjudication lui permet de déterminer l'ampleur de la zone géographique à l'intérieur de laquelle des entrepreneurs sont admissibles à déposer des soumissions en réponse à l'appel d'offres.

**24.** L'organisme public qui choisit ce mode d'adjudication doit choisir une zone géographique correspondant au plus à la province de Québec, et il est libre de la restreindre davantage en fonction des cir-

constances. Lorsque ce mode d'adjudication est volontairement retenu pour l'octroi d'un petit contrat, toutes les exigences des règlements applicables aux contrats des organismes publics s'appliquent comme s'il s'agissait d'un contrat conclu en vertu de l'article 10, sous réserve de quelques exceptions<sup>22</sup>. Par exemple, l'organisme public doit diffuser dans le système électronique d'appel d'offres un avis qui inclut une description des travaux et les modalités d'exécution<sup>23</sup>, les documents d'appel d'offres doivent prévoir les conditions d'admissibilité et de conformité pertinentes<sup>24</sup>, l'ouverture des soumissions doit être publique<sup>25</sup>, le contrat doit être octroyé à la soumission la plus basse<sup>26</sup>, etc.

**25.** Ce mode d'adjudication comporte plusieurs avantages : il suscite une concurrence entre tous les entrepreneurs intéressés, il présente des garanties importantes d'impartialité et il maximise l'accessibilité des contrats publics. Par contre, il s'agit d'un processus long et onéreux tant pour les soumissionnaires<sup>27</sup> que pour l'organisme public, et qui ne promet pas la stabilité contractuelle entre les parties. Cette procédure comporte également un risque plus élevé pour l'organisme public de contestation par un soumissionnaire évincé. Dans un tel cas, si le soumissionnaire obtient gain de cause, l'organisme public devra lui verser des dommages-intérêts équivalents au profit que

22. Art. 3 des règlements suivants : *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 2 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 4 et *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 5.

23. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, supra, note 21, art. 4 et 5 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, supra, note 22, art. 4 et 5 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, supra, note 22, art. 4 et 5.

24. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, supra, note 22, art. 6 et 7 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, supra, note 22, art. 6 et 7 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, supra, note 22, art. 6 et 7.

25. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, supra, note 22, art. 11 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, supra, note 22, art. 11 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, supra, note 22, art. 14.

26. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, supra, note 22, art. 13 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, supra, note 22, art. 13 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, supra, note 22, art. 16.

27. Les entrepreneurs doivent en effet encourir des coûts et investir d'importantes ressources pour la préparation de la soumission, sans certitude quant à l'octroi ultime du contrat. Il a été suggéré que les coûts de préparation pouvaient s'élever à 10 % du prix soumis : George HOLMES, « To Tender or Negotiate : the Buyer's Dilemma », (1995) 1(3) *Journal of Marketing Practice : Applied Marketing Science* 7, 10. À la connaissance de l'auteur, il n'existe toutefois pas d'études tenues au Québec portant sur ces coûts.

celui-ci aurait réalisé s'il avait effectivement obtenu le contrat, en plus de payer le prix total du contrat au soumissionnaire retenu. Puisqu'une certaine insécurité règne présentement en droit des marchés publics, le risque de contestation (et le risque que l'entrepreneur ait gain de cause) est difficile à évaluer et peut angoisser à juste titre certains dirigeants d'organismes publics.

**26.** Rappelons finalement que l'appel d'offres public n'est parfois tout simplement pas le mode d'adjudication approprié : il s'agit d'une procédure vieille de plus de 300 ans, issue d'une époque où une certaine homogénéité de la qualité des produits permettait d'axer la concurrence exclusivement sur le prix<sup>28</sup>. Certains produits ou certains services modernes varient en fonction des fournisseurs et les organismes publics ont avantage à exercer leur discrétion pour mieux identifier leurs besoins.

## ***2- L'appel d'offres sur invitation***

**27.** Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, pendant longtemps, les contrats publics comportant une dépense supérieure à 25 000 \$ (mais inférieure au seuil d'appel d'offres public) étaient assujettis à l'obligation de procéder par appel d'offres sur invitation. Cette procédure est similaire à l'appel d'offres public, mais plutôt que de diffuser un avis accessible par tous les entrepreneurs intéressés, c'est l'organisme public qui fait en quelque sorte les premiers pas et qui sélectionne un minimum de deux entrepreneurs à qui il envoie les documents d'appel d'offres. Ces entrepreneurs ont ensuite la liberté de préparer et de déposer ou non une soumission en réponse à cette invitation.

**28.** Par ailleurs, les règles de forme applicables aux contrats conclus par appel d'offres public en vertu des règlements d'application de la *Loi sur les contrats des organismes publics* ne s'appliquent pas aux appels d'offres sur invitation<sup>29</sup>. Une conséquence est que l'organisme public n'a pas à prévoir dans ses documents d'appel d'offres que le contrat sera octroyé au plus bas soumissionnaire. Il participe toutefois de la définition d'un appel d'offres que le contrat ne soit octroyé qu'à un soumissionnaire conforme, à défaut de quoi l'organisme

28. *Ibid.*, p. 8.

29. Une exception à ceci est prévue à 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* (C.T. 208289, 20 octobre 2009, R.P.G. 10-01-02-16).

public contreviendra à son contrat<sup>30</sup>. Comme l'objectif d'une procédure d'appel d'offres est malgré tout d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix, l'organisme public devra être en mesure de justifier sa décision de ne pas inclure cette exigence dans les documents d'appel d'offres. Cette absence de formalisme réglementaire pourrait permettre aux organismes publics de conclure des contrats davantage sur la base du consensualisme, par exemple à l'aide d'appels d'offres verbaux ou par téléphone<sup>31</sup>.

**29.** Il est logique de croire que ce relâchement du formalisme exigé des organismes publics entraîne une réduction corrélative du risque de réclamations par les soumissionnaires, puisque cette absence d'encadrement élargit d'autant le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'organisme public dans la détermination des exigences de l'appel d'offres. Ainsi, l'organisme public dispose d'une large discrétion non seulement pour le contenu des documents d'appel d'offres, mais également pour le choix du nombre et de l'identité des concurrents<sup>32</sup>. À ce sujet, en vertu de l'article 14, al. 1, par. 3, l'organisme public devra évaluer la possibilité d'effectuer une rotation parmi les concurrents et ne pourra probablement pas, en conséquence, convoquer continuellement les deux mêmes concurrents à ses appels d'offres.

**30.** Ce mode d'adjudication a l'avantage d'accorder une plus grande liberté contractuelle à l'organisme public, puisque celui-ci conserve un certain contrôle sur le choix de son cocontractant.

### **3- L'attribution de gré à gré**

**31.** Ce mode instinctif et familier d'attribution de contrats permet à l'organisme de conclure le contrat avec l'entreprise de son choix, tout comme n'importe quelle personne en vertu des règles de droit privé, quoique les règles générales de droit public identifiées en première partie continuent de s'appliquer peu importe le mode d'adjudication

30. *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

31. Une possibilité analogue était prévue par l'ancien *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des ministères et organismes publics*, Décret, (1993) 125 G.O. II 6199, art. 23 ; cet article prévoyait qu'un « relevé écrit des gestes posés et des faits accomplis doit cependant être conservé ».

32. Les organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux sont assujettis à certaines règles plus particulières en vertu des articles 25 à 35 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 (2012), en ligne : <<http://www.mssss.gouv.qc.ca>>.



ou d'attribution retenu (par exemple, un organisme public ne pourrait décider de conclure un contrat qui échappe à sa compétence).

**32.** Contrairement aux autres modes d'adjudication identifiés dans les sections précédentes, l'attribution d'un contrat selon ce mode sera fort probablement précédée d'une période de négociation et de diverses communications entre l'organisme public et l'entrepreneur, ce qui implique que l'organisme public doit être prudent et s'assurer du respect des obligations concernant les lobbyistes<sup>33</sup>.

**33.** L'attribution de gré à gré est peu encadrée au niveau de la forme et présente une facilité intuitive d'administration. Il s'agit du mode pour lequel il y a le moins de contraintes administratives en matière de temps et d'argent.

**34.** Aussi tentant puisse être ce mode d'attribution, un organisme public qui y a recours devra être en mesure de justifier son utilisation, notamment en fonction des facteurs qui sont identifiés dans les sections suivantes. En effet, l'utilisation systématique ou répétée de ce mode d'attribution peut être malsaine ; l'abus de cette procédure peut même redéfinir certains marchés<sup>34</sup>.

**35.** Outre sa facilité d'utilisation, ce mode a l'avantage d'être pratiquement libre de risque de contestation, si ce n'est de la rare possibilité d'une contestation au niveau de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Même dans ce dernier cas, l'organisme public ne pourrait vraisemblablement pas être contraint de verser des dommages à un entrepreneur particulier et verrait simplement sa décision annulée. Il existe cependant un risque de contrôle politique ou de vérifications financières, par exemple par le Vérificateur général.

**36.** L'attribution de gré à gré permet également de bénéficier pleinement des aptitudes d'un fin négociateur, avantage qui s'exacerbe en présence d'un contrat comportant des éléments techniques difficiles à

---

33. En général, l'entrepreneur devra être inscrit au registre des lobbyistes : *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, L.R.Q., c. T-11.011.

34. On peut citer le cas des contrats pour le transport scolaire, où en 10 ans d'octroi exclusif de gré à gré les 10 principaux transporteurs détenaient plus de 35 % des véhicules. Or, certains transporteurs présentaient un risque financier. QUÉBEC, VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL, Rapport à l'Assemblée nationale pour l'année 2010-2011, t. 2, « Chapitre 4 : Transport scolaire », Québec, Publications du Québec, 2011, p. 4.3.



exprimer dans les documents d'appel d'offres<sup>35</sup>. Une bonne période de négociations pourrait en outre permettre à un vendeur avenant de travailler avec l'organisme public en amont du processus contractuel de manière à l'aider à cerner ses besoins, par exemple en suggérant des solutions technologiques appropriées dont l'organisme public n'a pas nécessairement conscience. Inversement, le recours systématique au même cocontractant prive l'organisme public des solutions innovatrices et des conseils des concurrents de ce cocontractant.

**37.** L'octroi de gré à gré a l'inconvénient de priver l'organisme public des bénéfices du jeu de la concurrence (contrairement aux différents types d'appel d'offres).

**38.** Finalement, il n'est pas exclu par l'article 14 qu'un organisme public ait recours à un mode d'adjudication ou d'attribution autre qu'un des trois modes décrits ci-dessus. Il existe, par exemple, « l'enchère inversée à la chandelle », utilisée par les pays de l'Union Européenne<sup>36</sup>, où les entrepreneurs peuvent soumissionner à plusieurs reprises, en présence de leurs compétiteurs. Ce mode semble particulièrement approprié pour certains petits contrats qui ne nécessitent pas d'efforts marqués par les entrepreneurs afin de préparer une soumission.

## **B- Les facteurs de choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution**

**39.** La *Loi sur les contrats des organismes publics*, particulièrement les articles 2 et 14, prévoit que les organismes publics doivent assurer la saine gestion du contrat. Ceci implique que les organismes publics ont le devoir de sélectionner un mode d'adjudication « efficace et efficient », donc approprié, en fonction des circonstances propres au contrat projeté.

**40.** L'article 10 de la loi impose le recours à l'appel d'offres public pour tous les contrats supérieurs à un certain seuil ; elle impose la présomption irréfutable que ce mode d'adjudication est le plus approprié pour ces contrats. Elle n'impose toutefois aucune telle

35. L'article de G. HOLMES, *supra*, note 27, contient une étude de cas aux pages 11-15 où la négociation a permis d'obtenir de meilleures conditions pour les deux parties qu'un appel à la concurrence.

36. Voir Moshe E. SHALEV et Stee ASBJORENSEN, « Electronic Reverse Auctions and the Public Sector : Factors of Success », (2010) 3 *Journal of Public Procurement* 428.

présomption aux petits contrats et les organismes publics sont libres de prendre, à leur égard, leur propre décision. Au contraire, elle laisse aux organismes publics le fardeau de déterminer le mode d'adjudication ou d'attribution approprié.

**41.** Il existe plusieurs manières d'exercer ce choix. Il est possible de se référer aux règles applicables aux organismes municipaux, où le seul facteur pertinent est le montant de la dépense à encourir par l'organisme et où les contrats comportant une dépense inférieure à 25 000 \$ ne sont sujets à aucune règle de forme et ceux comportant une dépense supérieure à 25 000 \$, mais inférieure au seuil d'appel d'offres public (normalement 100 000 \$), sont soumis à la procédure d'appel d'offres sur invitation. Certains organismes y verront plutôt la possibilité de conclure tous les contrats inférieurs au seuil d'appel d'offres public de gré à gré.

**42.** L'approche suggérée par cet article est que l'organisme public doit plutôt tenir compte de tous les facteurs pertinents au choix du mode d'attribution, afin d'assurer la saine gestion du contrat.

**43.** Les facteurs en question sont divisés en deux axes. Le premier axe s'intéresse à l'économie espérée en fonction du mode retenu : cet axe tient compte tant du montant de la dépense que de l'amplitude de la concurrence et autres éléments qui peuvent influencer sur l'aspect économique du contrat. L'autre axe s'intéresse aux objectifs non liés au prix, incluant la promotion des entreprises locales, le développement durable et les autres politiques sociales. Deux autres facteurs doivent ensuite être pris en compte : le recours à de nouveaux concurrents comme imposé par l'article 14 de la loi, et la nature spécifique du contrat.

### ***1- L'économie espérée***

**44.** Le souci d'obtenir le meilleur produit au meilleur coût est sans doute l'une des pierres d'assise de la saine gestion des marchés publics. Le calcul de cette économie espérée se fait à partir de différentes données : la valeur estimée du marché, l'amplitude de la concurrence et les frais et délais.

**45.** La valeur estimée du marché est le facteur traditionnel en fonction duquel le mode d'adjudication ou d'attribution est déterminé. Il s'agit effectivement d'une considération pertinente, quoiqu'il ne

s'agisse pas d'un facteur déterminant en soi. Puisque le seuil d'appel d'offres public se situe habituellement à 100 000 \$, la valeur du contrat sera de 0,01 \$ à 99 999,99 \$. À mesure que la valeur estimée du marché augmente, l'organisme public sera tenu d'avoir recours à un mode d'adjudication de plus en plus exigeant, en fonction des autres facteurs déterminants de l'économie espérée.

**46.** L'amplitude de la concurrence est en quelque sorte un multiplicateur du facteur précédent. Ce facteur permet de déterminer l'impact que pourrait avoir un éventuel appel à la concurrence. Il ne fait aucun doute qu'un nombre élevé de soumissionnaires garantit un prix plus bas. Ainsi, une étude théorique (utilisant des données factices) suggérerait que le montant de la dépense varie en fonction du nombre de soumissionnaires de la façon suivante<sup>37</sup> :

Nombre de concurrents	Prix payé par l'organisme public
1	Limite budgétaire
2	35 600 000 \$
3	17 800 000 \$
4	15 000 000 \$
5	14 300 000 \$

**47.** L'amplitude de la concurrence pour un produit donné varie en fonction de la définition exprimée des besoins de l'organisme public ; par exemple, un contrat projeté pour « des ordinateurs » suscitera davantage de concurrence qu'un contrat pour des ordinateurs d'une marque précise ou incluant un système d'exploitation précis ou des logiciels particuliers<sup>38</sup>. Il a en effet été constaté qu'un nombre élevé de concurrents réduit les risques de collusion entre entrepreneurs et protège l'organisme public contre les soumissions gonflées<sup>39</sup>.

37. Jeffrey M. KEISLER et William A. BUEHRING, « How Many Vendors Does it Take to Screw Down a Price ? A Primer on Competition », (2005) 3 *Journal of Public Procurement* 291, 307.

38. Voir à ce sujet QUÉBEC, SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Bulletin d'interprétation des marchés publics (BIMP)*, RCTC 5-1 « Spécification de matériaux ou de systèmes de construction dans les documents d'appel d'offres », (28 octobre 2010).

39. Pier Angelo MORI et Nicola DONI, « The Economics of Procurement Contract Awarding : Problems and Solutions in Theory and Practice », (2010) 10 *Journal of Public Procurement* 93, 114.

**48.** Finalement, l'organisme public devra tenir compte des frais et des délais afférents au recours à l'un ou à l'autre des modes d'adjudication, tenant pour acquis que ces frais et ces délais croissent en fonction des exigences administratives de chacun de ces modes. Ces frais et ces délais incluent le salaire des fonctionnaires et de toute autre personne responsable de travailler sur ce contrat, ainsi que le délai entre la naissance du besoin chez l'organisme public et la conclusion d'un contrat. Les risques de contestation de l'octroi doivent également être calculés à cette étape.

## ***2- Les objectifs non liés au prix***

**49.** Parfois la conclusion d'un contrat vise tant l'obtention du meilleur service au meilleur coût que l'atteinte d'autres objectifs sociaux ou environnementaux. On peut penser ici notamment à la promotion du marché intérieur ainsi qu'aux objectifs de développement durable.

**50.** En effet, tel qu'il a été démontré en première partie, la promotion du marché intérieur est l'une des préoccupations de la *Loi sur les marchés publics*. Il s'agit d'un facteur tout à fait légitime justifiant le recours à un mode d'adjudication plutôt qu'à un autre ; on peut penser à une situation où une seule entreprise québécoise serait en mesure d'offrir un produit ou un service particulier. Par ailleurs, la conclusion d'un contrat avec des entrepreneurs locaux offre divers avantages outre la protection du marché intérieur, comme la réduction des coûts de transport (et ainsi la réduction de l'empreinte de carbone du Québec) et l'augmentation de la durée de vie de certains produits périssables.

**51.** De plus, la protection de l'environnement est un objectif réputé légitime en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics*<sup>40</sup>. Si des exigences contractuelles réduisent « indûment » la concurrence en fonction de tels critères, une marge préférentielle d'au plus 10 % pourra être octroyée aux entrepreneurs proposant des solutions conformes à ces exigences<sup>41</sup>.

---

40. Art. 2, al. 1, par. 3.

41. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, supra, note 22, art. 37 ; *Règlement sur les contrats de service des organismes publics*, supra, note 22, art. 50 ; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, supra, note 22, art. 40.

### **3- *Le recours à de nouveaux concurrents***

**52.** Puisqu'il s'agit d'un des critères exprimés explicitement à l'article 14 de la loi, la manière dont l'organisme public a octroyé ses contrats par le passé constituera certainement un facteur pertinent dans le choix d'un mode d'adjudication. Il s'agit d'une règle légitime visant à assainir les relations entre l'organisme public et ses cocontractants, et à renforcer la confiance des cocontractants potentiels envers l'ouverture des organismes publics. Le fait de faire appel à de nouveaux cocontractants peut d'ailleurs occasionner certaines (bonnes) surprises à l'organisme public, tant au niveau du prix que de la qualité, ainsi que par l'apport d'idées et de solutions originales.

### **4- *La nature du contrat***

**53.** La nature d'un contrat peut être déterminante dans le choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution. Il est impossible de recenser ici toutes les conséquences possibles de la nature du contrat, mais citons par exemple :

- a. la complexité du contrat, lorsque cette complexité implique la consultation de divers professionnels et a ainsi un impact sur les frais administratifs afférents au contrat ;
- b. la durée de vie du contrat (par exemple, lorsque des services continus doivent être offerts), puisqu'un contrat d'une longue durée implique que l'organisme public devra faire affaire avec un entrepreneur en qui il a confiance ;
- c. la rapidité désirée d'exécution, puisqu'encore une fois la réputation des entrepreneurs pourrait ici avoir une valeur particulière ;
- d. l'importance accordée à la qualité de l'exécution ;
- e. la nature du produit ou du service faisant l'objet du contrat<sup>42</sup>.

### **C- La détermination d'un mode d'adjudication ou d'attribution**

**54.** Les modes d'adjudication possibles ainsi que les facteurs de sélection pertinents ayant été identifiés, il est désormais possible de

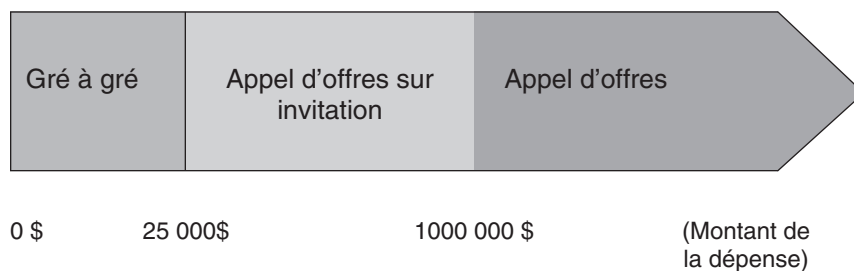
---

42. Divers règlements imposent des conditions particulières en fonction de la nature particulière du contrat.

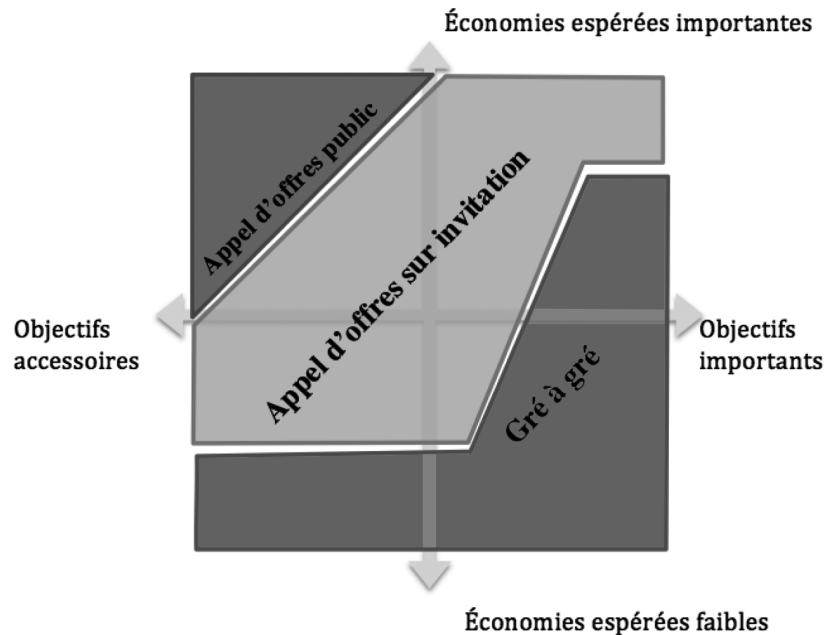
suggérer une méthode de sélection d'un mode d'adjudication ou d'attribution en fonction des circonstances propres à chaque contrat. À titre de rappel, les exigences de l'article 14 ne sont pas particulièrement difficiles à respecter pour les organismes publics : ceux-ci doivent 1) respecter les principes de la loi, et 2) évaluer les diverses possibilités énumérées à l'article 14. Il ne faut pas non plus oublier que la loi considère que l'organisme public adjudicateur du contrat est le mieux placé pour apprécier toutes les circonstances appropriées.

**55.** Partant de ces prémisses, la méthode suggérée de sélection d'un mode d'adjudication ci-dessous n'accorde à aucun mode le statut « par défaut ». Elle invite plutôt les organismes publics à tenir compte des avantages et des inconvénients inhérents à chaque mode (dont il était question à la section précédente), puis à exercer leur pouvoir discrétionnaire prudemment en justifiant leur choix en fonction de la manière dont ces avantages et ces inconvénients peuvent mieux servir la saine gestion du contrat.

**56.** La méthode de sélection d'un choix peut être résumée efficacement à l'aide d'illustrations comparatives. Ainsi, la méthode « traditionnelle » de sélection d'un mode d'adjudication pourrait être illustrée comme suit. Il s'agit d'une méthode unidimensionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne tient compte que d'un seul critère objectif, soit le montant de la dépense.



57. Tandis que la méthode suggérée est illustrée ainsi :



58. Cette méthode diffère de la précédente en deux aspects. Premièrement, le critère objectif du « montant de la dépense » est retravaillé pour représenter un facteur plus subjectif de « l'économie espérée » décrite au chapitre précédent. L'organisme public est responsable de la détermination de l'importance des économies espérées. Deuxièmement, le second facteur des « objectifs non liés au prix » est ajouté à l'équation et peut avoir un impact sur la détermination du mode approprié de différents contrats comportant une même dépense. Les diverses considérations de cette méthode suggérée sont exposées ci-dessous.

**1- Une carte d'achat pour les « mini-contrats »**

59. Bien que les montants exacts n'aient pas fait l'objet d'une étude détaillée, il est raisonnable de présumer que le recours aux modes d'adjudication faisant appel à la concurrence (appel d'offres public ou sur invitation) comportent certains coûts fixes (préparation des documents, administration de la procédure, etc.) et variables (complexité du projet, honoraires professionnels, etc.). En conséquence, on peut

considérer que l'octroi de tous les contrats dont l'économie espérée est inférieure à ces coûts devrait se faire de gré à gré afin d'éviter ces dépenses.

**60.** À ce sujet, le législateur étasunien a autorisé la « carte d'achat » comme mode d'attribution pour les contrats comportant une dépense inférieure à 2 500 \$. Cette carte, remise à certains administrateurs triés sur le volet, permet d'accélérer grandement la vitesse de conclusion des contrats ainsi que de réduire les coûts d'administration de leur octroi<sup>43</sup>.

### ***2- L'atteinte d'objectifs non économiques par les contrats de gré à gré***

**61.** Le mode d'attribution de gré à gré devrait être privilégié dans deux ensembles de circonstances. Comme démontré ci-dessus, il s'agit du mode optimal lorsque les économies espérées sont extrêmement faibles, c'est-à-dire lorsque le montant de la dépense est bas et que la concurrence estimée est peu importante. De plus, ce mode d'attribution devrait être privilégié lorsque les objectifs non liés au prix sont plus importants que l'économie espérée, par exemple lorsqu'il existe un seul entrepreneur québécois en mesure de conclure le contrat.

### ***3- Le compromis entre économie, efficacité et objectifs non économiques par l'appel d'offres sur invitation***

**62.** L'appel d'offres sur invitation constitue, comme le titre de cette section l'indique, un compromis entre le contrat de gré à gré et l'appel généralisé à la concurrence que représente l'appel d'offres public. Il s'agit du mode à privilégier lorsque l'organisme public estime que les deux facteurs déterminants – l'économie espérée et les objectifs non économiques – sont modérés, ou encore lorsque l'organisme public manque d'information quant à l'économie espérée<sup>44</sup>. Il s'agit égale-

---

43. Pour plus d'information sur les impacts de ce programme, voir Jeff P. MACHARG, « Doing More with Less – Continued Expansion of the Government Purchase Card Program by Increasing the Micropurchase Threshold : A Response to Recent Articles Criticizing the Government Purchase Card Program », (2002) 31 *Public Contract Law Journal* 293 ; Mahendra GUPTA et Richard J. PALMER, « A Brief History and Review of Purchasing Card Use by the U.S. Government: 1990-2005 », (2008) 17 *Journal of Public Procurement* 174.

44. J.M. KEISLER et W.A. BUEHRING, *supra*, note 37, p. 298. Cette étude se place dans un contexte où un organisme public tentait de créer un marché pour satis-



ment du mode approprié lorsque l'organisme public désire accorder une grande importance aux objectifs non économiques, mais considère qu'il pourrait réaliser d'importantes économies en faisant appel à la concurrence.

**63.** À noter qu'il est idéal de convier au moins trois soumissionnaires à un tel appel d'offres puisqu'il semble s'agir d'un nombre optimal afin de réduire le prix du contrat pour l'organisme public<sup>45</sup>.

#### **4- La maximisation des économies par l'appel d'offres public**

**64.** L'appel d'offres public est la procédure toute désignée lorsque, comme c'est le cas pour les contrats comportant une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public, l'organisme public estime que les objectifs non liés au prix sont de peu d'importance et que des économies importantes sont espérées en ayant recours à la concurrence.

**65.** Une fois ce mode d'adjudication déterminé, l'organisme public a une discrétion supplémentaire pour circonscrire le territoire visé par l'appel d'offres – rien dans la loi ou dans les règlements n'indique que ce territoire doit viser le Québec en entier<sup>46</sup>. L'organisme public a pleine discrétion pour déterminer cette région, mais, comme pour la détermination du mode d'adjudication ou d'attribution du contrat, il devra conserver des traces des motifs à la base de sa décision. Il devra également être prudent afin de ne pas restreindre indûment la concurrence.

**66.** Finalement, rien n'empêche l'organisme public d'insérer des clauses préférentielles dans ses documents d'appel d'offres. De telles clauses peuvent avoir pour effet d'accorder une préférence, par exemple en considérant que le prix soumis est 10 % plus bas, aux entrepreneurs remplissant certaines conditions, comme le fait de respecter certaines normes environnementales ou de qualité ISO, ou au profit d'entrepreneurs qui s'engagent à privilégier l'embauche de

---

faire un besoin en produits ou en services qui ne seraient pas ou peu étendus au public en général.

45. J.M. KEISLER et W.A. BUEHRING, *supra*, note 37, p. 307.

46. L'ancien *Règlement concernant les demandes de soumissions et l'adjudication des contrats pour des travaux publics*, A.C. 2372 du 20 décembre 1960, (1961) 93 G.O. 138 comportait une méthode intéressante, fondée sur le prix, pour déterminer l'ampleur de la région visée.

travailleurs provenant de minorités visibles. À noter toutefois que cette stratégie a pour effet d'augmenter les prix soumis<sup>47</sup>.

### **5- Les situations exceptionnelles**

**67.** Le modèle présenté ne couvre évidemment pas toutes les circonstances possibles. Ainsi, bien que les situations d'exceptions énumérées à l'article 13 de la loi ne s'appliquent pas directement aux petits contrats, les motifs justifiant ces exceptions peuvent être transposés au choix de leur mode d'adjudication. Les situations prévues au premier (l'urgence) et au deuxième (l'exclusivité du produit) alinéas de l'article 13 s'harmonisent déjà au modèle proposé ; ce sont les deux autres alinéas (question de nature confidentielle et l'intérêt public) qui constituent de véritables exceptions et qui justifient le recours à l'attribution de contrats de gré à gré malgré le mode indiqué par le jeu des deux facteurs pertinents.

## **CONCLUSION**

**68.** La discrétion quant au choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution qu'octroie la loi aux dirigeants d'organismes publics insufflé un intérêt nouveau pour l'étude des petits contrats. Compte tenu de cette discrétion, la saine gestion des petits contrats publics exige que l'organisme public étudie les circonstances propres à chaque contrat et exerce cette discrétion dans chaque cas, plutôt que de se référer à un seuil informel de 25 000 \$ au-delà duquel il aurait recours à l'appel d'offres sur invitation.

**69.** Le modèle présenté ci-dessus encourage les organismes publics à tenir compte non seulement du montant de la dépense de l'économie espérée globale propre aux circonstances de chaque contrat, mais il requiert ensuite que soient évalués les objectifs non économiques promus par l'organisme public. Cette démarche permet une évaluation nuancée de toutes les circonstances que l'organisme public est tenu de prendre en considération, en vertu tant des règles de droit civil que de droit public qui lui sont propres.

**70.** Cette démarche sera peut-être un jour applicable aux organismes municipaux si le jour vient où l'Assemblée nationale adopte un code

---

47. Tara D. NUSSMANN, *Efficiency and Equity Considerations in Procurement Auctions*, Thèse de doctorat, Département d'économie, Université de Caroline du Sud, 1998, [non publiée], 207 pages, p. 148.

des marchés publics ou une loi sur l'octroi des contrats municipaux. Par ailleurs, il pourrait être intéressant de compléter cette recherche avec des travaux en science économique afin de fixer des valeurs numériques aux facteurs identifiés dans l'étude.

