

## Décision concernant deux processus contractuels du ministère du Tourisme identifiés au SEAO sous les numéros 1585661 et 1626152

**No de la décision** : 2023-03

**Loi habilitante** : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A -33.2.1, 29, 31, 35, 53, 55

La présente décision de l'Autorité des marchés publics (« AMP ») combine les décisions qu'elle rend quant à deux processus contractuels du ministère du Tourisme (« MTO »), dont les examens se sont déroulés de manière presque entièrement concomitante. L'AMP est intervenue, car le MTO n'apparaissait pas agir en conformité avec le cadre normatif lui étant applicable pour chacun de ces deux processus contractuels.

### Processus identifiés au SEAO sous le numéro 1585661

#### 1.1 Aperçu

Le 30 mars 2022, le MTO a publié un appel d'offres public afin de conclure un contrat de services professionnels pour le développement de l'écosystème *Bonjour Québec*. Au terme de ce processus d'adjudication, le contrat a été conclu en date du 21 juin 2022 avec le soumissionnaire retenu pour un montant de 1 948 800 \$. Ce contrat, d'une durée prévue de 24 mois, est en cours d'exécution en date des présentes.

Dans le cadre de ses activités, l'AMP s'est penchée sur différents contrats de services comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement et pour lesquels le contractant n'apparaissait pas détenir d'autorisation de contracter de l'AMP (l'« Autorisation ») alors que celle-ci était requise. C'est dans ce contexte que l'AMP a entamé l'examen du processus contractuel du MTO.

Le MTO a soutenu qu'il octroie peu de contrats dont la valeur excède le seuil où l'Autorisation est requise, que ses documents d'appel d'offres auraient dû prévoir une clause relative à l'Autorisation et que s'il avait su, il en aurait été autrement de cet appel d'offres. Quelques jours après avoir rencontré les enquêteurs de l'AMP, la responsable de l'application des règles contractuelles (« RARC ») du MTO a ajouté que la section « Conditions et critères d'admissibilité » de l'appel d'offres ne spécifiait pas l'exigence de détenir une Autorisation au moment de soumissionner.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que le MTO a contrevenu au cadre normatif auquel il est assujéti en adjugeant le contrat à une entreprise qui ne détenait pas son Autorisation à ce moment.

Il importe de préciser que, puisque l'appel d'offres ayant mené à la conclusion du contrat visé par les vérifications de l'AMP a été publié en date du 30 mars 2022, les dispositions de la *Loi sur les contrats des organismes publics*<sup>1</sup> (la « LCOP ») qui trouvent application en l'espèce sont celles qui étaient en vigueur en date de la publication de l'avis d'appel d'offres<sup>2</sup>.

## 1.2 Question en litige

La question sur laquelle l'AMP doit se prononcer est la suivante :

1. Le contrat de service entre le MTO et l'adjudicataire entraîne-t-il l'obligation pour ce dernier de détenir une Autorisation selon les dispositions des articles 21.17 et suivants de la LCOP ?

## 1.3 Analyse

Le MTO est un organisme public au sens de l'article 4 (1°) de la LCOP. Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le MTO est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent. Dans le cadre du présent dossier, il est également tenu de respecter le contenu des documents d'appel d'offres qu'il édicte et des documents contractuels auxquels il se soumet.

### 1.3.1. Le contrat de services entre le MTO et l'adjudicataire entraîne-t-il l'obligation pour ce dernier de détenir une Autorisation selon les dispositions des articles 21.17 et suivants de la LCOP ?

Le contrat de service conclu entre le MTO et l'adjudicataire au terme de la procédure d'appel d'offres entraîne l'obligation pour celui-ci de détenir une Autorisation selon les dispositions des articles 21.17 et suivants de la LCOP. En adjugeant le contrat à une entreprise qui ne détenait pas son Autorisation au moment du dépôt de sa soumission, le MTO a contrevenu au cadre normatif auquel il est assujéti.

L'article 21.17 de la LCOP édicte la règle selon laquelle toute entreprise qui souhaite conclure un contrat ou un sous-contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement, en fonction de la catégorie de contrat, doit détenir une Autorisation émise par l'AMP. Ce régime a pour objet de vérifier, en amont, qu'une entreprise souhaitant contracter ou sous-contracter avec l'État satisfait

---

<sup>1</sup> RLRQ, c. C -65.1.

<sup>2</sup> Plusieurs dispositions de la LCOP ont été modifiées par la *Loi visant principalement à promouvoir l'achat québécois et responsable par les organismes publics, à renforcer le régime d'intégrité des entreprises et à accroître les pouvoirs de l'Autorité des marchés publics*, LQ 2022, c. 18, en date du 2 juin 2022, dont celles relatives à l'Autorisation et dont il est question dans la présente décision. Ce sont de ces versions antérieures des dispositions relatives à l'Autorisation dont il sera question ci-après.

aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat ou à un sous-contrat public.

Par ailleurs, l'article 21.18 de la LCOP édicte le moment auquel une entreprise doit être autorisée. Ainsi, l'entreprise doit être autorisée soit à la date du dépôt de sa soumission si l'appel d'offres ne prévoit pas une date différente antérieure à celle de la conclusion du contrat ou, au plus tard, à la date de conclusion du contrat ou du sous-contrat. L'Autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du sous-contrat.

La LCOP est une loi d'ordre public et les règles relatives à l'autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public sont impératives. Plus particulièrement, les tribunaux ont précisé que la règle établissant l'obligation pour l'entreprise de posséder une Autorisation lorsque la dépense associée au contrat envisagé est égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement est une règle d'ordre public<sup>3</sup>. Rappelons que les articles 1416 et 1417 du Code civil du Québec prévoient la nullité absolue d'un contrat qui n'est pas conforme aux conditions de formation qui s'imposent pour protéger l'intérêt général.

Finalement, il revient aux organismes publics d'assurer le respect du régime d'autorisation de contracter avec l'État prévu à la LCOP. Les organismes publics ne peuvent avoir un rôle passif : ils sont des acteurs clés dans l'intégrité des marchés publics. La détention d'une Autorisation est d'ailleurs une condition d'admissibilité impérative à laquelle les organismes publics ne peuvent déroger, à moins d'une permission spécifique à l'effet contraire.

Selon les renseignements apparaissant au SEAO et l'analyse des documents obtenus dans le cadre des vérifications effectuées, le contrat adjudgé a été qualifié par le MTO de contrat de services professionnels. Ce contrat prévoit une dépense totale estimée de 1 948 800 \$. Compte tenu du Décret 435-2015<sup>4</sup> prescrivant le seuil de 1 000 000 \$ applicable aux contrats de cette nature, le contrat octroyé par le MTO est assujéti à l'obligation de l'entreprise de détenir une Autorisation. L'article 21.18 de la LCOP prévoit que l'Autorisation devait être détenue par l'entreprise au moment du dépôt de sa soumission, puisque les documents d'appel d'offres du MTO ne prévoyaient pas une date différente.

Les vérifications de l'AMP révèlent que l'adjudicataire ne détenait pas l'Autorisation requise au moment du dépôt de sa soumission ni au moment de la conclusion du contrat. En effet, l'adjudicataire a déposé une demande d'Autorisation le 22 juillet 2022 et a obtenu son autorisation le 15 décembre 2022, alors que la fermeture de l'appel d'offres a eu lieu le 25 avril 2022 et que le contrat a été conclu le 21 juin 2022 pour une durée de 24 mois. Comme le confirme le MTO, aucune permission du Conseil du trésor n'a été obtenue afin

---

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

<sup>4</sup> (2015) 147 G.O.Q. II, 1627.

d'autoriser la conclusion du contrat, malgré le fait que l'adjudicataire ne détenait pas son Autorisation<sup>5</sup>.

Dans le cadre des démarches réalisées par l'AMP, la RARC du MTO a été rencontrée. Celle-ci a indiqué que le MTO n'octroie pas beaucoup de contrats pour lesquels l'Autorisation est requise, que les documents d'appel d'offres auraient dû prévoir une clause relative à l'Autorisation et que s'ils avaient su, il en aurait été autrement dans cet appel d'offres. Lorsqu'informée de la présence de clauses dans les documents d'appel d'offres, prévoyant que le prestataire de services devait, à titre de condition d'admissibilité, posséder les autorisations nécessaires<sup>6</sup>, puis maintenir son Autorisation dans le contrat à intervenir<sup>7</sup>, elle s'est dite surprise, puisqu'elle croyait que l'exigence de l'Autorisation n'y figurait pas. Quelques jours après la rencontre avec les enquêteurs, elle a réitéré, par courriel, que la section « Conditions et critères d'admissibilité » des documents d'appel d'offres n'imposait pas aux soumissionnaires de déposer leur Autorisation avec la soumission<sup>8</sup>.

L'AMP constate que la clause 3.7 « *Conditions d'admissibilité des prestataires de services* » des documents d'appel d'offres du MTO prévoit l'obligation pour le prestataire de services retenu de détenir les autorisations nécessaires à la réalisation du contrat, sans quoi il doit être déclaré inadmissible<sup>9</sup>. Bien que le MTO soutienne que l'exigence de détenir une Autorisation en temps opportun n'est pas expressément spécifiée aux documents d'appel d'offres, le libellé de la clause 3.7 comprend cette obligation. Dans tous les cas, l'obligation de détenir une Autorisation, lorsqu'applicable, constitue une exigence impérative à laquelle les organismes publics ne peuvent déroger en l'absence d'autorisation expresse à l'effet contraire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Un organisme public ne peut ainsi se dégager de cette obligation en omettant de la prévoir à ses documents d'appel d'offres.

Afin d'éviter toute ambiguïté, l'AMP est d'avis que les organismes publics devraient prévoir des dispositions non équivoques dans leurs documents d'appel d'offres quant à l'exigence de détenir une Autorisation lorsque requise et quant au moment où celle-ci doit l'être.

Par ailleurs, dans le cadre des vérifications réalisées, l'AMP a constaté que le projet de contrat aux documents d'appel d'offres du MTO reprenait l'obligation du prestataire de services, prévue à l'article 21.18 de la LCOP, de maintenir son Autorisation pendant toute

---

<sup>5</sup> Art. 25.0.3 LCOP.

<sup>6</sup> Documents d'appel d'offres – Cahier de consultation des entreprises, clause 3.7.

<sup>7</sup> Documents d'appel d'offres – Cahier de consultation des entreprises, clause 7.6 du projet de contrat.

<sup>8</sup> Il appert que la section à laquelle réfère la RARC dans son courriel est celle relative à la clause 6.3 « *Documents à joindre à la soumission* ».

<sup>9</sup> Documents d'appel d'offres – Cahier de consultation des entreprises, clause 3.7 :

« 3.7. CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ DES PRESTATAIRES DE SERVICES

Le défaut d'un prestataire de services de respecter l'une ou l'autre des conditions ci-dessous décrites le rend inadmissible, et sa soumission ne peut être considérée.

1° Le prestataire de services doit posséder les qualifications, les autorisations, les permis, les licences, les enregistrements, les certificats, les accréditations et les attestations nécessaires;

[...] » (L'AMP souligne).

la durée du contrat<sup>10</sup>. Cette obligation a par ailleurs été reprise dans le contrat signé par les parties<sup>11</sup>. Tel que précédemment mentionné, le prestataire de services n'a obtenu son Autorisation que le 15 décembre 2022, alors que l'exécution du contrat a débuté le 21 juin 2022.

Il appert toutefois de la preuve recueillie que le MTO ne savait pas qu'une telle clause apparaissait à ses documents d'appel d'offres, alors qu'elle a pourtant été reprise au contrat. Le MTO a indiqué avoir utilisé les gabarits du Secrétariat du Conseil du trésor (« SCT ») pour le présent processus contractuel, puisqu'il n'octroie pas beaucoup de contrats.

L'AMP est d'avis que cela ne saurait dégager le MTO, dans le cadre de ses processus contractuels, de connaître, comprendre et appliquer le contenu de ses documents d'appel d'offres et des contrats qu'il signe, particulièrement lorsque les clauses en question reprennent des obligations émanant initialement de la LCOP. L'obligation pour le prestataire de services de maintenir l'Autorisation prévue au contrat présuppose nécessairement une détention préalable de celle-ci. L'AMP considère alors qu'avant de conclure le contrat, le MTO aurait dû réaliser qu'une vérification relative à l'Autorisation du prestataire de services retenu aurait été requise.

Le MTO aurait dû valider le respect de la condition de détention de l'Autorisation, laquelle est impérative, lors de l'évaluation de l'admissibilité des soumissionnaires avant d'adjuger le contrat au prestataire de services retenu, ce qu'il admet ne pas avoir fait. En adjugeant le contrat à une entreprise ne détenant pas son Autorisation au moment de déposer sa soumission, le MTO a contrevenu au cadre normatif auquel il est assujéti.

Au surplus, dans le cadre des vérifications qu'elle a réalisées, l'AMP a notamment obtenu copie des *Lignes internes de conduite concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction du ministère du Tourisme*<sup>12</sup> (les « Lignes internes »). L'AMP constate que celles-ci prévoient, en annexe, un aide-mémoire sur la gestion contractuelle comportant une section relative à l'Autorisation de contracter de l'AMP qui permet d'évaluer les situations où l'Autorisation est requise et, le cas échéant, à quel moment elle doit être détenue<sup>13</sup>. Ainsi, les outils permettant au MTO de se conformer au cadre normatif au moment de la publication de l'appel d'offres étaient disponibles et les manquements au cadre normatif ci-devant constatés auraient pu être évités si ces outils avaient été consultés en temps opportun.

---

<sup>10</sup> Documents d'appel d'offres – Cahier de consultation des entreprises, clause 7.6 du projet de contrat.

<sup>11</sup> Contrat de services professionnels pour le développement de l'écosystème Bonjour Québec du 21 juin 2022, clause 1.6.

<sup>12</sup> Adoptées en vertu de l'article 24 de la *Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction*.

<sup>13</sup> Les Lignes internes ayant été mises à jour en février 2022, les informations relatives à l'Autorisation apparaissant à l'aide-mémoire tiennent compte des dispositions qui étaient en vigueur à ce moment. Ces

## **Processus identifiés au SEAO sous le numéro 1626152**

### **2.1 Aperçu**

Le 23 août 2022, le MTO a conclu un contrat visant le renouvellement et l'acquisition de licences, lesquelles lui permettent, notamment, d'avoir accès à des données sur le tourisme. Tel que le précise la publication du contrat faite par le MTO au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») en date du 25 août 2022, ce contrat, dont la valeur excède le seuil d'appel d'offres public, a été conclu de gré à gré, puisque le MTO était initialement d'avis qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public<sup>14</sup>.

Dans le cadre de ses travaux de surveillance des contrats publics, l'AMP s'est attardée à ce processus contractuel du MTO puisque, bien que requis par le cadre normatif pour conclure un contrat de gré à gré sous un motif d'intérêt public, le MTO n'apparaissait pas avoir publié d'avis d'intention préalable à la conclusion du contrat<sup>15</sup>. L'AMP a donc entamé un examen dudit processus contractuel.

Au cours des vérifications de l'AMP, le MTO a soulevé que, bien que conclu de gré à gré sous l'exception prévue à l'article 13, al. 1 (4<sup>o</sup>) de la LCOP, laquelle pouvait toujours trouver application, le contrat s'inscrivait davantage sous celle de l'article 13, al. 1 (2<sup>o</sup>) de la LCOP, soit une situation d'unicité du contractant en raison d'un droit exclusif fondé sur une licence. Admettant ne pas avoir publié d'avis d'intention préalable à la conclusion du contrat, le MTO a indiqué que la publication d'un tel avis n'était pas requise lorsque l'exception de l'article 13, al. 1 (2<sup>o</sup>) de la LCOP trouvait application. En date du 7 mars 2023, le MTO a procédé à la modification de la disposition habilitante à l'avis du contrat publié au SEAO.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que le MTO a contrevenu au cadre normatif applicable. Contrairement aux prétentions du MTO, l'AMP est d'avis que le contrat ne peut s'inscrire dans l'exception d'unicité du contractant, prévue à l'article 13, al. 1 (2<sup>o</sup>) de la LCOP. Les résultats des démarches d'évaluation du besoin menées par le MTO en amont de la conclusion du contrat, qui font état d'une concurrence dans ce marché, ne démontrent pas une situation d'unicité du contractant, laquelle est nécessaire pour recourir à cette exception. Ils ne s'inscrivent pas non plus dans des vérifications sérieuses et préalables. La preuve au dossier ne permet pas à l'AMP de conclure à l'existence d'un droit exclusif empêchant tout autre contractant de réaliser le contrat.

De plus, le MTO ne pouvait, en cours d'exécution du contrat, modifier la base sur laquelle il l'avait conclu. L'AMP retient qu'avant qu'elle n'entreprenne son examen, le MTO a conclu le contrat sur la base de l'exception prévue à l'article 13, al. 1 (4) de la LCOP. Ainsi, si le MTO voulait se prévaloir de l'exception d'intérêt public pour octroyer le contrat de gré à

---

dispositions étaient celles qui trouvaient application au moment de la publication de l'appel d'offres, le 30 mars 2022.

<sup>14</sup> Art. 13, al. 1 (4<sup>o</sup>) LCOP.

<sup>15</sup> Art. 13.1 LCOP.

gré, il devait publier un avis d'intention, et ce, au moins 15 jours avant de conclure le contrat. Puisqu'il n'est pas possible de passer outre à la publication de l'avis d'intention en l'espèce, l'AMP conclut que le MTO a commis un manquement au cadre normatif.

## 2.2 Questions en litige

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

1. Le contrat du MTO peut-il s'inscrire sous l'exception de l'unicité du contractant en raison d'un droit exclusif fondé sur une licence prévue à l'article 13, al. 1 (2°) de la LCOP ?
2. Le MTO a-t-il contrevenu à son obligation de procéder à une évaluation préalable de ses besoins adéquate et rigoureuse dans le cadre du présent processus contractuel ?
3. Le MTO avait-il l'obligation de publier un avis d'intention avant de conclure un contrat de gré à gré ?
4. Le cas échéant, le MTO peut-il passer outre à cette obligation en l'espèce ?

## 2.3 Analyse

Comme ci-devant mentionné, le MTO est un organisme public au sens de l'article 4 (1°) de la LCOP. Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le MTO est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

En date du 23 août 2022, le MTO a conclu de gré à gré le contrat à l'étude, puisqu'au moment de sa conclusion, il était d'avis qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public<sup>16</sup>. Ce contrat porte sur le renouvellement de licences d'utilisation de données sur le tourisme dont le MTO se sert déjà<sup>17</sup>, mais également sur l'acquisition d'une nouvelle licence auprès du même contractant (le « Contractant »). Le MTO indique que les données et outils des licences prévues au contrat à l'étude sont compatibles avec des données obtenues par l'entremise d'une autre entente à laquelle le MTO est parti (« l'Autre entente »). Les données disponibles par l'Autre entente sont ultimement obtenues par l'entremise du Contractant. Le contrat, qui a débuté le 1<sup>er</sup> septembre 2022, est d'une durée d'un an avec deux options de renouvellement d'une période d'un an également.

Le 25 août 2022, le MTO a procédé à la publication du contrat au SEO en spécifiant qu'il avait été conclu en vertu de l'article 13, al. 1 (4°) de la LCOP. Aucun avis d'intention n'a précédé la conclusion de ce contrat.

---

<sup>16</sup> Art. 13, al. 1 (4°) LCOP.

<sup>17</sup> Les licences renouvelées par le contrat à l'étude ont été acquises de gré à gré par le MTO en 2020 et 2021, puis renouvelées depuis.

La preuve recueillie par l'AMP révèle que les raisons invoquées par le MTO au moment de la conclusion du contrat pour soutenir le recours à l'exception de l'article 13, al. 1 (4°) de la LCOP portaient sur les délais, les coûts supplémentaires et les efforts importants qu'occasionnerait un changement de contractant quant à la reconstruction d'une base de données équivalente à celle déjà en place, notamment. Les motifs du MTO portaient également sur la compatibilité et la comparabilité des données avec celles des autres organismes, de même que sur leur qualité.

Au sujet de l'absence d'avis d'intention préalable à la conclusion du contrat pour un motif d'intérêt public, il appert que le MTO croyait que la publication de cet avis était facultative. Ce n'est que durant les vérifications de l'AMP que le MTO a évoqué l'exception de l'unicité du contractant en raison d'un droit exclusif fondé sur une licence pour laquelle aucun avis d'intention préalable n'est requis, malgré le fait que, selon lui, l'exception de l'article 13, al. 1 (4°) de la LCOP pouvait toujours trouver application. En date du 7 mars 2023, le MTO a ainsi procédé à la modification de la disposition habilitante à la publication du contrat au SEAO.

Au soutien de cette nouvelle justification, le MTO indique que, puisqu'il obtient des données du contractant retenu par l'Autre entente et que ce dernier détient des droits de propriété intellectuelle sur les solutions et produits connexes à ces données, le contractant retenu est le seul avec qui le contrat peut être conclu. Le MTO ajoute toutefois qu'aucun autre concurrent ne peut offrir une base de données aussi large et intégrale. Dans ses explications fournies à l'AMP, les aspects de compatibilité et de comparabilité des données invoqués au soutien de l'exception de l'article 13, al. 1 (4°) de la LCOP sont toujours présents pour justifier la nouvelle disposition habilitante.

### **2.3.1 Le contrat du MTO peut-il s'inscrire sous l'exception de l'unicité du contractant en raison d'un droit exclusif fondé sur une licence prévue à l'article 13, al. 1 (2°) de la LCOP ?**

Le contrat du MTO ne peut s'inscrire dans une situation d'unicité du contractant visée à l'article 13, al. 1 (2°) de la LCOP. La preuve recueillie par l'AMP dans le cadre des vérifications réalisées lui permet de constater que les conditions permettant d'avoir recours à cette exception n'étaient pas présentes et que, ce faisant, en modifiant la base sur laquelle le contrat avait été conclu en cours d'exécution, le MTO n'a pas respecté le cadre normatif.

Comme tout organisme public assujéti à la LCOP, le MTO doit recourir à la procédure d'appel d'offres public pour tout contrat public qu'il entend conclure comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public<sup>18</sup>. Cependant, il est possible pour les organismes publics de déroger à cette règle générale et de conclure un contrat public de gré à gré lorsque certaines circonstances spécifiques sont présentes, tel que le prévoit l'article 13 de la LCOP. Considérant que les situations prévues à cette disposition sont des exceptions au régime d'appel à la concurrence des marchés publics, celles-ci

---

<sup>18</sup> Art. 10 al. 1 (1°) LCOP.

doivent être interprétées restrictivement<sup>19</sup>. Ainsi, lorsqu'un organisme public se prévaut de l'une de ces exceptions, il doit s'assurer que les conditions lui permettant d'y avoir recours sont réunies.

Un organisme public peut conclure un contrat de gré à gré comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public lorsqu'un seul contractant est admissible en raison d'une garantie, d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif, tels un droit d'auteur ou un droit fondé sur une licence exclusive ou un brevet, ou en raison de la valeur artistique, patrimoniale ou muséologique du bien ou du service requis<sup>20</sup>.

En ce qui concerne cette exception, lorsque les besoins identifiés par l'organisme public ne peuvent faire l'objet d'un appel d'offres public, il revient à cet organisme de procéder à une recherche préalable sérieuse lui permettant de justifier qu'il n'existe aucun autre fournisseur pouvant répondre à son besoin. Le défaut de ce faire constitue un manquement au cadre normatif. Ainsi, les démarches réalisées par l'organisme doivent lui permettre de confirmer l'existence d'un seul contractant possible en raison du droit exclusif et de l'absence de produits ou de services équivalents pouvant répondre à son besoin.

En l'espèce, le MTO indique qu'il y a un seul contractant possible en raison d'un droit exclusif fondé sur une licence. Toutefois, la documentation obtenue par l'AMP démontre que, dans le cadre de l'évaluation de son besoin, le MTO a considéré le fait que d'autres fournisseurs pouvaient offrir des produits similaires à ce dont il disposait déjà, mais que l'appel d'offres a été écarté par le MTO puisque des coûts et des efforts importants auraient été nécessaires pour reconstruire une base de données comparable à celle en place.

Questionné sur ces autres fournisseurs potentiels, le MTO met de l'avant l'intérêt d'avoir octroyé le contrat au Contractant, invoquant des arguments de coûts et d'efforts qu'aurait entraînés un changement de fournisseur, de même que de compatibilité et de comparabilité des données, évitant ainsi la question de la concurrence. Sur le recours à l'exception d'unicité du contractant, le MTO affirme son application compte tenu de la notion de licence impliquée au contrat et indique avoir l'obligation de procéder avec le Contractant en raison de l'implication de licences obtenues de ce dernier dans le cadre de l'Autre entente.

L'AMP constate que les résultats des démarches du MTO ne démontrent pas une situation d'unicité du contractant, car il existerait, selon la documentation du MTO, d'autres fournisseurs potentiels offrant des produits similaires. La conclusion du MTO qu'il n'existerait qu'un seul contractant possible ne trouve donc pas appui dans la preuve au dossier.

Par ailleurs, la preuve ne permet pas à l'AMP de conclure à l'existence d'un droit exclusif empêchant tout autre contractant de conclure le contrat. En effet, le MTO met de l'avant l'interrelation entre les licences visées au contrat à l'étude et celles obtenues par l'entremise de l'Autre entente pour soutenir le recours à l'exception de l'article 13, al. 1 (2°)

---

<sup>19</sup> Voir notamment *CMC Électronique inc. c. Procureur générale du Québec*, 2021 QCCS 3169.

<sup>20</sup> Art. 13, al. 1 (2°) LCOP.

de la LCOP, alors que nulle part dans la preuve soumise par le MTO il n'est possible de constater une exclusivité du Contractant en regard de cette interrelation. Il appert davantage que les enjeux relevés par le MTO portent sur la compatibilité des différentes licences et la comparabilité des données avec celles des autres organismes, lesquels ne peuvent justifier le recours à l'exception de l'unicité du contractant.

### **2.3.2 Le MTO a-t-il contrevenu à son obligation de procéder à une évaluation préalable de ses besoins adéquate et rigoureuse dans le cadre du présent processus contractuel ?**

Le MTO a contrevenu à son obligation de procéder à une évaluation préalable de ses besoins adéquate et rigoureuse en concluant d'abord son contrat de gré à gré en vertu de l'article 13, al. 1 (4°) de la LCOP, puis en modifiant cette disposition habilitant le gré à gré après avoir réévalué le contrat en cours d'exécution.

Les exceptions de l'article 13 de la LCOP visent des objectifs différents et font partie d'un tout cohérent, lequel favorise le respect des principes qui sous-tendent le cadre normatif des organismes publics en matière de gestion contractuelle. Ainsi, ces exceptions s'appliquent à des situations précises et ne sont pas interchangeables. Dans la mesure où un organisme public réalise une évaluation préalable, adéquate et rigoureuse de son besoin<sup>21</sup>, celui-ci devrait être en mesure d'identifier l'exception applicable le cas échéant, et ce, avant la conclusion du contrat.

En effet, dans tout processus contractuel, le cadre normatif impose une évaluation des besoins préalable adéquate et rigoureuse à l'organisme public. Cette obligation prend une importance particulière lorsqu'un organisme public évalue être dans l'une des situations prévues à l'article 13 de la LCOP, puisque l'attribution de gré à gré d'un contrat en vertu des prescriptions de cette disposition s'écarte de la règle de l'appel d'offres public. C'est dans le cadre de cette étape, en amont de la conclusion du contrat, que l'organisme public doit s'assurer de la présence non équivoque des conditions impératives lui permettant de procéder à l'octroi du contrat selon l'une des exceptions de l'article 13 de la LCOP, et non après la conclusion du contrat. Lorsque cette étape est bien réalisée, il ne devrait pas y avoir d'ambiguïté pour l'organisme public quant à l'exception applicable ni de modification de la disposition habilitante en cours d'exécution du contrat.

Le MTO a indiqué à l'AMP avoir eu le réflexe de recourir à l'exception d'intérêt public pour conclure le contrat, mais avoir réalisé, lors de la transmission de la documentation demandée par l'AMP, que, bien que l'exception d'intérêt public puisse toujours s'appliquer, celle de l'unicité du contractant était plus appropriée. Il appert que le MTO a réévalué la situation durant les vérifications de l'AMP pour justifier le contrat en regard de l'exception d'unicité du contractant, alors qu'il l'avait initialement conclu sous celle de l'intérêt public.

L'AMP est d'avis que le fait que le MTO ait revu l'exception en vertu de laquelle le contrat a été conclu durant son exécution contrevient au cadre normatif. La réévaluation du MTO en cours de contrat traduit une lacune importante dans l'évaluation initiale du besoin,

---

<sup>21</sup> Art. 2, al. 1 (4°) LCOP.

puisque l'exception de l'unicité du contractant, dont le MTO voulait ultimement se prévaloir<sup>22</sup>, n'a pas été considérée au moment opportun, soit en amont de la conclusion du contrat. Cette constatation de l'AMP demeure, même si le contrat ne peut se qualifier sous l'exception de l'unicité du contractant. Par ailleurs, contrairement à ce que prétend le MTO, puisque les exceptions de l'article 13 de la LCOP visent des situations spécifiques, un contrat ne peut se justifier en regard de plus d'une exception à la fois.

L'AMP est également d'avis que le fait de modifier l'exception sous laquelle le MTO a conclu son contrat en cours d'exécution banalise le caractère exceptionnel des dispositions de l'article 13 de la LCOP, qui ne doivent servir que lorsqu'elles trouvent véritablement application.

### **2.3.3 Le MTO avait-il l'obligation de publier un avis d'intention avant de conclure un contrat de gré à gré ?**

L'exception de l'unicité du contractant étant écartée, le fait que le MTO a initialement conclu le contrat en vertu de l'article 13, al. 1 (4<sup>o</sup>) de la LCOP demeure. En concluant le contrat en vertu de cette disposition, le MTO se devait de publier un avis d'intention préalablement à sa conclusion selon les prescriptions de l'article 13.1 de la LCOP, ce qu'il n'a pas fait. Ce faisant, le MTO a contrevenu au cadre normatif.

Une autre des exceptions au recours obligatoire à la procédure d'appel d'offres public pour tout contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public est celle du paragraphe 4 de l'article 13 de la LCOP. Cette exception permet à un organisme public de procéder à la conclusion d'un contrat de gré à gré lorsqu'il estime qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public, compte tenu du contrat et dans le respect des principes de l'article 2 de la LCOP<sup>23</sup>.

L'organisme public qui se prévaut de cette exception doit cependant, au moins 15 jours avant de conclure le contrat de gré à gré, publier au SEAO un avis d'intention permettant à toute entreprise de manifester son intérêt à réaliser ce contrat<sup>24</sup>.

Les tribunaux ont déterminé, à maintes reprises, que les dispositions de la LCOP relatives à l'adjudication et à l'attribution de contrats publics sont d'ordre public<sup>25</sup>. Les organismes publics assujettis à la LCOP sont donc tenus de respecter les procédures d'adjudication et d'attribution des contrats qui y sont prévues. Par conséquent, la publication d'un avis d'intention avant la conclusion de gré à gré d'un contrat en vertu du paragraphe 4 du premier alinéa de l'article 13 de la LCOP est une obligation d'ordre public que l'organisme

---

<sup>22</sup> Le MTO ayant procédé à la modification de la disposition habilitante à la publication du contrat au SEAO en date du 7 mars 2023.

<sup>23</sup> Art. 13, al. 1 (4<sup>o</sup>) LCOP.

<sup>24</sup> Art. 13.1 LCOP.

<sup>25</sup> *ITR Acoustique Québec inc. c. Société québécoise des infrastructures*, 2020 QCCS 3492, par. 15.; *Indigo Parc Canada inc. c. Commission scolaire des Découvreurs*, 2017 QCCS 1852, par. 44; *Karl Storz Endoscopy Canada c. Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est du Québec*, 2015 QCCS 2537, par. 20.

public se doit de respecter. D'ailleurs, un tel contrat conclu avant la publication de l'avis d'intention prévu par la Loi est résiliable de plein droit par l'AMP<sup>26</sup>.

Comme précédemment mentionné, avant d'invoquer l'exception de l'unicité du contractant, le MTO a confirmé l'absence de publication d'un avis d'intention et indiqué à l'AMP qu'il croyait que la publication d'un tel avis, dans le cadre de la conclusion d'un contrat en vertu du paragraphe 4 de l'article 13 de la LCOP, était facultative.

### **2.3.4 Le cas échéant, le MTO peut-il passer outre à cette obligation en l'espèce ?**

Le cadre normatif ne permet pas au MTO de passer outre à l'obligation de publier l'avis d'intention, les éléments soulevés par le MTO non plus. Comme ci-devant mentionné, les dispositions de la LCOP relatives à l'adjudication et à l'attribution des contrats publics sont d'ordre public.

Les organismes publics sont donc tenus de les respecter à moins d'obtenir une dérogation expresse à l'effet contraire, laquelle est octroyée dans des circonstances exceptionnelles<sup>27</sup>. Le MTO n'a pas démontré avoir obtenu une telle dérogation dans le cadre du présent processus contractuel, dérogation qui lui aurait permis de procéder à la conclusion du contrat en vertu du paragraphe 4 de l'article 13 de la LCOP sans toutefois avoir procédé à la publication d'un avis d'intention préalable tel que le requiert l'article 13.1 de la LCOP.

Les faits susmentionnés donnent ouverture au pouvoir de résiliation de plein droit du contrat par l'AMP. Toutefois, cette dernière est d'avis qu'une résiliation par transmission d'une notification au MTO et à son Contractant en date de la présente décision ne serait pas opportune dans le présent dossier, un bris de service n'étant pas souhaitable. En effet, le terme de la première année du contrat est prévu au 31 août 2023, avant son renouvellement. Ainsi, l'AMP constate que le MTO dispose d'un délai suffisant pour procéder à la mise en œuvre d'un nouveau processus contractuel – cette fois-ci, conforme au cadre normatif – lui permettant de combler son besoin tout en évitant un bris de service.

## **3. Considérations additionnelles**

Au terme des vérifications réalisées dans les deux processus contractuels du MTO, l'AMP souhaite souligner l'important rôle qu'occupent les RARC en matière de gestion contractuelle au sein de leur organisation. Le cadre normatif impose par ailleurs certaines de leurs fonctions, notamment de veiller à la mise en place de toute mesure permettant de respecter les règles contractuelles de la LCOP, de ses règlements ainsi que des politiques et directives adoptées par l'organisme<sup>28</sup>. Désignés par leur dirigeant<sup>29</sup>, les RARC ont également pour fonction de les conseiller et de formuler des recommandations quant aux

---

<sup>26</sup> *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ c. A -33.2.1, art. 67, al. 2.

<sup>27</sup> Art. 25 LCOP.

<sup>28</sup> Art. 21.0.2, al. 1 (1<sup>o</sup>) LCOP.

<sup>29</sup> Art. 21.0.1 LCOP.

règles contractuelles applicables<sup>30</sup>. Les politiques, directives, lignes internes, ou autre documentation, adoptées par les organismes peuvent également circonscrire davantage le rôle et les fonctions des RARC. C'est d'ailleurs le cas des lignes internes du MTO<sup>31</sup>.

Ce faisant, bien que tous les intervenants des organismes publics en matière de gestion contractuelle doivent disposer d'une bonne connaissance du cadre normatif applicable, celle qu'en a le RARC doit être approfondie afin que cette personne puisse réaliser son mandat adéquatement. En effet, par le rôle que le législateur leur a confié, les RARC sont des acteurs clés quant à la passation des contrats publics et au respect du cadre normatif. L'AMP est d'avis que les organismes publics devraient s'assurer que les RARC en poste détiennent les connaissances nécessaires pour mener à bien leur mandat, et ce, dans une perspective d'améliorer les façons de faire en matière de gestion contractuelle.

#### 4. Conclusion

##### **En regard du processus identifié au SEAO sous le numéro 1585661**

VU l'objectif de la LCOP, consistant à promouvoir la confiance du public dans les marchés publics en attestant de l'intégrité des concurrents;

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

VU l'obligation de toute entreprise qui conclut un contrat avec un organisme public comportant une dépense égale ou supérieure au seuil déterminé par le gouvernement de détenir une Autorisation;

VU l'adjudication et l'octroi du contrat par le ministère du Tourisme à une entreprise ne détenant pas son Autorisation, ni au moment du dépôt de sa soumission, ni au moment de la conclusion du contrat;

VU que le ministère du Tourisme n'a pas obtenu de dérogation du Secrétariat du Conseil du Trésor lui permettant de conclure un contrat public avec une entreprise qui ne détient pas son Autorisation alors qu'une telle autorisation était requise;

VU l'atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres en raison des lacunes identifiées dans le processus d'adjudication;

VU l'obligation de maintenir l'Autorisation de contracter par le prestataire de services pendant toute la durée du contrat reprise aux documents d'appel d'offres et au contrat;

VU que le contrat octroyé à l'adjudicataire est en cours d'exécution jusqu'au 20 juin 2024;

---

<sup>30</sup> Art. 21.0.2, al. 1 (2°) LCOP.

<sup>31</sup> *Lignes internes de conduite concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction du ministère du Tourisme*, clause 2.3.

EN CONSÉQUENCE, conformément aux articles 29 (5,1), 31 (2) et 35 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

**ORDONNE** au ministre du Tourisme de mettre en place des mesures de contrôle afin que soit respectée la clause 1.6 *Maintien de l'autorisation de contracter* prévue au contrat signé entre les parties durant toute son exécution, et que soit respectée toute autre clause visant la détention ou le maintien de l'autorisation de contracter de l'Autorité des marchés publics dans les contrats publics qu'il conclut, lorsqu'applicable;

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministre du Tourisme de se doter de procédures efficaces et efficientes visant à s'assurer :

- Que tout adjudicataire d'un contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement détienne une autorisation de contracter de l'Autorité des marchés publics lorsque requise;
- Que toute entreprise exécutant un contrat ou un sous-contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement maintienne son autorisation de contracter durant l'exécution du contrat, lorsqu'une telle autorisation est requise;
- Que tout appel d'offres public publié en vue de conclure un contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement reflète les exigences de la LCOP en matière d'autorisation de contracter, lorsqu'une telle autorisation est requise;

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministre du Tourisme de mettre en place des mesures de contrôle assurant le respect des procédures décrites ci-dessus;

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministre du Tourisme de prendre toutes les mesures nécessaires pour que son personnel susceptible d'être impliqué dans la gestion contractuelle soit en mesure d'assurer le respect du cadre normatif, notamment en ce qui a trait aux exigences de la LCOP en matière d'autorisation de contracter, et ce, en fonction notamment des mesures suivantes :

- Prévoir une formation adaptée pour l'ensemble de son personnel susceptible d'être impliqué dans la gestion contractuelle, ainsi qu'une évaluation de celui-ci;
- Prévoir la révision des processus en place en matière de gestion contractuelle;
- Prévoir la mise en place de mesures de contrôle permettant d'assurer le respect de ces autres mesures et ce, dans l'objectif d'assurer le respect du cadre normatif applicable, notamment un plan de formation avec échéancier;

**REQUIERT** du ministère du Tourisme de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 45 jours, des mesures prises pour donner suite à cette ordonnance et à ces recommandations.

### **En regard du processus identifié au SEAO sous le numéro 1626152**

VU le caractère exceptionnel des dispositions de l'article 13 de la LCOP et l'interprétation restrictive qui doit en être faite;

VU le contrat du ministère du Tourisme ne pouvant se qualifier sous l'exception de l'unicité du contractant en raison de la concurrence possible dans ce marché;

VU l'absence de preuve relative à l'existence d'un droit exclusif empêchant tout autre contractant de conclure le contrat;

VU le manquement du ministère du Tourisme à l'obligation de procéder à une évaluation préalable adéquate et rigoureuse du besoin;

VU l'impossibilité pour le ministère du Tourisme de modifier la disposition habilitante en cours d'exécution du présent contrat;

VU la conclusion initiale du contrat en vertu du paragraphe 4 de l'article 13 de la LCOP sans la publication d'un avis d'intention préalable par le ministère du Tourisme;

VU l'obligation de publier l'avis d'intention prévu à l'article 13.1 de la LCOP avant de conclure tout contrat public de gré à gré en vertu du paragraphe 4 du premier alinéa de l'article 13 de la LCOP;

VU le caractère d'ordre public de la LCOP;

VU l'impossibilité pour le ministère du Tourisme de passer outre à la publication de l'avis d'intention prévu à l'article 13.1 de la LCOP dans le cas en l'espèce;

VU le délai suffisant pour le ministère du Tourisme pour procéder à la mise en œuvre d'un nouveau processus contractuel conforme au cadre normatif lui permettant de combler son besoin avant le renouvellement du contrat;

EN CONSÉQUENCE, conformément au paragraphe 2 du premier alinéa de l'article 31 et de l'article 35 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministère du Tourisme de ne pas procéder au prochain renouvellement du contrat identifié au SEAO sous le numéro 1626152;

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministère du Tourisme de prendre toutes les mesures nécessaires pour que son personnel susceptible d'être impliqué dans la gestion contractuelle soit en mesure d'assurer le respect du cadre normatif, notamment en ce qui a trait à l'utilisation des exceptions prévues à l'article 13 de la LCOP, et ce, en fonction notamment des mesures suivantes :

- Prévoir une formation adaptée pour l'ensemble de son personnel susceptible d'être impliqué dans la gestion contractuelle, ainsi qu'une évaluation de celui-ci;
- Prévoir la révision des processus en place en matière de gestion contractuelle;
- Prévoir la mise en place de mesures de contrôle permettant d'assurer le respect de ces autres mesures et ce, dans l'objectif d'assurer le respect du cadre normatif applicable, notamment un plan de formation avec échéancier;

**REQUIERT** du ministère du Tourisme de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 45 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

**En regard des processus identifiés au SEAO sous les numéros 1585661 et 1626152**

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministère du Tourisme de mettre à jour ses *Lignes internes de conduite concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction du ministère du Tourisme* et autres guides, politiques et procédures en matière de gestion contractuelle afin, notamment, de tenir compte des éléments relatés dans la présente décision;

**RECOMMANDE** au dirigeant du ministère du Tourisme d'informer son personnel par écrit de la présente décision;

**REQUIERT** du ministère du Tourisme de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 45 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 15 juin 2023

---

Yves Trudel  
Président-directeur général  
**ORIGINAL SIGNÉ**