

Recommandations formulées au ministère de la Culture et des Communications concernant les processus identifiés au SEAO sous les numéros de référence 1564040, 1612670, 1690364, 1716942 et 1790809

No de la recommandation : 2024-09

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

1. APERÇU

Le 8 juin 2023, le ministère de la Culture et des Communications (MCC) a adjudgé un contrat à la suite d'un processus d'appel d'offres public et le 29 novembre 2023, il a attribué un contrat de gré à gré¹. Ces deux processus visaient à conclure des contrats avec des prestataires offrant les services de ressources professionnelles agissant à titre de chargés de projet dédiés à la *Politique d'intégration des arts à l'architecture et à l'environnement des bâtiments et des sites gouvernementaux et publics* (Politique)².

L'Autorité des marchés publics (AMP) s'est intéressée à ces processus dans le cadre de ses activités de surveillance des contrats publics. En analysant différents avis publiés au SEAO, l'AMP a constaté que le MCC a attribué plusieurs autres contrats de gré à gré à des prestataires offrant les services de ressources afin qu'ils agissent à titre de chargés de projet.

De plus, la vérification de l'AMP a porté sur les processus d'adjudication de contrats de services professionnels de chargés de projet, puisque le MCC n'a reçu qu'une seule soumission au terme de chaque publication au SEAO.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que le MCC ne respecte pas le cadre normatif qui lui est applicable, et ce, à plusieurs égards.

2. QUESTION EN LITIGE

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

Le MCC a-t-il respecté les grands principes régissant les marchés publics, tels que le traitement intègre et équitable des concurrents et la possibilité pour des concurrents qualifiés de participer à un appel d'offres public, lorsqu'il a adopté et appliqué la procédure hybride³ dans le cadre de ses activités en gestion contractuelle ?

¹ Ces deux processus sont respectivement identifiés au SEAO sous les numéros de référence 1716942 et 1790809.

² Décret 955-96 *Politique d'intégration des arts à l'architecture et à l'environnement des bâtiments et des sites gouvernementaux et publics*, (1996) 35 G.O. II, 5177.

³ Dont il est question à la *Fiche universelle destinée aux autorités ministérielles*, requête 38409, datée du 22 juillet 2020 et abordée ci-après.

3. ANALYSE

Le ministère de la Culture et des Communications est un organisme public au sens de l'article 4 (1°) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁴ (LCOP). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le MCC est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1 Le MCC a-t-il respecté les grands principes régissant les marchés publics, tels que le traitement intègre et équitable des concurrents et la possibilité pour des concurrents qualifiés de participer à un appel d'offres public, lorsqu'il a adopté et appliqué la procédure hybride dans le cadre de ses activités en gestion contractuelle ?

Au terme de sa vérification, l'AMP conclut que le MCC a contrevenu aux grands principes régissant les marchés publics, tels que le traitement intègre et équitable des concurrents et la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics. De plus, l'AMP constate que le MCC n'a pas effectué une évaluation adéquate et rigoureuse de ses besoins préalablement à l'octroi de ses contrats, ce qui, en plus de contrevenir au cadre normatif applicable, a notamment créé une situation de fractionnement de contrat.

Afin d'assurer le respect des grands principes régissant les marchés publics, énoncés à l'article 2 de la LCOP, un organisme public doit effectuer une planification de ses besoins. Cette planification se décline en trois volets essentiels, soit la définition des besoins, l'analyse du marché et l'estimation des coûts. Il est primordial pour tout organisme public d'effectuer cet exercice préalablement à toute démarche contractuelle afin de choisir le mode de sollicitation approprié pour combler ses besoins et éviter de les fractionner, par exemple en concluant plusieurs contrats de gré à gré dont les montants sont inférieurs au seuil d'appel d'offres public (AOP).

Le principe du traitement intègre et équitable des concurrents présuppose que les organismes procèdent à l'octroi de leurs contrats en faisant preuve d'impartialité et de rigueur. Il est donc légitime de s'attendre à ce que les personnes œuvrant pour un organisme, qui sont liées à un processus d'octroi de contrat public, se gouvernent de façon à respecter les grands principes des marchés publics, et que la procédure mise en place afin d'adjuger ou d'attribuer les contrats soit conforme au cadre normatif. En outre, un organisme public doit s'efforcer de concilier ses besoins légitimes avec la nécessité de solliciter la concurrence, pour permettre aux concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres.

L'article 12 de la LCOP mentionne pour sa part qu'un organisme public ne peut scinder ou répartir ses besoins, ou apporter une modification à un contrat, dans le but d'éluder l'obligation de recourir à la procédure d'AOP ou de se soustraire à toute autre obligation de la LCOP.

⁴ RLRQ, c. C -65.1

Mise en contexte

En 1981, le gouvernement du Québec a adopté par décret la Politique⁵, communément appelée « la politique du 1 % ». Le MCC est chargé de son application et participe à sa réalisation. Selon les modalités de la Politique, un projet qui y est assujéti doit consacrer une réserve correspondant à environ 1 % de son coût total à l'intégration des arts dans les bâtiments et les lieux publics visés. Les ministères et organismes, ainsi que les personnes qui reçoivent une subvention de ces derniers pour la réalisation d'un projet de construction d'un bâtiment ou d'aménagement d'un site dont le coût est de 150 000 \$ ou plus, doivent appliquer la Politique. Le MCC est alors appelé à effectuer des activités de représentation auprès du comité formé pour le choix d'une œuvre d'art, à coordonner le processus d'intégration des œuvres et à effectuer les tâches de secrétariat afférentes.

La présente décision concerne le choix du mode de sollicitation de certains contrats ayant cours au sein du Service de l'intégration des arts à l'architecture (SIAA). Cet organe du MCC a recours à des prestataires de services spécialisés afin de réaliser sa mission, et ce, de façon récurrente.

Les vérifications de l'AMP ont permis de constater que le SIAA procède de deux façons pour conclure des contrats de services professionnels pour des ressources agissant à titre de chargés de projet. Certains contrats sont attribués de gré à gré, alors que d'autres sont octroyés selon un processus d'AOP. La différence dans le choix du mode de sollicitation retenu réside dans la méthode énoncée à la procédure hybride décrite à la *Fiche universelle destinée aux autorités ministérielles* (Fiche)⁶.

La procédure hybride

Le 22 juillet 2020, le MCC a élaboré une fiche décrivant les problématiques de gestion contractuelle ayant cours au SIAA. La Fiche détaille que ce service a recourt, annuellement et de façon récurrente, à des ressources contractuelles pour occuper les postes de chargés de projet, généralement les mêmes personnes, par l'entremise de contrats de services de gré à gré. Ces personnes réaliseraient leur mandat de façon régulière et sur une base quotidienne. Afin de remédier à cette situation, qu'il qualifie de non conforme au cadre normatif, le MCC désirait mettre en place une procédure dite « hybride » régularisant les processus contractuels et réduisant les risques de rupture de service.

De plus, la Fiche mentionne que la récurrence des contrats attribués annuellement pour des montants inférieurs aux seuils d'appels d'offres publics va à l'encontre de la LCOP de sorte que l'on pourrait en déduire qu'il s'agit de situations de fractionnement de contrats en vue de se soustraire à l'obligation de procéder par AOP.

⁵ Op. cit., note 2.

⁶ Fiche universelle destinée aux autorités ministérielles, requête 38409, datée du 22 juillet 2020.

Le MCC mentionne que la solution idéale serait de pouvoir embaucher du personnel, mais que comme cette option n'est pas possible, il n'a d'autres choix que de continuer à recourir aux prestataires de services sur une base contractuelle. La Fiche propose plusieurs options contractuelles, explorant diverses approches en comparant leurs points positifs et négatifs.

Ainsi, le MCC propose la mise en place d'une procédure qualifiée d'« hybride », en deux étapes :

1. Poursuivre la conclusion de contrats de gré à gré pour les prestataires de services spécialisés et d'expérience qui sont « habitués » à cette attribution de contrats annuelle, et ce, jusqu'à ce qu'ils ne désirent plus être liés contractuellement avec le MCC.
2. Publier un AOP de type qualité/prix pour la conclusion d'un contrat d'un an, assorti d'une option de renouvellement d'un an, mais uniquement lorsque les mandats attribués de gré à gré ne seront plus réclamés par les prestataires de services actuels ou que ceux-ci prendront leur retraite.

Le MCC affirme que cette procédure hybride lui permettra d'atteindre éventuellement la conformité au cadre normatif.

L'approbation de la Fiche a eu pour effet de créer une démarcation entre la procédure antérieure et celle qui allait désormais être appliquée pour le traitement de certains contrats de services professionnels au sein du SIAA.

Les processus vérifiés

Les diverses entrevues effectuées par l'AMP ont permis de confirmer que le MCC a pour directive d'appliquer la procédure hybride pour combler les besoins en services professionnels du SIAA⁷. Ainsi, cinq⁸ contrats sont attribués de gré à gré et font l'objet d'un renouvellement annuel systématique, et cinq autres sont octroyés selon un processus d'AOP.

À titre d'exemple, le premier processus contractuel vérifié par l'AMP a fait l'objet d'un renouvellement annuel systématique de gré à gré depuis 2016⁹. De plus, la vérification a démontré qu'à chaque reprise, il a été attribué pour une durée de 12 mois et publié au SEAO en vertu de l'article 14 de la LCOP, soit la disposition prévue pour les contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'AOP. Les montants relatifs aux trois derniers contrats de gré à gré octroyés à ce même prestataire de services à titre de chargé de projet sont :

- 86 000 \$ en 2022¹⁰
- 88 000 \$ en 2023¹¹
- 94 000 \$ en 2024¹²

⁷ La présente décision se concentre sur les activités contractuelles concernant le SIAA.

⁸ Selon les observations obtenues du MCC, le nombre de chargés de projet qui ont obtenu un contrat de gré à gré antérieurement à la note ministérielle est passé à quatre cette année en raison du départ à la retraite d'un prestataire en mai 2024. Durant l'examen de l'AMP, ce nombre était de cinq.

⁹ Dernier renouvellement du contrat de gré à gré, publié au SEAO sous le numéro 1790809.

¹⁰ Contrat de gré à gré du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022 identifié au SEAO sous le numéro 1564040.

¹¹ Contrat de gré à gré du 1^{er} janvier au 31 décembre 2023 identifié au SEAO sous le numéro 1690364.

¹² Contrat de gré à gré du 1^{er} janvier au 31 décembre 2024 identifié au SEAO sous le numéro 1790809.

Les différentes fiches d'autorisation du dirigeant de l'organisme mentionnent de façon similaire, à titre de justificatif, que le volume de projets a augmenté de façon significative, que le MCC a le devoir d'offrir des services de qualité à la clientèle desservie et qu'il est par conséquent nécessaire d'attribuer les contrats de gré à gré. Ces éléments apparaissent de façon récurrente dans les divers documents d'approbation que l'AMP a consultés.

De plus, l'AMP a pu prendre connaissance d'un éventail d'arguments à l'appui de l'attribution des contrats de façon générale, tels que la fluctuation du nombre de contrats selon les investissements gouvernementaux, le contexte d'une économie changeante et la variation du nombre de projets de construction assujettis à la Politique pour les bâtiments et les sites gouvernementaux publics selon les investissements octroyés par le gouvernement. De même, le MCC a mentionné que la particularité de ses mandats l'amène à naviguer à travers un bassin de soumissionnaires potentiels très restreint et que la relève l'est tout autant.

Le second processus vérifié par l'AMP est un contrat de gré à gré¹³ pour des services professionnels de chargé de projet, attribué du 12 mai 2022 au 23 mai 2023. La justification incluse dans la demande d'approbation est pratiquement un copié-collé des autres fiches. Toutefois, il est aussi possible d'y lire qu'il s'agit d'un contrat visant à remplacer celui d'une chargée de projet qui y a mis fin en date du 4 mars 2022. On y indique par ailleurs que l'octroi du contrat était nécessaire pour maintenir la qualité des services dispensés au public, considérant que des départs de chargés de projet étaient à prévoir sous peu.

L'AMP a questionné cette attribution de gré à gré, alors que la procédure hybride prévoit qu'un processus d'appel d'offres doit être effectué lorsque prend fin un contrat dont le renouvellement est systématique. Le justificatif soumis à l'AMP indique qu'un besoin urgent devait être comblé compte tenu des nombreux projets en cours de la Société québécoise des infrastructures, projets auxquels le MCC participe pour l'application de la Politique. Le MCC désirait ainsi s'assurer qu'il n'y ait pas de bris de service, notamment au regard de la charge de travail de ses autres prestataires de services en relation contractuelle agissant à titre de chargés de projets et des délais occasionnés par la publication d'un appel d'offres.

Ce contrat n'a pas été renouvelé et a fait l'objet d'un processus d'appel d'offres par la suite¹⁴, comme le prévoit la procédure hybride. Toutefois, la durée du contrat prévu à l'appel d'offres est d'un an avec une option de renouvellement de deux ans, ce qui contrevient à la procédure.

Enfin, pour quatre des cinq contrats octroyés par AOP qui sont toujours en cours d'exécution, incluant celui mentionné précédemment, l'examen de l'AMP a permis de constater que :

¹³ Contrat de gré à gré publié au SEAO sous le numéro 1612670.

¹⁴ Appel d'offres public identifié au SEAO sous le numéro 1716942.

- Les contrats identifiés par le MCC ont tous été attribués de gré à gré une première fois, et ce, même s'ils devaient faire l'objet d'un processus d'AOP selon la procédure hybride.
- Le justificatif soumis par le MCC est le même chaque fois qu'il contourne sa propre procédure hybride, soit l'urgence de combler le besoin (pour cause de départ d'un prestataire de services ou d'un volume important de projets) et d'éviter un bris de service, ainsi que les délais occasionnés par un processus d'AOP.
- Les appels d'offres publiés par le MCC n'ont reçu qu'une seule soumission au terme de chaque processus. Par ailleurs, le seul soumissionnaire avait préalablement obtenu un contrat de gré à gré l'année précédant la publication de l'appel d'offres.

Au terme de sa vérification, l'AMP est d'avis que le MCC contrevient au cadre normatif à plusieurs égards. Tout d'abord, la procédure hybride est non conforme au cadre normatif. Elle a pour effet de créer un régime à deux vitesses et d'instaurer, au sein du même service, une distinction entre les prestataires de services déjà en relation contractuelle avec le MCC lors de l'adoption de la Fiche et ceux qui souhaitent le devenir. La procédure hybride va donc à l'encontre des grands principes des marchés publics que sont notamment le traitement intègre et équitable des concurrents et la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics. Recourir à la procédure d'AOP seulement lorsqu'un ancien prestataire de services décide de mettre fin à son contrat ne fait pas état d'une saine gestion contractuelle promouvant une sollicitation intègre et équitable de la concurrence, comme le prévoit le cadre normatif.

De surcroît, l'AMP constate que l'application de cette procédure a pour effet de créer une perception erronée de sa conformité chez certains prestataires de services. À ce sujet, l'AMP a pris connaissance d'une correspondance d'une des chargées de projet, attributaire d'un contrat de gré à gré. Celle-ci évoque notamment le fait que la publication d'appels d'offres a fragilisé la cohésion du groupe sur plusieurs plans, entre autres par la création de différences salariales au sein des prestataires de services œuvrant au SIAA. De tels propos reflètent une méconnaissance du cadre normatif. La création d'un mode alternatif de sollicitation des marchés publics alimente et renforce cette perception d'iniquité.

Bien que le MCC qualifie cette solution de « temporaire » afin d'éventuellement atteindre la conformité au cadre normatif, l'AMP ne peut la cautionner. Tous les organismes publics sont appelés à relever des défis qui leur sont propres quant aux ressources disponibles pour combler les mandats qu'ils ont à réaliser, peu importe le champ d'expertise. De même, craindre que les prestataires de services ne soumissionnent pas sur les appels d'offres par manque de connaissances du processus, pour cause de lourdeur administrative ou par absence d'intérêt ne constitue pas une justification valable. Quant à l'argument voulant que les prestataires de services puissent s'entendre à l'avance sur l'offre de prix à être déposée afin, notamment, de ne pas être en concurrence, l'AMP rappelle que le MCC dispose de divers outils permettant de mitiger les risques de collusion au sein de son organisme, tels que la création et la mise en place d'un plan de gestion des risques en matière de corruption et de collusion dans les processus de gestion contractuelle, et que l'Unité permanente anticorruption est le partenaire à solliciter dans une telle situation.

Quant aux démarches préalables qui ont été effectuées, dont l'évaluation des besoins ou l'analyse de marché, l'AMP note que les processus ciblés par la vérification n'ont bénéficié d'aucun exercice relatif à ces obligations. Effectuer cet exercice de façon rigoureuse contribuerait à bien circonscrire les éléments essentiels pour répondre au besoin du MCC et ainsi favoriser la concurrence à sa plus grande capacité, en mettant en place tous les éléments favorisant l'obtention d'un plus grand nombre de soumissions lors des publications d'appels d'offres. À ce sujet, le MCC a spécifié lors des entrevues que la responsabilité de cet exercice appartient aux secteurs requérants et que des outils visant à les soutenir dans l'accomplissement de cette tâche sont en cours de développement. L'AMP est toutefois d'avis que la délégation de cette responsabilité ne constitue pas un prétexte valable pour ne pas s'acquitter de la tâche ni s'assurer qu'elle est bel et bien effectuée.

Enfin, l'AMP rappelle que la planification des besoins, qui comprend notamment la détermination des besoins et l'estimation des coûts, doit être complétée avant de procéder au lancement de tout processus contractuel. Ne pas effectuer cet exercice correctement peut mener, notamment, à un choix erroné quant au mode de sollicitation à utiliser pour combler les besoins, en plus d'engendrer une possible situation de fractionnement. Dans le cas présent, accorder à certains chargés de projet l'obtention d'un traitement préférentiel par le renouvellement annuel systématique de leurs contrats, tout en sachant pertinemment qu'ils combleront des besoins récurrents, a non seulement pour effet de créer une situation inéquitable, mais également de répartir les besoins en plusieurs contrats de gré à gré de façon à soustraire le MCC de l'obligation de procéder selon le processus d'appel d'offres, ce qui crée une situation de fractionnement.

4. CONSIDÉRATIONS ADDITIONNELLES

L'article 21.0.2 de la LCOP énonce les fonctions relevant du responsable de l'application des règles contractuelles (RARC), notamment celle l'obligeant à veiller à la mise en place de toute mesure visant à respecter les règles contractuelles prévues à la LCOP et à ses règlements, ses politiques et ses directives, ainsi qu'à l'intégrité des processus internes de l'organisme. Les fonctions du RARC consistent également à s'assurer de la qualité du personnel qui exerce des activités contractuelles au sein de l'organisme.

La *Politique concernant les responsables de l'application des règles contractuelles*¹⁵ vise à soutenir les RARC, à définir leur rôle et leurs responsabilités et à favoriser la cohérence dans l'exécution de leurs fonctions.

L'AMP a déjà abordé à plusieurs reprises l'importance du rôle de RARC dans une organisation. Ce rôle essentiel vise notamment à promouvoir la saine gestion contractuelle au sein des organismes publics. Le rôle de RARC est également stratégique, puisque cette personne veille au respect du cadre normatif dans le cadre des processus de gestion contractuelle de l'organisme au sein duquel elle exerce ses fonctions.

¹⁵ *Politique concernant les responsables de l'application des règles contractuelles*, C.T. 220867 du 7 mai 2019.

Enfin, choisir d'exercer le rôle de RARC au sein d'un organisme contribue à l'atteinte des objectifs du législateur, soit l'efficacité, l'efficience et la cohérence du cadre normatif dans les processus de gestion contractuelle. L'AMP rappelle que la fonction de RARC comporte des responsabilités importantes qui doivent être assumées avec rigueur et ne peuvent être exercées de façon superficielle ou sporadique. En effet, la personne exerçant le rôle de RARC doit avoir une connaissance approfondie du cadre normatif applicable afin de réaliser son mandat de manière adéquate.

L'AMP considère qu'une implication plus soutenue et proactive de la personne exerçant le rôle de RARC dans les activités en lien avec la gestion contractuelle du MCC est primordiale, notamment quant au respect du cadre normatif dans les processus d'adjudication et d'attribution ou quant aux mesures mises en place afin d'assurer le respect de la *Loi sur la gestion et le contrôle des effectifs des ministères, des organismes et des réseaux du secteur public ainsi que des sociétés d'État*¹⁶. De plus, en tant qu'intervenant stratégique, il serait important que la personne exerçant le rôle de RARC contribue à identifier, analyser et évaluer les risques de corruption et de collusion énoncés par les divers intervenants dans les processus d'adjudication et d'attribution du SIAA afin de mettre en place des contrôles ou des mesures d'atténuation appropriés pour répondre à leurs préoccupations.

5. CONCLUSION

VU l'obligation pour le MCC d'assurer un traitement intègre et équitable des concurrents et de permettre la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics.

VU le caractère d'ordre public des dispositions de la LCOP relatives à l'adjudication et à l'attribution de contrats publics.

VU l'adoption par le MCC d'une procédure hybride qui ne respecte pas le cadre normatif.

VU l'obligation pour le MCC de procéder à une évaluation préalable adéquate et rigoureuse des besoins.

VU le renouvellement annuel systématique de contrats de gré à gré.

VU le principe voulant qu'un organisme public ne puisse répartir ses besoins dans l'intention de se soustraire à la procédure d'appel d'offres public.

VU les manquements au cadre normatif.

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

RECOMMANDE au dirigeant du ministère de la Culture et des Communications de mettre fin à l'application de la procédure hybride pour ses activités en gestion contractuelle.

¹⁶ *Loi sur la gestion et le contrôle des effectifs des ministères, des organismes et des réseaux du secteur public ainsi que des sociétés d'État*, RLRQ c. G -1.011.

RECOMMANDE au dirigeant du ministère de la Culture et des Communications de :

- Se doter de procédures efficaces et efficientes lors de l'étape de la planification des besoins afin d'assurer qu'il y ait une évaluation préalable adéquate et rigoureuse des besoins lors du processus d'adjudication des contrats.
- Se doter de balises afin d'assurer que l'évaluation préalable adéquate et rigoureuse des besoins permette une réelle ouverture à la concurrence.
- Se doter de procédures efficaces et efficientes visant à identifier le mode de sollicitation applicable suivant les obligations contenues au cadre normatif et d'en respecter les principes.
- Procéder à l'élaboration et à la mise en œuvre de mesures de contrôle visant à s'assurer que les procédures ci-devant mentionnées sont comprises, respectées et appliquées par l'ensemble du personnel impliqué dans la passation de contrats publics.

RECOMMANDE au dirigeant du ministère de la Culture et des Communications de poursuivre la formation de l'ensemble de son personnel impliqué dans la passation de contrats publics.

RECOMMANDE au dirigeant du ministère de la Culture et des Communications d'informer, par écrit, les membres de son personnel impliqués dans la passation de contrats publics de la présente décision.

REQUIERT du ministère de la Culture et des Communications de lui soumettre, par écrit, dans un délai de 45 jours, un plan d'action identifiant :

- Les mesures prises pour donner suite à ces recommandations ainsi que les échéances prévues pour leur mise en œuvre.
- Les explications permettant d'établir que les mesures mises en œuvre, sur les plans qualitatif ou quantitatif, répondent pleinement aux recommandations.

Fait le 11 septembre 2024

Gino Francoeur
Président-directeur général par intérim
ORIGINAL SIGNÉ