

Recommandations formulées au dirigeant du CHU de Québec concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1130194 (article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No recommandation : 2021-08

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1, a. 22, 23, 31, 35

1. Mandat de l'Autorité des marchés publics

En vertu des deux premiers paragraphes de l'article 21 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*¹ (la « Loi »), l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a notamment pour fonction d'examiner les processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public, ou l'exécution d'un contrat public.

Conformément à l'article 22 de la Loi, l'AMP peut vérifier l'application de la Loi. Elle peut, en outre, vérifier si le processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public, si l'exécution d'un contrat public ou si la gestion contractuelle d'un organisme public visé au paragraphe 4 du premier alinéa de l'article 21 s'effectue conformément au cadre normatif auquel l'organisme public concerné est assujéti.

2. Vérification déclenchée par l'AMP

L'AMP a pour mission de surveiller l'ensemble des contrats publics au Québec afin d'assurer le respect du cadre normatif applicable aux organismes publics et municipaux en matière de passation des marchés publics.

L'AMP administre également, depuis le 25 janvier 2019, le Registre des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter (le « REA »), ainsi que le Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics (le « RENA »), auparavant respectivement sous la responsabilité de l'Autorité des marchés financiers et du Secrétariat du Conseil du trésor.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

Par sa vigie, l'AMP a identifié plusieurs organismes publics et municipaux qui ont conclu des contrats comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement par décret avec des entreprises qui ne détenaient pas d'autorisation de contracter ou de sous-contracter avec un organisme public (« Autorisation »), alors qu'une telle autorisation était requise.

3. Faits

Le 19 janvier 2018, le CHU de Québec a publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») l'appel d'offres public portant le numéro de référence 1130194 visant l'octroi d'un contrat de services de nature technique pour l'entretien préventif des équipements de laverie et de stérilisation, pour la période du 1^{er} juin 2018 au 31 mai 2021, sans option de renouvellement.

L'appel d'offres public a été divisé en trois lots, correspondant chacun à un type de service. Selon les renseignements apparaissant au SEAO, le lot 1 a été octroyé, par contrat comportant une dépense totale de 1 022 527,46 \$, à l'entreprise Steris Canada Inc. Le contrat a été conclu le 1^{er} juin 2018, toujours selon les renseignements apparaissant au SEAO.

La vérification effectuée par l'AMP permet de constater que Steris Canada Inc. ne détient pas son Autorisation, et qu'elle ne la détenait pas au moment de déposer sa soumission à l'appel d'offres 1130194, ni au 1^{er} juin 2018.

En date de la présente décision, le contrat adjugé à Steris Canada Inc. est toujours en cours d'exécution. Il prendra fin le 31 mai 2021.

4. Cadre normatif applicable

Le CHU de Québec est un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*², ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*³ (la « LCOP »).

Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CHU de Québec est tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des directives qui en découlent. Plus particulièrement, il est assujéti aux dispositions des articles 21.17 et suivants de la LCOP.

5. Analyse

La transparence, l'équité et la saine concurrence constituent les pierres d'assise et les principes fondamentaux établis par le législateur afin de promouvoir la confiance du public dans les marchés publics.

² RLRQ, c. S-4.2

³ RLRQ, c. C-65.1

Ces principes sont au bénéfice des entreprises, des organismes publics et des contribuables québécois; ils ont pour finalité d'attester l'intégrité des processus contractuels⁴.

Parmi les moyens mis en place par l'État pour préserver ces principes fondamentaux, le régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État a été créé; celui-ci prévoit la vérification préalable de l'intégrité des entreprises souhaitant contracter avec l'État, selon les critères et les conditions déterminés par la LCOP.

Ce système vise à vérifier, en amont, qu'une entreprise partie à un contrat (ou à un sous-contrat) public satisfait 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) public⁵.

Ces conditions visent notamment à promouvoir la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents. Particulièrement, le régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État vise à protéger le public, qui a un intérêt à ce que les contrats payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres.

Depuis le 25 janvier 2019, l'AMP assure toutes les responsabilités de surveillance des marchés publics⁶, notamment l'administration du régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État, prévu au chapitre V.2 de la LCOP.

L'article 21.17 de la LCOP édicte la règle selon laquelle toute entreprise qui souhaite conclure un contrat ou un sous-contrat public d'une certaine envergure avec un organisme public doit détenir une Autorisation :

21.17 Une entreprise qui souhaite conclure avec un organisme public tout contrat comportant une dépense, incluant la dépense découlant de toute option prévue au contrat, qui est égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement doit obtenir à cet effet une autorisation de l'Autorité des marchés publics. Ce montant peut varier selon la catégorie de contrat.

Une entreprise qui souhaite conclure tout sous-contrat public comportant une dépense égale ou supérieure à ce montant doit également être autorisée.

⁴ LCOP, art. 2

⁵ LCOP, art. 21.17 et 21.27

⁶ Projet de loi n° 108, *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics*, 41^e lég. (Qc), 1^{ère} sess., 2017

Aux fins de l'article 21.17 de la LCOP, les contrats et les sous-contrats de services visés sont, en vertu du Décret 435-2015⁷ entré en vigueur le 2 novembre 2015, les contrats et les sous-contrats de services comportant une dépense égale ou supérieure à 1 000 000 \$, incluant, le cas échéant, le montant de la dépense qui serait engagée si toutes les options de renouvellement étaient exercées.

L'article 21.18 de la LCOP édicte, quant à lui, le moment auquel une entreprise doit être autorisée :

21.18 L'entreprise qui conclut un contrat avec un organisme public ou qui conclut un sous-contrat public doit être autorisée à la date de la conclusion de ce contrat ou de ce sous-contrat. Dans le cas d'un consortium, chaque entreprise le composant doit, à cette date, être individuellement autorisée.

En outre, l'entreprise qui répond à un appel d'offres en vue de la réalisation d'un contrat public ou d'un sous-contrat public doit être autorisée à la date du dépôt de sa soumission, sauf si l'appel d'offres prévoit une date différente mais antérieure à la date de conclusion du contrat.

Une autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du sous-contrat.

L'entreprise qui répond à un appel d'offres public et dont la soumission comporte une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement, en fonction de la catégorie de contrat dont il s'agit, doit détenir une Autorisation à la date du dépôt de la soumission ou, au plus tard, si les documents d'appel d'offres le prévoient, à la date de la conclusion du contrat. Cette Autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution dudit contrat public.

Le contrat de services octroyé par le CHU de Québec à Steris Canada Inc., comportant une dépense totale de 1 022 527,46 \$, était un contrat assujéti à l'obligation de l'entreprise de détenir une Autorisation minimalement au moment de la conclusion du contrat. Or, au moment de conclure le contrat le 1^{er} juin 2018, Steris Canada Inc. ne possédait pas son Autorisation.

La LCOP est une loi d'ordre public et les règles relatives à l'octroi des contrats publics sont impératives. Plus particulièrement, les tribunaux ont précisé à plusieurs reprises que la règle établissant l'obligation de l'entreprise de posséder une Autorisation lorsque la dépense associée au contrat entrevu est égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement est une règle d'ordre public⁸.

⁷ Décret 435-2015 du 27 mai 2015, (2015) 147 G.2. 1627

⁸ 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

La Cour supérieure, dans l'affaire 9150-0124 *Québec inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (Ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports)*, affirme ce qui suit :

« Étant donné que les dispositions législatives et réglementaires qui imposent l'appel d'offres à un organisme public sont des règles impératives et d'ordre public, la procédure d'appel d'offres imposée aux organismes publics constitue alors une formalité impérative et non directive. En conséquence, l'exigence de fournir une autorisation de contracter de l'AMF est une condition d'ordre public.⁹ »
(Nos soulignements)

La détention d'une Autorisation est une condition d'admissibilité¹⁰ impérative à laquelle les organismes publics et municipaux ne peuvent déroger, à moins d'une permission spécifique à l'effet contraire.

En effet, le législateur a prévu la possibilité pour le Conseil du trésor ou, dans le cas d'un organisme municipal, pour le ministre des Affaires municipales et de l'Habitation, de permettre la conclusion d'un contrat public ou d'un sous-contrat rattaché directement à un contrat public avec une entreprise qui ne détient pas son Autorisation alors qu'une telle Autorisation est requise¹¹. Toutefois, en l'espèce, le CHU de Québec n'a pas obtenu une telle permission du Conseil du trésor.

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 le public. La détention de l'Autorisation est une condition d'admissibilité nécessaire à la formation d'un contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement.

Cette règle vise à protéger le public, qui a un intérêt à ce que les contrats payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres¹². Par conséquent, le défaut de détenir une Autorisation entraîne la nullité absolue du contrat public.

Il revient aux organismes publics et municipaux d'assurer le respect du régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État mis en place avec l'adoption des dispositions de la LCOP relatives à l'Autorisation. Les organismes publics et municipaux ne peuvent avoir un rôle passif : ils sont des acteurs clés dans l'intégrité des marchés publics.

⁹ 9150-0124 *Québec inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (Ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports)*, préc., note 8, par. 30

¹⁰ *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4 art. 6; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, art. 6

¹¹ LCOP, art. 25.0.3 al. 3. Cet article est applicable aux contrats conclus par les organismes municipaux via le truchement de l'article 573.3.3.3 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 ou de l'article 938.3.3 du *Code municipal*, RLRQ, c. C-27.1.

¹² *Entreprise QMD inc. c. Ville de Montréal*, préc., note 8, par. 57

D'ailleurs, l'AMP tient un registre public des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter avec un organisme public, qui permet aux diverses parties prenantes de la passation des marchés publics d'y accéder pour vérifier si une entreprise est titulaire d'une Autorisation, lorsque requis¹³.

Dans le dossier qui fait l'objet de la présente décision, l'AMP note que la *Procédure relative aux autorisations et publications requises en matière de gestion contractuelle* du CHU de Québec, prévoit, à son article 6.2.1, que les agents de la gestion financière doivent s'assurer que « tout contractant pour un contrat engendrant une dépense égale ou supérieure aux seuils décrétés par l'AMF détient une autorisation de contracter émise par l'AMF ».

La preuve recueillie par l'AMP dans le cadre de sa vérification révèle que l'agent d'approvisionnement, ainsi que le responsable de l'application des règles contractuelles, savaient que Steris Canada Inc. ne détenait pas son Autorisation à la date de la conclusion du contrat. Toutefois, avec l'accord du responsable de l'application des règles contractuelles, l'agent d'approvisionnement a tout de même adjugé le contrat à Steris Canada Inc. – bien qu'il ne détenait pas de permission en ce sens du Conseil du trésor – puisque plusieurs équipements n'avaient pas eu d'entretien préventif depuis plusieurs mois, ce qui mettait en péril l'efficacité des blocs opératoires des hôpitaux. Malgré le contexte d'urgence allégué, il demeure que le cadre normatif ne permet pas au CHU de Québec de déroger aux règles des articles 21.17 et 21.18 de la LCOP sans permission préalable du Conseil du trésor.

Après analyse du dossier, notamment des documents et des renseignements reçus dans le cadre de ses pouvoirs de vérification, l'AMP a constaté que le CHU de Québec n'agit pas en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable. En effet, le CHU de Québec ne pouvait pas octroyer le contrat de services visant l'entretien préventif des équipements de laverie et de stérilisation à Steris Canada Inc. puisqu'en date du 1^{er} juin 2018, l'entreprise ne détenait pas son Autorisation. Il s'ensuit donc que l'exécution de ce même contrat par l'entreprise est, à ce jour, contraire au cadre normatif.

Par ailleurs, l'AMP souhaite soulever une problématique en lien avec les documents d'appel d'offres publiés par le CHU de Québec. En effet, l'article 1.04.15 du document *Régie* stipule ce qui suit :

« A) Détention

Si le montant de la Soumission, incluant, le cas échéant, les Options, fait en sorte que le Contrat comporte une dépense égale ou supérieure à UN MILLION DE DOLLARS (1 000 000 \$), l'adjudicataire doit, dans les TRENTE (30) jours de l'émission de l'Avis d'Adjudication, détenir une autorisation de contracter délivrée par l'Autorité des marchés financiers. La conclusion du Contrat demeure conditionnelle à la détention de cette autorisation. »

¹³ Il s'agit là d'une obligation imposée à l'AMP par les articles 21.45 et 21.46 de la LCOP.

L'article 21.18 alinéa 2 de la LCOP prévoit que l'adjudicataire d'un contrat public doit détenir son Autorisation, au plus tard à la date du dépôt de sa soumission, sauf si l'appel d'offres prévoit une date différente, mais qui se doit d'être antérieure à la date de la conclusion du contrat.

L'article 1.04.15 du document *Régie* de l'appel d'offres 1130194 constitue une clause d'adjudication conditionnelle, c'est-à-dire qu'elle a pour objet de reporter la date de conclusion du contrat avec le prestataire retenu à une date ultérieure, sous réserve que l'entreprise remplisse la condition énoncée dans le délai fixé.

En ce sens, l'article 1.04.15 du document *Régie* est, en soi, conforme aux prescriptions de la LCOP, puisqu'à la date de l'émission de l'avis d'adjudication, si l'entreprise ne possède toujours pas son Autorisation, la conclusion du contrat demeure conditionnelle. Cependant, une telle disposition nécessite qu'un suivi approprié soit effectué par l'organisme public afin de s'assurer que l'entreprise qui se voit transmettre l'avis d'adjudication obtient son Autorisation dans le délai imparti. Dans le cas contraire, le contrat ne peut être conclu avec cette entreprise. Au surplus, tant que l'entreprise ne détient pas son Autorisation, le contrat ne peut être considéré comme conclu.

La preuve recueillie par l'AMP dans le cadre de sa vérification révèle que, à la suite de l'adjudication du contrat, l'agent d'approvisionnement responsable du dossier avait l'intention de faire un suivi avec Steris Canada Inc. afin de valider l'état d'avancement de leurs démarches visant à obtenir l'Autorisation. Cependant, il appert que ce même agent d'approvisionnement a dû s'absenter et que, pendant son absence, aucun suivi de ce dossier n'a été fait au sein de l'équipe de la gestion contractuelle.

6. Conclusion

VU que la LCOP vise à protéger les deniers publics et à promouvoir la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents;

VU l'importance accordée par le législateur au régime relatif d'autorisation de contracter et de sous-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 ou municipal comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement de détenir une Autorisation;

VU l'octroi d'un contrat à un contractant ne détenant pas son Autorisation;

VU que le CHU de Québec n'a pas obtenu de dérogation 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 que le contrat octroyé à Steris Canada Inc. prend fin le 31 mai 2021;

VU l'absence de suivi effectué auprès de Steris Canada Inc., tel que le requiert l'article 1.04.15 du document *Régie* de l'appel d'offres public 1130194;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la Loi, l'AMP

RECOMMANDE au dirigeant du CHU de Québec 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 détient une Autorisation;

RECOMMANDE au dirigeant du CHU de Québec de se doter de procédures efficaces et efficientes visant à s'assurer que toute entreprise exécutant un contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au montant fixé par le gouvernement maintient son Autorisation durant l'exécution du contrat;

RECOMMANDE au dirigeant du CHU de Québec d'assurer la formation des employés travaillant en gestion contractuelle sur les exigences de la LCOP en lien avec l'Autorisation;

RECOMMANDE au dirigeant du CHU de Québec de s'assurer que, lorsqu'il utilise une clause d'adjudication conditionnelle dans des documents d'appel d'offres, le suivi approprié soit effectué;

RECOMMANDE au dirigeant du CHU de Québec de mettre en place un processus de contrôle assurant le respect des procédures décrites ci-dessus;

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

Fait le 2 mars 2021

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ