

Recommandations formulées au dirigeant du Centre hospitalier de l'Université de Montréal concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1169108 (article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No recommandation : 2021-14

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 29 mai 2018, le Centre hospitalier de l'Université de Montréal (le « CHUM ») a publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») l'appel d'offres public portant le numéro de référence 1169108, visant l'adjudication d'un contrat de services de nature technique pour de la main-d'œuvre indépendante, plus précisément, des mécaniciens, des mécaniciens de machinerie fixe, des techniciens et de conseillers en bâtiment. Ce contrat est d'une durée de trois ans, et deux options de renouvellement d'une année chacune sont prévues.

Selon les renseignements apparaissant au SEAO, le contrat a été conclu le 6 août 2018 avec l'entreprise Gestion technique d'immeubles Roy inc. (« Gestion Roy »), pour une dépense totale, incluant les options de renouvellement, de 2 446 775 \$.

La vérification effectuée par l'AMP permet de constater que Gestion Roy détient son Autorisation et qu'elle est inscrite au REA depuis le 17 avril 2020. Cependant, l'entreprise ne détenait pas d'Autorisation au moment de déposer sa soumission à l'appel d'offres 1169108, ni au 6 août 2018.

Au moment de la présente décision, le contrat est toujours en cours d'exécution. Selon les documents d'appel d'offres, le contrat est sujet à renouvellement le 31 juillet 2021.

4. Cadre normatif applicable

Le CHUM 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 CHUM 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.

² RLRQ, c. S-4.2

³ RLRQ, c. C-65.1

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. 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 CHUM à Gestion Roy, comportant une dépense totale de 2 446 775 \$, 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 6 août 2018, Gestion Roy ne possédait pas une telle 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 CHUM 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 divers acteurs de la passation des marchés publics d'y accéder pour vérifier si une entreprise est titulaire d'une Autorisation, lorsque requis¹³.

La preuve recueillie par l'AMP au cours de sa vérification révèle que, bien que la formation des employés travaillant en gestion contractuelle au sein du CHUM soit assurée, il n'existe aucune procédure systématique mise en place pour vérifier si les soumissionnaires détiennent leur Autorisation lorsque requis.

Ni les politiques internes du CHUM, ni la *Liste de vérification des exigences requises pour l'appel d'offres* utilisée dans le cadre de l'examen de la conformité des soumissions déposées en réponse à l'appel d'offres 1169108 ne font mention de l'exigence de détenir une Autorisation au-dessus de certains seuils, pour certaines catégories de contrats.

Après analyse du dossier, notamment des documents et des renseignements reçus dans le cadre de ses pouvoirs de vérification, l'AMP constate que le CHUM n'agit pas en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable.

En effet, le CHUM ne pouvait pas octroyer le contrat de services visant la main-d'œuvre indépendante à Gestion Roy puisqu'en date du 6 août 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 CHUM. En effet, l'article 1.05.15 du document *Régie* se lit comme suit :

« En cours d'exécution du Contrat découlant du présent Appel d'Offres, l'ORGANISME PUBLIC peut, sur autorisation du gouvernement et à l'intérieur des délais et selon les modalités particulières déterminés par le gouvernement, obliger le PRESTATAIRE DE SERVICES ainsi que les entreprises parties à un sous-contrat rattaché directement ou indirectement à ce Contrat à obtenir une autorisation de contracter de l'Autorité des marchés financiers. »

Cette disposition est susceptible de créer une ambiguïté auprès des soumissionnaires quant au moment où l'Autorisation est requise.

En effet, 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.

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

Par ailleurs, en vertu de l'article 21.17.2 de la LCOP, c'est le gouvernement qui peut obliger une entreprise partie à un contrat public ou à un sous-contrat public qui est en cours d'exécution à obtenir, dans le délai qu'il indique, une Autorisation. Cette prérogative n'appartient pas à l'organisme public, mais bien au gouvernement qui peut, en cours d'exécution d'un contrat, exiger d'une entreprise qu'elle obtienne une Autorisation, alors que cette dernière n'était pas requise au regard de l'article 21.17 de la LCOP.

De l'avis de l'AMP, l'article 1.05.15 du document *Régie* de l'appel d'offres public 1169108 va à l'encontre des prescriptions de la LCOP et est susceptible de créer une confusion parmi les soumissionnaires en ce qu'il semble placer le moment de l'obtention de l'Autorisation pendant la période d'exécution du contrat, si le CHUM l'exige et sur autorisation du gouvernement.

L'AMP recommande donc au CHUM d'utiliser un libellé similaire à celui proposé par le Conseil du trésor dans les documents types d'appel d'offres, par ailleurs accessibles aux organismes publics :

« Si le montant de la soumission fait en sorte que le contrat comportera une dépense, incluant la dépense découlant de toute option prévue au contrat, qui est égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement au regard de l'obligation de détenir une autorisation de contracter, le prestataire de services doit, à la date de dépôt de sa soumission, être autorisé à contracter par l'Autorité des marchés publics. »
(Nos soulignements)

L'objectif est d'indiquer clairement aux soumissionnaires potentiels le moment où l'Autorisation est requise afin d'éviter toute non-conformité au cadre normatif. Le CHUM pourra choisir de remplacer « à la date de dépôt de sa soumission » par « à la date de la conclusion du contrat ».

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 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 CHUM n'a pas obtenu de dérogation du Conseil du trésor lui permettant de conclure un contrat public avec des entreprises qui ne détiennent pas leur Autorisation, alors qu'une telle Autorisation était requise;

VU que le contrat octroyé à Gestion Roy est sujet à renouvellement le 31 juillet 2021;

VU que l'article 1.05.15 du document *Régie* de l'appel d'offres public 1169108 va à l'encontre des prescriptions de la LCOP et est susceptible de générer une confusion quant au moment où l'Autorisation est requise;

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

RECOMMANDE au dirigeant du CHUM de ne pas procéder au renouvellement du contrat prévu le 31 juillet 2021 et de reprendre le processus d'adjudication en s'assurant de respecter le chapitre V.2 de la LCOP;

RECOMMANDE au dirigeant du CHUM 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 CHUM 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 CHUM de modifier les clauses en lien avec la détention de l'Autorisation dans les documents d'appel d'offres afin de s'assurer de refléter les exigences de la LCOP et d'éviter toute ambiguïté quant au moment où l'Autorisation est requise;

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

REQUIERT du dirigeant du CHUM 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