

Recommandations formulées au dirigeant du Centre intégré de santé et de services sociaux du Bas-Saint-Laurent concernant le contrat de gré à gré identifié sous le numéro de référence 1322245 (article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No recommandation : 2021-15

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 20 novembre 2019, le Centre intégré de santé et de services sociaux du Bas-Saint-Laurent (le « CISSS-BSL ») a publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») le contrat portant le numéro de référence 1322245, attribué de gré à gré à La Résidence des Bâisseurs de Matane (« RBM »).

Il s'agit d'un contrat de services professionnels visant des services d'hébergement et de soins de longue durée pour 24 places. Selon les termes du contrat, l'entente est d'une durée de trois ans, sans aucune possibilité de renouvellement, et elle débute le 1^{er} octobre 2019.

Le CISSS-BSL invoque l'application de l'article 42.2 (2) du *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*², permettant la conclusion de gré à gré d'un contrat avec un prestataire de services lorsqu'il vise la poursuite des services de santé ou des services sociaux dispensés actuellement par ce prestataire à des personnes vulnérables de façon à les maintenir ou à les intégrer dans leur milieu de vie. Le CISSS-BSL indique que le contrat a pour objet la prestation de services d'hébergement et de soins de longue durée à des personnes en perte d'autonomie.

Selon les renseignements apparaissant au SEAO, ce contrat comporte une dépense totale de 2 520 000 \$ et il a été conclu le 1^{er} octobre 2019. Le contrat a été signé par les représentants de RBM et du CISSS-BSL, respectivement les 4 et 7 octobre 2019.

La vérification effectuée par l'AMP permet de constater que RBM ne détient pas à ce jour son Autorisation et qu'elle ne la détenait pas au moment de conclure le contrat avec le CISSS-BSL le 1^{er} octobre 2019.

En date de la présente décision, le contrat est en cours d'exécution et il prend fin le 30 septembre 2022.

4. Cadre normatif applicable

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

² RLRQ, c. C-65.1, r. 4

³ RLRQ, c. S-4.2

⁴ RLRQ, c. C-65.1

Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CISSS-BSL 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. Ces principes sont au bénéfice des entreprises, des organismes publics et des contribuables québécois et ont pour finalité d'attester l'intégrité des processus contractuels⁵.

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) public⁶.

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 publics⁷, 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.

⁵ LCOP, art. 2

⁶ LCOP, art. 21.17 et 21.27

⁷ 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

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

Aux fins de l'article 21.17 de la LCOP, les contrats et les sous-contrats de services visés sont, en vertu du Décret 435-2015⁸ 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 conclut un contrat avec un organisme public comportant 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 de la conclusion du contrat. Cette Autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution dudit contrat public.

Le contrat de services octroyé par le CISSS-BSL à RBM le 1^{er} octobre 2019, comportant une dépense totale de 2 520 000 \$, était un contrat assujéti à l'obligation de l'entreprise de détenir une Autorisation au moment de la conclusion du contrat. Or, au moment de conclure le contrat, RBM 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 public⁹.

⁸ Décret 435-2015 du 27 mai 2015, (2015) 147 G.2. 1627

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)*, 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.¹⁰ »
(Nos soulignements)

Malgré que cet énoncé traite de la qualification de l'exigence prévue à l'article 21.17 de la LCOP dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres public, il est également applicable dans un contexte où un contrat public, dont la dépense est égale ou supérieure aux seuils fixés par le gouvernement, est attribué de gré à gré. Ainsi, la détention d'une Autorisation est une condition d'admissibilité¹¹ 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 requise¹². Toutefois, en l'espèce, le CISSS-BSL 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 intègres¹³. Par conséquent, le défaut de détenir une Autorisation entraîne la nullité absolue du contrat public.

¹⁰ 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 9, par. 30

¹¹ *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, préc., note 2, art. 6; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, art. 6

¹² 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.

¹³ *Entreprise QMD inc. c. Ville de Montréal*, préc., note 9, par. 57

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.

D'ailleurs, l'AMP tient un registre public des entreprises autorisées à contracter et 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 requis¹⁴.

Dans le dossier qui fait l'objet de la présente décision, l'AMP note que la *Politique d'approvisionnement et de la gestion contractuelle DL-PO-001* du CISSS-BSL, faisant partie du cadre normatif qui lui est applicable aux fins de l'octroi et de la gestion des contrats publics, prévoit, à son article 6.9.4, que le directeur des services techniques s'assure, en matière de contrats de construction, que les entreprises détiennent leur Autorisation. Par ailleurs, l'article 6.6.9 de ladite politique stipule que l'adjoint au directeur de la logistique – Volet approvisionnement doit s'assurer « que les entreprises avec lesquelles l'Organisme contracte font preuve de probité et d'intégrité et qu'elles possèdent les autorisations nécessaires pour agir à titre d'adjudicataire ».

La preuve recueillie par l'AMP dans le cadre de sa vérification révèle que, préalablement à l'octroi du contrat 1322245, le CISSS-BSL n'a pas vérifié si RBM détenait une Autorisation. En fait, il appert que la personne en charge du dossier croyait qu'il n'était pas nécessaire d'exiger du contractant qu'il possède son Autorisation puisque l'entente était perçue comme étant la continuité d'une entente précédente, et non comme une nouvelle entente.

À cet égard, l'AMP tient à préciser que, chaque fois qu'un organisme public a recours à l'article 42.2 du *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*¹⁵, il entame un nouveau processus d'attribution. Bien qu'une entente précédente conclue en 2013 liait le CISSS-BSL et RBM pour les mêmes services et qu'elle a été renouvelée en 2016 conformément aux termes convenus par les parties, cette entente a pris fin le 30 septembre 2019. L'entente actuellement en vigueur constitue un nouveau contrat, bien que l'objectif était d'assurer la continuité des services offerts aux usagers.

Alors que, pour l'entente conclue en 2013, RBM n'était pas assujettie à l'obligation de détenir son Autorisation puisque les seuils fixés par le gouvernement pour l'application de l'article 21.17 de la LCOP étaient, à l'époque, substantiellement plus élevés¹⁶, l'entente conclue le 1^{er} octobre 2019 était assujettie au Décret 435-2015¹⁷, entré en vigueur le 2 novembre 2015.

¹⁴ Il s'agit là d'une obligation imposée à l'AMP par les articles 21.45 et 21.46 de la LCOP.

¹⁵ Préc., note 2

¹⁶ Le seuil était alors fixé à 40 millions de dollars.

¹⁷ Préc., note 8

La vérification effectuée par l'AMP lui a également permis de constater que la *Liste de vérification des éléments de conformité des contrats*, actuellement utilisée par le CISSS-BSL, ne contient aucune mention relative à l'Autorisation.

Le CISSS-BSL assure à l'AMP que la situation vécue dans le présent dossier ne se reproduira pas et que la validation de la détention de l'Autorisation se fera à l'égard des nouveaux contrats avec des ressources intermédiaires lorsque la dépense totale l'exigera.

En outre, l'AMP souligne que ce n'est pas la première fois qu'elle interpelle le CISSS-BSL eu égard au respect des dispositions de la LCOP relatives à l'Autorisation.

En effet, dans le cadre d'un autre dossier de vérification, l'AMP a constaté que le CISSS-BSL avait exigé des entreprises voulant déposer une soumission en réponse à un appel d'offres visant l'octroi d'un contrat d'approvisionnement qu'elles détiennent leur Autorisation, alors que cette dernière n'était pas requise compte tenu de la catégorie de contrat visée. L'AMP avait ainsi porté à l'attention du dirigeant du CISSS-BSL, par le biais d'une lettre datée du 21 décembre 2020, que, ce faisant, le CISSS-BSL s'arrogeait une prérogative qui appartient exclusivement au gouvernement.

L'ensemble de ces faits amènent l'AMP à croire que le CISSS-BSL n'a pas une compréhension adéquate des obligations qui lui incombent dans le cadre du régime d'autorisation de contracter et de sous-contracter avec l'État.

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

En effet, le CISSS-BSL ne pouvait pas octroyer le contrat de services visant les services de ressources intermédiaires à RBM le 1^{er} octobre 2019 puisqu'au moment de sa conclusion, 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 un autre élément de non-conformité au cadre normatif, cette fois en lien avec l'autorisation du dirigeant du CISSS-BSL émise dans le dossier.

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*¹⁸ (la « LGCE »), applicable au CISSS-BSL, exige, à son article 16, que la conclusion de tout contrat de services soit autorisée par le dirigeant de l'organisme public.

¹⁸ RLRQ, c. G-1.011

Il s'agit là d'une mesure de contrôle relative aux contrats de services imposée par le législateur à laquelle les organismes publics assujettis ne peuvent déroger, sauf dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 16 de la LGCE.

En l'espèce, la présidente-directrice générale du CISSS-BSL a effectivement rempli et signé la *Fiche d'autorisation du dirigeant de l'organisme* afin d'autoriser l'octroi du contrat à RBM à partir du 1^{er} octobre 2019. Cependant, la preuve recueillie par l'AMP dans le cadre de sa vérification révèle que cette autorisation a été émise le 22 novembre 2019, soit presque deux mois après la conclusion du contrat et son entrée en vigueur.

Or, pour être valide, l'autorisation du dirigeant de l'organisme public requise à l'article 16 de la LGCE se devait d'être émise avant l'octroi du contrat à RBM.

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 prestataire de services ne détenant pas son Autorisation;

VU que le CISSS-BSL 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 RBM est en cours d'exécution;

VU l'absence de moyens pris par le CISSS-BSL pour s'assurer que l'entreprise adjudicatrice détient son Autorisation;

VU l'existence d'un autre dossier de vérification ayant mis en lumière l'inobservation des règles relatives à l'Autorisation par le CISSS-BSL;

VU que l'autorisation du dirigeant requise en vertu de l'article 16 de la LGCE a été signée presque deux mois après la conclusion du contrat qu'elle visait;

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

RECOMMANDE au dirigeant du CISSS-BSL de cesser l'exécution du contrat et de reprendre le processus d'attribution, en se conformant aux prescriptions du chapitre V.2 de la LCOP;

RECOMMANDE au dirigeant du CISSS-BSL 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 CISSS-BSL 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 CISSS-BSL d'assurer la formation des employés travaillant en gestion contractuelle en lien avec les exigences de la LCOP;

RECOMMANDE au dirigeant du CISSS-BSL de s'assurer que, lorsqu'une autorisation du dirigeant d'un organisme public est exigée pour la conclusion d'un contrat, cette autorisation est accordée par écrit préalablement à la conclusion du contrat afin de respecter les exigences de l'article 16 de la LCGE;

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

REQUIERT du dirigeant du CISSS-BSL 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