

## Contrats gouvernementaux

**Auteurs : Daniel Bouchard, Jules Brière, François Paradis (en collaboration avec Marie-Eve Clavet, stagiaire)**

**Uniformisation des règles relatives à la conclusion de contrats avec les organismes publics de l'Administration gouvernementale et des secteurs de l'éducation, de la santé et des services sociaux.**



*On attendait depuis plus de deux ans maintenant l'entrée en vigueur de la Loi sur les contrats des organismes publics<sup>1</sup> et de ses règlements d'application<sup>2</sup> qui visent à uniformiser les règles relatives à la conclusion des contrats entre un organisme public et des contractants privés. Le gouvernement a fixé au 1<sup>er</sup> octobre 2008, la date de la prise d'effet de ce nouveau régime.*

### Objectif

La *Loi sur les contrats des organismes publics* (ci-après « *L.c.o.p.* ») vise à uniformiser le processus d'octroi par les organismes publics québécois, du secteur gouvernemental, de l'éducation et de la santé et des services sociaux, de contrats d'approvisionnement, de contrats de travaux de construction et de services ainsi que des contrats de partenariat public-privé. Il harmonise, en outre, les seuils d'appel d'offres public avec ceux prévus par les accords de libéralisation des marchés publics conclus par le Québec.

La *L.c.o.p.* vise, entre autres, à promouvoir la transparence dans les processus contractuels, le traitement intègre et équitable des concurrents et la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.

### Champ d'application

La *L.c.o.p.* détermine à quelles conditions un organisme public peut conclure un contrat avec une personne morale à but lucratif, une société en nom collectif, une société en commandite ou en participation, une entreprise individuelle ou une entreprise dont la majorité des employés sont des personnes handicapées.

<sup>1</sup> Projet de loi no. 17 sanctionné le 15 juin 2006 (L.Q. 2006, c. 29).

<sup>2</sup> Publiés à titre de projets le 12 décembre 2007.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

Par organisme public, la *L.c.o.p.* vise notamment les entités suivantes :

1. les ministères du gouvernement;
2. les organismes dont les dépenses figurent au budget de l'État québécois;
3. les commissions scolaires, cégeps et universités;
4. les agences de la santé et des services sociaux et les établissements publics visés par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

L'application de la *L.c.o.p.* aux secteurs de l'éducation et de la santé constitue un des changements les plus importants. En effet, bien que ces secteurs aient été antérieurement assujettis à des règles en matière d'appel d'offres, celles-ci n'étaient pas les mêmes que celles applicables aux autres organismes gouvernementaux et para-gouvernementaux. Considérant que ces deux secteurs représentent à eux seuls plus de la moitié du budget québécois, il a paru approprié au législateur que des mécanismes plus stricts de transparence, d'équité et d'imputabilité leur soient imposés.

La *L.c.o.p.* prévoit également certaines normes et obligations applicables à l'Assemblée nationale et à toute personne nommée par cette dernière, ainsi qu'aux organismes dont au moins la moitié des membres ou des administrateurs sont élus ou nommés par le gouvernement ou un ministre.

**Les municipalités sont exclues de l'application de la *L.c.o.p.* puisqu'elles ne répondent à aucun des critères énumérés. Il faudra donc consulter les lois particulières qui leur sont applicables, notamment le *Code municipal* ou la *Loi sur les cités et villes* pour connaître les processus d'appel d'offres qui leur sont applicables.**

## Types de contrats visés

Un organisme public doit recourir à la procédure d'appel d'offres pour la conclusion de contrats comportant une dépense de fonds publics quant aux marchés publics suivants :

- les contrats d'approvisionnement;
- les contrats de travaux de construction;
- les contrats de services.

Sont également visés, qu'ils comportent ou non une dépense de fonds publics, les contrats de partenariat public-privé au sens de la *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec* (ci-après « *L.a.p.p.p.q.* ») et tout autre contrat déterminé par règlement du gouvernement.

## Un cas particulier : le partenariat public-privé

Tout contrat de partenariat public-privé (ci-après « PPP ») conclu par un organisme public, peu importe sa valeur, est assujetti au processus d'appel d'offres prévu par la *L.c.o.p.* Un contrat de PPP est un contrat à long terme par lequel un organisme public associe une entreprise du secteur privé, avec ou sans financement de la part de celle-ci, à la conception, à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage public.

Compte tenu de l'ampleur des engagements et des risques qu'un tel partenariat génère, le choix du cocontractant est crucial. La *L.c.o.p.* prévoit donc un assouplissement des règles générales en permettant de fractionner le processus d'appel d'offres tout en assurant le respect des principes fondamentaux prévus par la *L.a.p.p.p.q.* et la *L.c.o.p.*

La *L.c.o.p.* ne comportant que quatre articles traitant du processus d'octroi des PPP, les étapes et modalités de ce processus reposent donc sur une habilitation assez large, qui laissera probablement au gouvernement une grande marge de manœuvre pour lui permettre d'expérimenter ce nouveau type de partenariat. Il faudra donc porter une attention particulière aux documents d'appel d'offres qui indiqueront les étapes auxquelles l'organisme public a décidé de recourir.

La procédure d'appel d'offres public peut comporter différentes étapes établies selon la complexité du projet et le nombre de concurrents potentiellement intéressés. Les étapes de cette procédure seront énumérées dans les documents d'appel d'offres mais elles pourront être adaptées avec le consentement de la majorité des concurrents concernés par les étapes subséquentes.

### Pour un projet complexe, les étapes du processus d'appel d'offre de PPP pourraient être les suivantes :

1. appel d'offre initial;
2. les concurrents répondant aux critères et modalités sont retenus;
3. dialogue compétitif avec les concurrents sélectionnés;
4. dépôt des offres finales des concurrents sélectionnés;
5. sélection du concurrent retenu;
6. négociation avec le concurrent retenu.

La première étape consiste à diffuser un avis au moyen du système électronique « SEAO » informant les candidats potentiels de l'intention de l'organisme public de passer un contrat de PPP. Cet avis prévoit les critères et modalités pour l'évaluation et la présélection des concurrents. Les candidats qui répondent aux attentes de l'organisme public fixées dans l'avis, seront retenus et invités à un dialogue compétitif.

La notion de « dialogue compétitif » fait référence à une procédure selon laquelle un organisme public entretient une discussion avec les concurrents admis à y participer dans le but de définir ou de développer une solution pour répondre à ses besoins et sur la base de laquelle les participants seront invités à remettre une offre. Le recours à cette procédure pourra avoir lieu lorsqu'un marché public est considéré complexe et nécessite une expertise particulière.

Ce mécanisme déroge aux principes de l'appel d'offres classique voulant que l'organisme public ait défini au préalable ses besoins. En plus d'aider à la définition des besoins, le dialogue compétitif permet d'avoir une vision comparée plus complète des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir. En effet, les offres ne seront pas, comme cela est habituellement le cas, enfermées dès le début dans des spécifications techniques trop précises.

À cette étape, il n'est pas question d'offre mais bien de permettre à chaque concurrent de présenter sa vision du projet, de l'améliorer et de le compléter au cours du dialogue avec l'organisme public. Ce dialogue peut avoir lieu en plusieurs phases et l'organisme public doit demander aux concurrents après chacune d'elles de soumettre par écrit leur propositions.

À l'issue de chaque phase du dialogue, l'organisme public peut écarter les propositions qui ne répondent pas à ses besoins. Les organismes publics devront s'assurer, à cette étape, d'afficher une grande transparence et de traiter de manière équitable tous les compétiteurs en leur accordant par exemple les mêmes conditions d'audition, notamment quant à leur nombre et à leur durée.

Une fois le cahier de charges élaboré et transmis aux concurrents sélectionnés, ceux-ci soumettent leur offre finale et l'organisme public choisit un soumissionnaire. La *L.c.o.p.* ne prévoit pas de mode d'adjudication précis, se bornant à indiquer que celui-ci doit être mentionné dans les documents d'appel d'offres. Il y a fort à parier que le choix s'effectuera sur la base de l'offre la plus économiquement avantageuse.

À la suite du choix d'un soumissionnaire, la *L.c.o.p.* prévoit une dernière phase de négociation pour en arriver à conclure le contrat. Cette phase de négociation ne permet pas de changer les éléments fondamentaux des documents d'appel d'offres et de la proposition.

**Bien que les organismes municipaux ne soient pas assujettis à la *L.c.o.p.*, ils demeurent assujettis à la *Loi sur les sociétés d'économie mixte dans le secteur municipal* ainsi qu'à la *L.a.p.p.p.q.* lors du processus de PPP. L'analyse de ces mécanismes déborde le cadre du présent document, toutefois une attention particulière devrait être apportée quant à l'origine de l'habilitation municipale à devenir partie à un contrat de PPP. En effet, la *L.a.p.p.p.q.* ne prévoit pas une telle habilitation mais permet plutôt, comme son nom l'indique, l'institution d'une agence. Nous émettons certaines réserves quant à la possibilité, en l'absence d'une disposition claire d'habilitation, pour une municipalité de prendre part à un contrat de PPP.**

## Seuils d'admissibilité

Le législateur a établi des seuils de dépenses au-delà desquels un organisme public doit recourir au processus d'appel d'offres. Un des objectifs de la *L.c.o.p.* étant d'uniformiser les seuils d'admissibilité avec les accords intergouvernementaux signés par le Gouvernement du Québec, il faut donc se référer à ceux-ci pour connaître les seuils de dépenses applicables. Le tableau ci-dessous en fait un résumé :

	Contrats d'approvisionnement	Contrats de travaux de construction	Contrats de services
Ministères et organismes	25 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Établissements d'enseignement	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Établissements de santé et de services sociaux	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$

Note : Il n'y a pas de seuil minimal pour les PPP.

De manière à prévenir toute tentative de contournement de la *L.c.o.p.*, le législateur a précisé qu'un organisme public ne peut fragmenter ou répartir ses besoins ou apporter une modification à un contrat dans le but de se soustraire à la *L.c.o.p.*

De plus, les principes de la *L.c.o.p.* doivent être respectés lors de l'adjudication ou de l'attribution par un organisme public d'un contrat comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public. L'organisme public devra notamment envisager la possibilité de procéder par appel d'offres public ou sur invitation, et l'achat régionalisé (sous réserve d'un accord gouvernemental) de biens.

## Exceptions

Il est possible de conclure sans appel d'offres préalable certains contrats même lorsqu'ils comportent une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public applicable. Voici certains cas où cela est possible :

- lorsqu'il y a une situation d'urgence, que la sécurité des personnes ou des biens est en cause;
- lorsqu'un seul contractant est possible en raison d'une garantie, d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif;
- lorsqu'il s'agit d'une question de nature confidentielle ou protégée et qu'il est raisonnable de croire que sa divulgation, dans le cadre d'un appel d'offres public, pourrait compromettre la nature ou nuire de quelque autre façon à l'intérêt public.

## Mécanismes de transparence

Un des principaux objectifs de la *L.c.o.p.* étant la transparence, deux mécanismes ont été mis en place pour s'en assurer. Tout d'abord, les appels d'offres publics s'effectuent au moyen d'un avis diffusé dans le système électronique d'appel d'offres « SEAO ». De plus, tout contrat conclu par un organisme public comportant une dépense supérieure à 25 000\$ doit être publié en y incluant certains renseignements prévus par règlement.

## Les règlements connexes

Trois règlements d'application, pris par le gouvernement précisent et simplifient l'application de la *L.c.o.p.* Le premier porte sur les contrats d'approvisionnement, le deuxième sur les contrats de travaux de construction et le troisième sur les contrats de services.

## Contrats d'approvisionnement

Le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics* (ci-après le « Règlement sur les contrats d'approvisionnement ») précise les règles et obligations des organismes quant à l'adjudication des contrats à commande, des contrats conclus à la suite d'une évaluation de la qualité ainsi que des contrats liés à la recherche et au développement ou à l'enseignement.

Le Règlement sur les contrats d'approvisionnement permet la conclusion de contrats à commande avec un ou plusieurs fournisseurs lorsque des besoins sont récurrents et que la quantité des biens, le rythme ou la fréquence de leur acquisition sont incertains. L'organisme public indique dans les documents d'appel d'offres les quantités approximatives des biens susceptibles d'être acquis ou la valeur monétaire approximative du contrat et, le cas échéant, les lieux de livraison.

Lorsque le contrat à commande est conclu avec plusieurs fournisseurs, les commandes sont attribuées au fournisseur ayant soumis le plus bas prix. Toutefois, elles peuvent être attribuées à un autre fournisseur retenu en autant que le prix soumis n'excède pas de plus de 10% le prix le plus bas.

Il est également possible pour un organisme public d'évaluer le niveau de qualité d'une soumission en sollicitant un prix et une démonstration de la qualité en fonction de critères d'évaluation prédéterminés. Un comité de sélection, constitué à cette fin par l'organisme public, procède alors à l'évaluation de la qualité sans connaître le prix soumis. Deux types d'évaluation sont prévus, soit celle fondée sur l'atteinte du minimum de qualité et celle fondée sur la mesure du niveau de qualité suivie du calcul de rapport qualité-prix.

Pour les contrats d'approvisionnement relatif à des activités de recherche et de développement ou à des activités d'enseignement, ceux-ci peuvent être conclus de gré à gré lorsque, pour des raisons d'ordre technique ou scientifique, un seul fournisseur est en mesure de le réaliser et qu'il n'existe aucune solution de rechange ou encore de biens de remplacement.

## Contrats de travaux de construction

Le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics et abrogeant le Règlement sur les subventions à des fins de construction* (ci-après le « Règlement sur les contrats de construction ») précise les règles et obligations des organismes quant à l'adjudication des contrats à exécution sur demande, des contrats adjugés à la suite d'une évaluation de la qualité, la compensation octroyée à certains soumissionnaires lorsque leur soumission est refusée à un stade avancé de la procédure ainsi que la manière dont les différends doivent être réglés.

Le Règlement sur les contrats de construction permet la conclusion de contrats sur demande lorsque des besoins sont récurrents et que la valeur monétaire des travaux de construction, le rythme ou la fréquence de ceux-ci sont incertains. L'organisme public indique alors dans les documents d'appel d'offres la valeur monétaire approximative des travaux de construction qu'il entend faire exécuter. Il est à noter qu'un tel contrat ne peut excéder trois ans, incluant tout renouvellement.

Un organisme public peut décider d'évaluer le niveau de qualité d'une soumission en procédant à un appel d'offres en deux étapes. Tout d'abord, des entrepreneurs sont sélectionnés en sollicitant uniquement une démonstration de la qualité. Dans une étape ultérieure, les entrepreneurs sélectionnés sont invités à présenter une soumission comportant uniquement un prix. Pour les contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels, l'organisme public peut prendre en considération le niveau de qualité d'une soumission.

Les documents d'appel d'offres doivent prévoir les règles d'évaluation de la qualité des soumissions, notamment les critères d'évaluation retenus et l'importance respective de chacun d'eux. Le contrat est adjugé à l'entrepreneur ayant soumis le plus bas prix.

Pour les appels d'offres dans le domaine de la construction, lorsque la décision de ne pas donner suite à celui-ci est prise postérieurement à l'ouverture des soumissions ou, dans le cas où une évaluation de la qualité est prévue, postérieurement à la tenue du comité de sélection, le soumissionnaire qui aurait été déclaré l'adjudicataire reçoit, à titre de compensation et de règlement final pour les dépenses effectuées soit :

(1) 2000 \$, pour une soumission dont le montant est de 500 000 \$ ou plus mais inférieur à 1 000 000 \$, ou

(2) 5000 \$ pour une soumission dont le montant est de 1 000 000 \$ ou plus.

Le règlement des différends est prévu par le Règlement sur les contrats de construction. Peu importe le genre d'ouvrage, les cocontractants doivent tenter de régler leur différend à l'amiable. À défaut d'une entente entre les cocontractants, s'il s'agit d'un ouvrage se rapportant à un bâtiment ou un ouvrage de génie civil, ceux-ci doivent tenter une médiation. En dernier recours, ils peuvent faire trancher leur litige devant un tribunal judiciaire, un organisme juridictionnel ou un arbitre, selon le cas.

## Contrats de services

Le *Règlement sur les contrats de services des organismes publics et modifiant d'autres dispositions réglementaires* (ci-après le « Règlement sur les contrats de services ») précise les règles et obligations des organismes quant à l'adjudication des contrats de nature technique ou de services professionnels, les contrats à exécution sur demande, les contrats de services financiers ou bancaires, les contrats de publicité, ceux relatifs aux infrastructures de transport et aux contrats de voyage.

Pour adjuger un contrat de services de nature technique, un organisme public ne sollicite qu'un prix. Il adjuge le contrat au plus bas soumissionnaire, et en cas d'égalité, procède à un tirage au sort. Le Règlement sur les contrats de services prévoit toutefois la possibilité d'évaluer le niveau de qualité d'une soumission pour adjuger ce type de contrat.

Par contre, pour adjuger un contrat de services professionnels, le niveau de qualité d'une soumission est évalué par l'organisme public. Tout comme pour les contrats d'approvisionnements, l'évaluation peut être fondée soit sur l'atteinte du niveau minimal de qualité ou sur la mesure du niveau de qualité suivie du calcul du rapport qualité-prix. Il est toutefois possible de décider de solliciter uniquement un prix pour adjuger un contrat de services professionnels.

Un organisme public peut conclure un contrat à exécution sur demande pour un contrat de services, de la même manière que pour un contrat de construction.

### **Voici un aperçu de certains contrats de services et de leur mode d'octroi :**

- Un contrat de services financiers ou bancaires peut être conclu de gré à gré;
- Un contrat de campagne de publicité peut être adjugé uniquement sur une démonstration de la qualité;
- Un contrat de services de voyage peut être adjugé uniquement sur une démonstration de la qualité;
- Un contrat relatif aux infrastructures de transport comportant des services professionnels de génie ou d'arpentage, est sollicité sur démonstration de la qualité uniquement et les règles suivantes peuvent être appliquées sur autorisation du ministre du Transport :
  - à la suite d'un appel d'offre public, des contrats sont adjugés à plus d'un prestataire de services;
  - un contrat à exécution sur demande est adjugé à plusieurs prestataires de services.

### **Conclusion**

L'entrée en vigueur de la *L.c.o.p.* a pour effet de resserrer les normes applicables aux organismes publics et leurs cocontractants dans l'octroi de contrats. Pour gérer les étapes des appels d'offres publics, une bonne maîtrise et connaissance des règlements et de la *L.c.o.p.* est donc nécessaire.

N'hésitez pas à communiquer avec nous pour obtenir de plus amples informations sur les effets que la *L.c.o.p.* peut avoir sur le processus d'appel d'offres de votre organisme public ou entreprise. Une équipe de spécialistes se fera un plaisir de répondre à toutes vos questions.

**Daniel Bouchard**

**418 266-3055**

**[dbouchard@lavery.qc.ca](mailto:dbouchard@lavery.qc.ca)**

**Jules Brière**

**418 266-3093**

**[jbriere@lavery.qc.ca](mailto:jbriere@lavery.qc.ca)**

**François Paradis**

**418 266-3061**

**[fparadis@lavery.qc.ca](mailto:fparadis@lavery.qc.ca)**

**Pour toute demande d'information relative à ce bulletin,  
vous pouvez communiquer avec les membres des secteurs suivants :**



Affaires gouvernementales  
Affaires municipales

**Daniel Bouchard**

418 266-3055  
dbouchard@lavery.qc.ca



Affaires gouvernementales

**Jules Brière**

418 266-3093  
jbriere@lavery.qc.ca



Construction  
et cautionnement

**Daniel Alain Dagenais**

514 877-2924  
dadagenais@lavery.qc.ca



Éducation

**Pierre Daviault**

450 978-8107  
pdaviault@lavery.qc.ca



Droit Transactionnel  
Santé

**Olga Farman**

418 266-3052  
ofarman@lavery.qc.ca



Santé

**Jocelyne Forget**

514 877-2956  
jforget@lavery.qc.ca



Construction  
et cautionnement

**Pamela McGovern**

514 877-2930  
pmcgovern@lavery.qc.ca



Droit transactionnel

**François Paradis**

418 266-3061  
fparadis@lavery.qc.ca



Droit Transactionnel  
Santé

**Louis Rochette**

418 266-3077  
lrochette@lavery.qc.ca

**Montréal**  
Bureau 4000  
1, Place Ville Marie  
Montréal (Québec)  
H3B 4M4

Téléphone :  
514 871-1522  
Télécopieur :  
514 871-8977

**Montréal**  
Bureau 2400  
600, rue De La  
Gauchetière Ouest  
Montréal (Québec)  
H3B 4L8

Téléphone :  
514 871-1522  
Télécopieur :  
514 871-8977

**Québec**  
Bureau 500  
925, Grande Allée  
Ouest  
Québec (Québec)  
G1S 1C1

Téléphone :  
418 688-5000  
Télécopieur :  
418 688-3458

**Laval**  
Bureau 500  
3080, boul. Le  
Carrefour  
Laval (Québec)  
H7T 2R5

Téléphone :  
514 978-8100  
Télécopieur :  
514 978-8111

**Ottawa**  
Bureau 1810  
360, rue Albert  
Ottawa (Ontario)  
K1R 7X7

Téléphone :  
613 594-4936  
Télécopieur :  
613 594-8783

**Abonnement**  
Vous pouvez vous  
abonner, vous  
désabonner ou modifier  
votre profil en visitant la  
section Publications de  
notre site Internet  
[www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com)  
ou en  
communiquant  
avec Carole Genest  
au 514 877-3071.

© Tous droits réservés  
2008, Lavery, de Billy,  
S.E.N.C.R.L. - avocats.  
Ce bulletin destiné à  
notre clientèle fournit  
des commentaires  
généraux sur les  
développements  
récents du droit.  
Les textes ne constituent  
pas un avis juridique.  
Les lecteurs ne  
devraient pas agir  
sur la seule foi des  
informations qui y sont  
contenues.

[www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com)

**LAVERY, DE BILLY**

AVOCATS