

**Recommandations formulées au dirigeant
du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux
du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal concernant
le contrat conclu de gré à gré 1188010
(article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)**

No recommandation : 2021-09

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 30 juillet 2018, le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (le « CIUSSS-CSM ») a publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») le contrat portant le numéro de référence 1188010, attribué de gré à gré à l'entreprise RFA Verdun Limited Partnership (« RFA Verdun »). Ce contrat vise à s'adjoindre des services pour l'accueil des personnes vulnérables dans des unités locatives en résidences privées pour aînés.

Le CIUSSS-CSM invoque l'application de l'article 42.2 (3) 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 CIUSSS-CSM indique que le contrat a pour objet la prestation de services d'hébergement de personnes en difficulté d'adaptation, en situation de dépendance, ayant des problèmes de santé ou présentant une déficience, et qu'il comprend des services de soutien et d'assistance ou des services de soins médicaux.

Selon les renseignements indiqués au SEAO, ainsi que dans la copie du contrat obtenu par l'AMP dans le cadre de sa vérification, ce contrat a été conclu le 12 avril 2018. Le contrat signé par les parties prévoit qu'il entre en vigueur à la date de sa signature (le 12 avril 2018), qu'il est d'une durée initiale de 12 mois, et qu'il est sujet à deux options de renouvellement de 12 mois chacune. Ce contrat comporte une dépense totale de 1 170 000 \$, incluant les options de renouvellement. La vérification effectuée par l'AMP permet de constater que RFA Verdun détient une Autorisation et est inscrite au REA depuis le 17 juin 2019. Cependant, RFA Verdun ne détenait pas son Autorisation au moment de conclure le contrat le 12 avril 2018. En date de la présente décision, le contrat est toujours en cours d'exécution et prendra fin en avril 2021.

4. Cadre normatif applicable

Le CIUSSS-CSM 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 CIUSSS-CSM 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; ils 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 est 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 CIUSSS-CSM à RFA Verdun, comportant une dépense totale de 1 170 000 \$, 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 le 12 avril 2018, RFA Verdun 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)

Bien 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 CIUSSS-CSM 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.

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.

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*, 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

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

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 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 requis¹⁴.

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 CIUSSS-CSM n'agit pas en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable.

En effet, le CIUSSS-CSM ne pouvait pas octroyer le contrat de services visant des services professionnels en résidences privées pour aînés à RFA Verdun puisqu'en date du 12 avril 2018, cette dernière 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 dispositions du contrat conclu avec RFA Verdun. En effet, l'article 15 dudit contrat stipule ce qui suit :

« En cours d'exécution du Contrat, le CCSMTL peut, si le seuil établi à cet égard par le gouvernement le requiert et à l'intérieur des délais qu'il impose à cette fin, obliger la RPA et, dans le cas d'un consortium, chacune des entreprises le composant, ainsi que les entreprises parties à un sous-contrat rattaché directement ou indirectement au présent contrat à obtenir une autorisation à contracter de l'Autorité des marchés financiers. »

Cette disposition crée une ambiguïté quant au moment où l'Autorisation est requise.

En effet, l'article 21.18 alinéa 1 de la LCOP prévoit que l'entreprise qui se voit attribuer un contrat public de gré à gré doit détenir son Autorisation, au plus tard à la date de la conclusion du contrat.

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.

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

Ainsi, l'article 15 du contrat conclu avec RFA Verdun va à l'encontre des prescriptions de la LCOP en ce qu'il semble placer le moment de l'obtention de l'Autorisation pendant la période d'exécution du contrat, si le CIUSSS-CSM l'exige.

L'AMP recommande donc au CIUSSS-CSM d'utiliser un libellé qui reprend les termes de l'article 21.18 al. 1 de la LCOP. L'objectif est d'indiquer clairement à l'entreprise à qui le CIUSSS-CSM entend attribuer le contrat le moment où l'Autorisation est requise afin d'éviter toute non-conformité au cadre normatif.

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 CIUSSS-CSM 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 RFA Verdun se termine en avril 2021;

VU que l'article 15 du contrat conclu avec RFA Verdun va à l'encontre des prescriptions de la LCOP quant au moment où l'Autorisation doit être détenue;

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

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-CSM 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 CIUSSS-CSM 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 CIUSSS-CSM 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 CIUSSS-CSM de modifier les clauses en lien avec l'Autorisation dans les contrats qu'il conclut 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 CIUSSS-CSM de mettre en place un processus de contrôle assurant le respect des procédures décrites ci-dessus;

REQUIERT du dirigeant du CIUSSS-CSM 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