

Actualité juridique

Adoption de la Loi 108 : l’Autorité des marchés publics veillera sur les processus d’octroi de contrats publics par appel d’offres et de gré à gré

Avril 2018

Droit de la construction, ingénierie et infrastructures Marchés grand public

Le 1^{er} décembre 2017, l’Assemblée nationale a adopté par un vote unanime la *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l’Autorité des marchés publics* (Loi 108).

La Loi 108 s’inscrit dans la foulée des changements législatifs et réglementaires qui ont vu le jour à la suite de la Commission sur l’octroi et la gestion des contrats publics dans l’industrie de la construction décrétée en 2011, communément appelée la commission Charbonneau, et de l’adoption de la *Loi sur l’intégrité en matière de contrats publics* en décembre 2012.

Par l’adoption de cette Loi 108, l’Autorité des marchés publics (AMP) voit enfin le jour. Cet organisme a essentiellement comme mission de surveiller et d’encadrer les marchés publics au Québec. On se souviendra que la création de l’AMP était la première recommandation formulée par la commission Charbonneau dans son rapport final de novembre 2015.

Notons qu’il s’agit assurément de la mesure législative la plus importante adoptée dans le domaine des marchés publics depuis l’instauration, en 2012, du régime de délivrance des autorisations de contracter ou de sous-contracter avec les organismes publics.

Pouvoirs d’intervention de l’Autorité des marchés publics

Afin de lui permettre de remplir sa mission de surveillance des contrats publics, l’AMP s’est vue confier d’importants pouvoirs de surveillance et d’intervention, qui feront inévitablement de cet organisme mandataire de l’État un acteur incontournable dans le domaine des marchés publics au Québec.

En plus de pouvoir intervenir au moyen de la procédure de traitement de plaintes, abordée à la section suivante, l’AMP pourra également, lorsque l’organisme public ne semble pas s’être conformé au cadre normatif, entreprendre une vérification portant sur :

- le processus d’adjudication d’un contrat octroyé par appel d’offres public, qu’il soit en cours ou bien complété;
- le processus d’attribution d’un contrat de gré à gré comportant une dépense supérieure au seuil d’appel d’offres public, qu’il soit en cours ou bien complété; et

- l'exécution d'un contrat public en cours.

L'AMP pourra également examiner de manière plus générale la gestion contractuelle d'un organisme public qu'elle désigne ou celle d'un organisme public désigné par le gouvernement. Cet examen pourra porter notamment sur la définition des besoins, les processus d'octroi des contrats publics, l'exécution des contrats et la reddition de comptes de l'organisme public.

Nouveau recours offert aux soumissionnaires : la procédure de traitement de plaintes

Les démarches traditionnelles offertes aux soumissionnaires

Traditionnellement, les soumissionnaires lésés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres public ou défavorisés en raison des exigences prévues dans les documents d'appel d'offres disposaient des options suivantes :

Démarches non judiciaires

- transmettre une demande à l'organisme public selon la procédure prescrite (généralement dans le cadre du processus de questions et réponses prévu dans les documents d'appel d'offres);
- transmettre une mise en demeure à l'organisme public avant la date limite de réception des soumissions afin d'obtenir, à titre d'exemple, une modification aux documents d'appel d'offres.

Démarches judiciaires

- instituer un recours en injonction visant notamment à éviter que le contrat soit octroyé à un soumissionnaire non admissible ou dont la soumission n'est pas conforme;
- instituer un recours en dommages-intérêts par lequel le soumissionnaire recherche une indemnisation afin de compenser les profits dont il a été privé injustement.

Les démarches « non judiciaires », bien qu'elles soient rapides et peu dispendieuses, peuvent s'avérer non fructueuses pour diverses raisons, forçant ainsi les soumissionnaires à recourir aux tribunaux judiciaires.

Quant aux recours judiciaires, comme leur traitement peut souvent s'avérer long et onéreux alors que l'issue demeure incertaine, il n'est pas rare que des entreprises préfèrent ne pas y investir les ressources humaines et financières requises, bien qu'elles disposent souvent de recours valables.

Dans un [bulletin récent](#), nous avons d'ailleurs traité des difficultés liées au recours à l'injonction, bien qu'un récent jugement ouvre la porte à un tel recours. Essentiellement, l'un de nos constats était que les tribunaux se montrent souvent peu enclins à émettre une ordonnance d'injonction en raison du fait que le soumissionnaire dispose d'un autre recours, à savoir le recours en dommages-intérêts.

Nouvelle procédure de traitement de plaintes

Dorénavant, les soumissionnaires disposeront d'une nouvelle avenue leur permettant de soulever, en temps utile et à peu de frais, une irrégularité constatée dans le contexte d'un processus d'appel d'offres public.

Il s'agit de la procédure de traitement de plaintes mise en place par la Loi 108. Cette procédure est composée de deux étapes, à savoir 1) une plainte déposée auprès de l'organisme public et 2) si nécessaire, une plainte déposée auprès de l'AMP.

1^{re} étape : plainte auprès de l'organisme public

La nouvelle procédure de traitement de plaintes permettra à toute personne intéressée (ou un groupe d'entreprises) de déposer, dans un premier temps, une plainte directement **auprès de l'organisme public** si elle estime que les documents d'appel d'offres publics :

- prévoient des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents;
- ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés; ou
- ne sont pas conformes au cadre normatif applicable.

Cette plainte devra être reçue par l'organisme public au plus tard à la date limite de réception des plaintes prévue dans les documents d'appel d'offres. Cette date de réception des plaintes devra correspondre à la moitié du délai de réception des soumissions par l'organisme public et ne pourra être inférieure à 10 jours. Par exemple, si l'appel d'offres est publié le 1^{er} juin 2018 et que la date limite de réception des soumissions est le 30 juin 2018, la date limite de réception des plaintes devra alors être fixée au 15 juin.

L'organisme public devra transmettre au soumissionnaire sa décision motivée par écrit au plus tard trois jours avant la date limite de réception des soumissions.

2^e étape : plainte auprès de l'AMP

Dans l'éventualité où le soumissionnaire n'est pas satisfait de la décision rendue par l'organisme public, ou bien en l'absence d'une décision dans le délai imparti, il lui sera alors possible de déposer une plainte à l'AMP. La plainte devra être reçue par l'AMP au plus tard trois jours suivant la réception, par le soumissionnaire, de la décision de l'organisme public ou, le cas échéant, au plus tard trois jours avant la date limite de réception des soumissions si l'organisme public n'a pas rendu sa décision.

Il sera également possible pour un soumissionnaire, selon certaines conditions, de déposer une plainte directement à l'AMP relativement à une modification apportée aux documents d'appel d'offres par suite de la publication d'un addenda.

Mentionnons que la Loi 108 prévoit des dispositions visant à assurer le report de la date limite de réception des soumissions durant le processus de traitement de plaintes.

Surveillance des contrats attribués de gré à gré

La procédure de traitement de plaintes s'appliquera également à certains contrats attribués de gré à gré. Il s'agit plus précisément des contrats comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public qu'un organisme public peut conclure de gré à gré lorsqu'il estime qu'il lui sera possible de démontrer qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public¹.

Dorénavant, l'organisme public devra publier dans le système électronique d'appel d'offres (SEAO) un avis d'intention dans les 15 jours précédant la date envisagée pour la conclusion du contrat, permettant ainsi à toute entreprise de manifester son intérêt à réaliser le contrat. Cet avis devra notamment indiquer :

- le nom du contractant avec qui l'organisme public envisage de conclure le contrat;
- la description détaillée des besoins de l'organisme public et des obligations prévues; et
- les motifs invoqués par l'organisme public pour conclure le contrat de gré à gré.

L'organisme public devra transmettre à l'entreprise ayant manifesté son intérêt sa décision de maintenir ou non son intention de conclure le contrat de gré à gré. Si l'entreprise est insatisfaite de la décision rendue, ou en cas d'absence de décision dans le délai imparti, elle pourra déposer une plainte à l'AMP.

L'AMP pourra, au terme de son examen, ordonner à l'organisme public de ne pas donner suite à son intention de conclure le contrat de gré à gré, ce qui l'obligera alors à recourir à l'appel d'offres public afin de conclure le contrat.

Sanctions possibles au terme d'un examen par l'AMP

Au terme de l'examen d'une plainte relative à un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public **en cours**, l'AMP peut rendre une ordonnance enjoignant à l'organisme public de **modifier** ses documents d'appel d'offres ou **annuler** l'appel d'offres public si elle est d'avis que les conditions de l'appel d'offres 1) n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, 2) ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés ou 3) ne sont pas autrement conformes au cadre normatif. Il s'agit à l'évidence d'un important pouvoir de sanction dévolu à l'AMP.

Si l'examen porte toutefois sur un contrat public **ayant déjà été octroyé**, l'AMP peut alors formuler des recommandations au dirigeant de l'organisme public.

Par ailleurs, tout contrat public conclu dans le cadre d'un processus d'adjudication ou d'attribution avant que l'AMP n'ait rendu sa décision à la suite de la transmission d'une plainte sera **résilié de plein droit** à compter de la réception d'une notification de l'AMP à cet effet. Il en sera de même si le contrat est conclu en contravention d'une ordonnance rendue par l'AMP.

Enfin, lorsqu'elle exerce sa compétence lui permettant d'examiner la gestion contractuelle d'un organisme public dans son ensemble, l'AMP peut, pour la durée qu'elle fixe, **suspendre** l'exécution de tout contrat public ou **résilier** un tel contrat si elle est d'avis que la gravité des manquements constatés le justifie.

Assujettissement des contrats « municipaux »

Les contrats des organismes municipaux, c'est-à-dire, selon la définition de la Loi 108, les municipalités, les communautés métropolitaines, les régies intermunicipales et les sociétés de transport en commun (STM, RTC, etc.), sont également visés par la Loi 108 et, de ce fait, par la procédure de traitement de plaintes. Cependant, toute décision prise par l'AMP à l'égard d'un organisme municipal prend uniquement la forme d'une **recommandation** au conseil de l'organisme.

Rappelons que, dans sa première mouture, le projet de loi visait uniquement les contrats des organismes publics et non les contrats des organismes municipaux. Un amendement a toutefois été adopté lors de l'étude détaillée du projet de loi à l'Assemblée nationale afin d'élargir le champ de compétence de l'AMP au milieu municipal.

Entrée en vigueur de la Loi 108

L'entrée en vigueur des dispositions de la Loi 108 se fera de manière progressive. Les dispositions relatives à la procédure de traitement entreranno en vigueur dans un délai de 10 mois suivant l'entrée en fonction du président-directeur général de l'AMP.

Conclusion

Les entreprises disposeront dorénavant d'une nouvelle avenue pour tenter de rétablir, à peu de frais, un juste équilibre entre elles et leurs concurrents avant qu'il ne soit trop tard, pour autant qu'elles agissent avec célérité et qu'elles s'assurent de respecter toutes les modalités. Elles devront toutefois s'abstenir d'entreprendre un recours judiciaire avant que l'AMP n'ait rendu sa décision, à défaut de quoi la plainte sera rejetée.

Compte tenu des pouvoirs confiés à l'AMP et des avantages importants que promet ce nouveau système, il y a fort à parier, et à souhaiter, que les entreprises n'hésiteront pas à se prévaloir de ce nouveau mécanisme de surveillance. Il reviendra à l'AMP de mettre en place les remparts nécessaires afin de minimiser le risque que ces nouvelles règles puissent être utilisées par certains soumissionnaires à des fins dilatoires ou autrement stratégiques.

René-Martin Langlois
Charles Taschereau

Note

1. Il s'agit du cas d'exception prévu au paragraphe 4° de l'article 13 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP). En effet, en règle générale, tout contrat public comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public doit être octroyé au terme d'un processus d'appel d'offres public, conformément à l'article 10 de la LCOP.

Pour plus de renseignements sur le sujet abordé dans ce bulletin, veuillez communiquer avec l'un des avocats mentionnés ci-dessous :

> Claudia Déry	Montréal	+1 514.847.4607	claudia.dery@nortonrosefulbright.com
> Sophie Perreault	Montréal	+1 514.847.4810	sophie.perreault@nortonrosefulbright.com
> René-Martin Langlois	Québec	+1 418.640.5167	rene-martin.langlois@nortonrosefulbright.com
> Charles Taschereau	Québec	+1 418.640.5948	charles.taschereau@nortonrosefulbright.com
> Catherine S. Simard	Québec	+1 418.640.5020	catherine.simard@nortonrosefulbright.com

Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright South Africa Inc. et Norton Rose Fulbright US LLP sont des entités juridiques distinctes, et toutes sont membres du Verein Norton Rose Fulbright, un Verein suisse. Le Verein Norton Rose Fulbright aide à coordonner les activités des membres, mais il ne fournit aucun service juridique aux clients.

Les mentions de « Norton Rose Fulbright », du « cabinet », du « cabinet d'avocats » et de la « pratique juridique » renvoient à un ou à plusieurs membres de Norton Rose Fulbright ou à une de leurs sociétés affiliées respectives (collectivement, « entité/entités Norton Rose Fulbright »). Aucune personne qui est un membre, un associé, un actionnaire, un administrateur, un employé ou un consultant d'une entité Norton Rose Fulbright (que cette personne soit décrite ou non comme un « associé ») n'accepte ni n'assume de responsabilité ni n'a d'obligation envers qui que ce soit relativement à cette communication. Toute mention d'un associé ou d'un administrateur comprend un membre, un employé ou un consultant ayant un statut et des qualifications équivalents de l'entité Norton Rose Fulbright pertinente.

Cette communication est un instrument d'information et de vulgarisation juridiques. Son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique de toute entité Norton Rose Fulbright sur les points de droit qui y sont discutés. Vous devez obtenir des conseils juridiques particuliers sur tout point précis vous concernant. Pour tout conseil ou pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à votre responsable habituel au sein de Norton Rose Fulbright.