

APPLICATION DE LA LOI SUR LES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS AU SECTEUR DE LA SANTÉ ET SES COCONTRACTANTS

LOUIS ROCHETTE, OLGA FARMAN et MARIE-EVE CLAVET

L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA *LOI SUR LES CONTRATS ET ORGANISMES PUBLICS*¹ (CI-APRÈS « LCOP ») LE 1^{ER} OCTOBRE 2008 A SUBSTANTIELLEMENT TRANSFORMÉ LE PROCESSUS D'ATTRIBUTION DES CONTRATS DU SECTEUR QUÉBÉCOIS DE LA SANTÉ À L'ENTREPRISE PRIVÉE. ALORS QU'AVANT, LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ÉTAIENT ASSUJETTIS À LEUR PROPRE PROCESSUS EN LA MATIÈRE, ENCADRÉS PAR LES DISPOSITIONS DE LA *LOI SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX* (CI-APRÈS « LSSSS ») ET SES RÈGLEMENTS D'APPLICATION, LA LCOP EST VENUE UNIFORMISER LES RÈGLES RELATIVES À LA CONCLUSION DES CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT, DE SERVICES ET DE TRAVAUX DE CONSTRUCTION POUR TOUS LES ORGANISMES PUBLICS QUÉBÉCOIS.

CHAMP D'APPLICATION

La LCOP s'applique aux agences de la santé et des services sociaux et aux établissements publics visés par la LSSSS, aux personnes morales et aux groupes d'approvisionnement en commun visés à l'article 383 LSSSS, au Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie James institué en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, aux centres de communication santé visés par la *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence* ainsi qu'à la Corporation d'hébergement du Québec (ci-après collectivement appelés « Établissements publics »).

Elle s'applique uniquement dans le cadre de relations contractuelles entre un Établissement public et les personnes suivantes :

- ▶ une personne morale de droit privé à but lucratif;
- ▶ une société en nom collectif, en commandite ou en participation;
- ▶ une entreprise individuelle;
- ▶ une entreprise dont la majorité des employés sont des personnes handicapées.

¹ L.R.Q., c. C-65.1; pour plus d'informations sur la LCOP, nous vous prions de consulter le *Droit de Savoir* rédigé en octobre 2008 par M^{es} Bouchard, Brière, Paradis et Clavet intitulé « Contrats gouvernementaux ».

ENTENTES CONTRACTUELLES VISÉES

Un Établissement public est assujéti à la LCOP lorsqu'il conclut un des contrats suivants et que celui-ci comporte une dépense de fonds publics :

- ▶ les **contrats d'approvisionnement**, incluant les contrats d'achat ou de location de biens meubles, lesquels peuvent comporter des frais d'installation, de fonctionnement ou d'entretien des biens;
- ▶ les **contrats de travaux de construction** visés par la *Loi sur le bâtiment* pour lesquels le contractant doit être titulaire de la licence requise en vertu du chapitre IV de cette loi;
- ▶ les **contrats de services**, notamment les contrats d'affrètement, les contrats de transport autres que ceux assujétis à la *Loi sur l'instruction publique*, les contrats d'assurance de dommages et les contrats d'entreprise autres que les contrats de travaux de construction.

Les contrats de partenariat public-privé sont également visés par la LCOP, qu'ils comportent ou non une dépense de fonds publics.

NORMES COMPLÉMENTAIRES À LA LCOP

Plusieurs normes découlant de la LCOP se retrouvent dans des règlements détaillant le processus d'appel d'offres et prévoyant certaines exceptions à l'application de la loi. En effet, chacune des ententes contractuelles visées fait l'objet d'un règlement distinct reprenant, pour l'essentiel, les mêmes obligations.

De plus, le 12 décembre 2008, le ministre de la Santé a adopté, en vertu de la LCOP, la *Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion de contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux* (ci-après « Politique ministérielle ») devant s'appliquer de manière complémentaire aux règles déjà prévues dans la LCOP et ses règlements d'application. Celle-ci précise certaines lignes de conduite à suivre en matière de gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction. Elle a, notamment, imposé l'obligation pour chaque Établissement public visé d'implanter une politique interne concernant la LCOP.

Ainsi, un Établissement public donné devra s'assurer de respecter la LCOP, ses règlements d'application, la Politique ministérielle ainsi que sa propre politique interne avant d'octroyer un contrat assujéti au processus d'appel d'offres.

LES SEUILS MINIMAUX

A - CONTRATS DE 100 000 \$ OU PLUS

Un Établissement public doit recourir à la procédure d'appel d'offres public pour la conclusion des contrats visés d'une valeur de 100 000 \$ ou plus. Un tel contrat peut toutefois être conclu de gré à gré dans certains cas d'exception, notamment lorsqu'un seul contractant est possible en raison d'une garantie, d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif, tel un droit d'auteur ou un droit fondé sur une licence exclusive ou un brevet, ou de la valeur artistique, patrimoniale ou muséologique du bien ou du service requis.

B - CONTRATS DE MOINS DE 100 000 \$

L'adjudication ou l'attribution de tout contrat de moins de 100 000 \$ doit être effectuée dans le respect des principes de la LCOP, c'est-à-dire la transparence du processus, le traitement intègre et équitable des concurrents, la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres, la mise en place de procédures efficaces et efficaces, etc. Afin d'assurer la saine gestion d'un tel contrat, un Établissement public doit, entre autres, évaluer différentes possibilités énumérées par la LCOP, telles que la rotation parmi les concurrents, la mise en place de dispositions de contrôle relatives au montant de tout contrat et de toute dépense supplémentaire s'y rattachant ou de se doter d'un mécanisme de suivi permettant d'assurer l'efficacité et l'efficience des procédures utilisées.

i) Contrats de 25 000 \$ à 100 000 \$

L'octroi d'un contrat par un Établissement public d'une valeur de plus de 25 000 \$ et de moins de 100 000 \$ est assujéti au processus d'appel d'offres public ou sur invitation.

L'appel d'offres sur invitation s'effectue au moyen d'un avis transmis auprès de fournisseurs jugés aptes à présenter une soumission répondant aux besoins de l'Établissement public. Celui-ci doit inviter au minimum trois fournisseurs dont l'établissement est situé au Québec ou, à défaut, après une recherche sérieuse et documentée, les deux seuls fournisseurs dont l'établissement est au Québec, ou le seul ou les deux seuls fournisseurs dont l'établissement est au Québec ainsi que d'autres fournisseurs dont l'établissement est hors Québec, ou des fournisseurs dont l'établissement est hors Québec, lorsque aucun fournisseur n'a d'établissement au Québec.

La Politique ministérielle permet également de conclure un contrat d'une telle valeur de gré à gré dans les cas d'exception énoncés par la LCOP, mais ce, suite à l'autorisation du dirigeant de l'Établissement public.

ii) Contrats de moins de 25 000 \$

Pour un contrat de moins de 25 000 \$, un Établissement public peut faire un appel d'offres public ou sur invitation ou conclure un contrat de gré à gré.

CONTRATS PARTICULIERS

La Politique ministérielle vient circonscrire certains aspects non abordés par la LCOP et ses règlements d'application.

CONTRAT AVEC UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ À BUT NON LUCRATIF

Un Établissement public peut conclure un contrat avec une personne morale de droit privé à but non lucratif (OSBL) (autre qu'une entreprise dont la majorité des employés sont des personnes handicapées), à la suite d'une négociation de gré à gré ou d'un appel d'offres auquel seules ces personnes morales sont invitées à soumissionner. Toutefois, l'autorisation du dirigeant de l'Établissement public est requise pour tout contrat dont le montant est de 100 000 \$ et plus.

CONTRAT AVEC UNE PERSONNE PHYSIQUE QUI N'EST PAS UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE

La LCOP ne s'applique pas aux contrats conclus entre un Établissement public et une personne physique. Elle s'applique toutefois aux contrats conclus entre un Établissement public et une entreprise individuelle.

L'entreprise individuelle est la forme la plus simple d'entreprise prévue par le *Code civil du Québec*, ne requérant l'accomplissement d'aucune formalité. La Politique ministérielle indique qu'une personne physique est considérée exploiter une entreprise individuelle si elle dispose entièrement du pouvoir de décider de son fonctionnement et si son activité réunit toutes les conditions spécifiques qui peuvent se résumer comme suit :

- son activité s'inscrit dans le cadre d'un plan d'affaires;
- son activité comporte un certain degré d'organisation matérielle;
- son activité implique une volonté de continuité dans le temps;
- son activité est d'ordre économique (fourniture de service à caractère commercial ou civil);
- son activité implique l'existence d'une clientèle, un achalandage ou un marché

La Politique ministérielle prévoit qu'un Établissement public peut conclure un contrat de gré à gré avec une personne physique n'exploitant pas une entreprise individuelle, dans la mesure où cette pratique demeure un régime contractuel d'exception. La conclusion du contrat requiert une autorisation du dirigeant de l'Établissement public lorsque le montant du contrat est de 100 000 \$ et plus.

DIVERSES AUTRES EXCEPTIONS

Enfin, soulignons l'ouverture récente du gouvernement qui a décidé de bonifier les exceptions prévus aux règlements d'application de la LCOP en permettant notamment la conclusion de gré à gré de contrats de services concernant l'engagement d'un enquêteur, d'un conciliateur, d'un négociateur, d'un médiateur, d'un arbitre, d'un médecin ou d'un dentiste en matière d'évaluation médicale liée à leur spécialité ou d'une personne devant agir à titre de témoin expert devant un tribunal.

CONCLUSION

Une bonne compréhension des textes normatifs applicables au secteur de la santé concernant l'obligation d'avoir recours à l'appel d'offres est nécessaire tant pour les dirigeants du réseau que pour l'entrepreneur souhaitant contracter avec celui-ci.

L'imposition de règles plus strictes en matière de gestion contractuelle n'est pas sans soulever plusieurs questions d'interprétation. N'hésitez pas à communiquer avec nous pour obtenir de plus amples informations sur les effets que peut avoir le processus d'appel d'offres sur votre établissement ou votre entreprise. Une équipe de spécialistes se fera un plaisir de vous conseiller.

LOUIS ROCHETTE 418 266-3077 lrochette@lavery.ca

OLGA FARMAN 418 266-3052 ofarman@lavery.ca

MARIE-EVE CLAVET 418 266-3067 meclavet@lavery.ca

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS DU GROUPE SANTÉ POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN

PIERRE-L. BARIBEAU, CRIA 514 877-2965 pbaribeau@lavery.ca

PIERRE BEAUDOIN 418 266-3068 pbeaudoin@lavery.ca

ANNE BÉLANGER 514 877-3091 abelanger@lavery.ca

LOÏC BERDNIKOFF 514 877-2981 lberdnikoff@lavery.ca

MONIQUE BRASSARD 514 877-2942 mbrassard@lavery.ca

JULES BRIÈRE, Ad. E. 418 266-3093 jbriere@lavery.ca

MARIE-EVE CLAVET 418 266-3067 meclavet@lavery.ca

RAYMOND DORAY, Ad. E. 514 877-2913 rdoray@lavery.ca

OLGA FARMAN 418-266-3052 ofarman@lavery.ca

MARIE-ANDRÉE GAGNON 514 877-3011 magagnon@lavery.ca

HÉLÈNE GAUVIN 418-266-3053 hgauvin@lavery.ca

MAUDE LAFORTUNE-BÉLAIR 514 877-3077 mlafortunebelair@lavery.ca

JEAN-FRANÇOIS LEPAGE 514 877-2970 jflepage@lavery.ca

ANNE-MARIE LÉVESQUE 514 877-2944 amlevesque@lavery.ca

VÉRONIQUE MORIN, CRIA 514 877-3082 vmorin@lavery.ca

JACQUES NOLS 514 877-2932 jnols@lavery.ca

LOUIS ROCHETTE 418-266-3077 lrochette@lavery.ca

JEAN-YVES SIMARD 514 877-3039 jysimard@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSUBONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2010 ► 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.

MONTRÉAL QUÉBEC LAVAL OTTAWA