



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

Section thématique : le droit des marchés publics

Introduction

Marie-Hélène Dufour, Gabriel Jobidon,
Nicholas Jobidon, Derek McKee et Antoine Pellerin

Les piliers du droit des marchés publics québécois

Nicholas Jobidon

Le système de plaintes de l'Autorité des marchés publics et les
exigences des accords de libre-échange en matière de recours internes

Derek McKee

L'appel d'offres en droit civil québécois et en
common law canadienne

Catherine Valcke

Réflexions sur les fondements de l'obligation de coopération
en droit de la construction au Québec

Marie-Hélène Dufour

L'histoire mouvementée du droit comparé au Québec

Pierre-Gabriel Jobin

Les fondements de la filiation en droit québécois :
triomphe de la réalité biologique ou de la volonté?

Andréanne Malacket

Les modifications et les codifications dont a fait l'objet
la Constitution du Canada : une liaison dangereuse

Danielle Pinard

Les incertitudes de la participation citoyenne face
au droit : le cas de la commission délibérative
du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale

Mao Lin et Jacques Commaille



Les piliers du droit des marchés publics québécois

*Nicholas JOBIDON**

The Pillars of Québec's Government Procurement Legal Framework

Los pilares del derecho de contratación pública de Quebec

Os pilares do direito licitatório quebequense

魁北克政府采购法律框架之支柱

Résumé

Le droit des marchés publics québécois se compose d'une intimidante pléthore de normes, de pratiques et d'attentes. Cet amalgame résulte d'un contexte légal où les sources de cette branche du droit découlent à la fois du droit public et du droit privé, le tout s'ajoutant à un contexte historique lourd de scandales et de réactions législatives et réglementaires. Cet article avance que le droit des marchés publics est cohérent malgré tout et repose sur trois principes fondamentaux qui la gouvernent : l'efficacité administrative, qui veut notamment que le droit des marchés publics ne doit pas empêcher les organismes publics de remplir leurs missions ; la protection des fonds publics, qui

Abstract

The law of public procurement in Quebec is composed of an intimidating array of norms, practices, and expectations. This amalgamation results from a legal context where the sources of this branch of law stem from both public and private law, on top of an historical context heavy with scandals and legislative and regulatory reactions. This article argues that public procurement law is coherent yet and is based on three fundamental principles that govern it: administrative efficiency, which means that public procurement law must not prevent public bodies from fulfilling their missions; the protection of public funds, which obliges public bodies to solicit competition and adequately define their

* Professeur de droit public à l'École nationale d'administration publique. L'auteur tient à remercier les relecteurs anonymes de même que M^e Pierre Giroux, Ad. E., ainsi que l'ensemble des participants à l'atelier de recherche en droit sur les marchés publics ayant eu lieu le 30 mai 2024 à l'Université de Montréal.

oblige les organismes publics à solliciter la concurrence et à définir adéquatement leurs besoins, et le retrait du choix du cocontractant afin d'éviter les situations de conflit d'intérêts.

Resumen

El derecho de la contratación pública en Quebec se compone de una compleja y extensa red de normas, prácticas y expectativas. Esta complejidad surge de un contexto jurídico híbrido, en el que confluyen fuentes tanto del derecho público como del privado, y se ve intensificada por un historial cargado de escándalos que han dado lugar a reacciones legislativas y reglamentarias. A pesar de esta aparente dispersión normativa, este artículo sostiene que el derecho de la contratación pública en Quebec posee una coherencia interna, sustentada en tres principios fundamentales que lo rigen: la eficacia administrativa, que exige principalmente que el derecho de la contratación pública no obstaculice la capacidad de los organismos públicos para cumplir sus misiones; la protección de los fondos públicos, que obliga a los organismos públicos a incentivar la competencia y a definir adecuadamente sus necesidades, y la eliminación de la libre elección del cocontractante para evitar situaciones de conflicto de intereses.

needs; and the removal of the choice of the co-contractor to avoid situations of conflict of interest.

Resumo

O direito licitatório quebequense é composto de uma pletora intimidadora de normas, de práticas e de expectativas. Este amálgama resulta de um contexto legal em que as fontes deste ramo do direito decorrem ao mesmo tempo do direito público e do direito privado, juntando-se o todo a um contexto histórico cheio de escândalos e de reações legislativas e regulatórias. Este artigo argumenta que o direito licitatório é coerente apesar de tudo e repousa sobre três princípios fundamentais que o governam: a eficácia administrativa, que determina notadamente que o direito licitatório não impeça os órgãos públicos de completarem suas missões; a proteção dos fundos públicos, que obriga os órgãos públicos a solicitar a concorrência e definir adequadamente suas necessidades, e a exclusão da escolha do cocontratante a fim de evitar as situações de conflitos de interesse.

摘要

魁北克的公共采购法由一系列令人望而生畏的规范、实践和期望组成的。这种联合体既源于公法、也源于私法的法律背景，而且其历史背景充满了对丑闻以及立法和监管的反应。本文认为，公共采购法总体而言是自洽的，且基于三个基本原则：行政效率，这意味着公共采购法不得妨碍公共机构履行其使命；对公共资金的保护，其要求公共机构寻求具有竞争性的、且充分明确的需求；以及，取消对共同承包商的选择，以避免利益冲突情况。

Plan de l'article

Introduction.....	457
I. Propos liminaires sur les sources du droit des marchés publics.....	460
A. Considérations de droit public.....	460
B. Considérations de droit privé.....	465
II. Le rôle particulier du droit des marchés publics.....	469
A. Bref survol historique.....	469
B. Des normes d'ordre public?.....	471
III. Les piliers du droit des marchés publics québécois.....	473
A. Une prémisse invisible: l'efficacité administrative.....	475
B. La protection des fonds publics.....	478
C. Le retrait du choix du contractant.....	481
Conclusion.....	484

Les organismes publics sont investis de pouvoirs publics importants afin de remplir la mission qui leur est confiée par le législateur : ceux-ci peuvent, selon le cas, accorder des autorisations administratives, accorder des subventions, prélever des tarifs ou imposer des sanctions. À ces fins, ils doivent également dépenser diverses sommes afin de se doter des moyens d'exercer leurs pouvoirs : ils doivent notamment se procurer des locaux, s'approvisionner en matériel (ordinateurs, bureaux, papier, pour ne nommer que ceux-là) et obtenir divers services (déneigement, entretien et bien d'autres). Bien que la conclusion de contrats soit généralement assujettie au droit civil, incluant les contrats des organismes publics¹, l'histoire nous enseigne que la capacité des organismes publics de dépenser les fonds publics doit être encadrée pour plusieurs raisons : éviter les conflits d'intérêts, protéger les fonds publics et promouvoir leur saine gestion.

Dans le présent texte, le droit des marchés publics est donc défini comme le regroupement de l'ensemble des normes qui encadrent et limitent le pouvoir des organismes publics de dépenser des fonds publics afin de se procurer ce dont ils ont besoin afin de remplir leur mission. Ce domaine regroupe des normes, des principes et des prémisses qui découlent à la fois du droit public et du droit privé, en fonction de la nature de l'action posée par un organisme public. Le droit des marchés publics rassemble également des normes obligatoires, incluant des infractions pénales, et des règles plutôt directives qui chevauchent les meilleures pratiques en matière de gestion de contrats. Ces normes peuvent provenir à la fois du droit public et du droit privé, et combinent parfois ces sources de droit pour en faire une nouvelle catégorie *sui generis*².

Le droit des marchés publics québécois est parfois perçu comme un fouillis hermétique et inintelligible, amoncelé depuis plus d'un demi-siècle à coup de législation réactive et de normes sectorielles. Bien qu'intimidant en son agrégat, le droit des marchés publics n'émerge évidemment pas de considérations arbitraires, issues du hasard ou même au gré des scandales et des intérêts politiques éphémères. Bien que sa structure soit difficile à discerner, il est cohérent en ce qu'il vise à assurer une saine gestion des

¹ Art. 1376 C.c.Q.

² Comme le disait Thérèse Rousseau-Houle : « C'est dans la recherche de cette zone commune basée sur le droit civil et imprégnée de droit public que nous trouverons le droit applicable à tout contrat de construction » : Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur / SOREJ, 1982, p. 34.

fonds publics sans toutefois empêcher les organismes publics de remplir leur propre mission dans l'intérêt public. En effet, de cet amoncellement de normes se dégagent diverses considérations récurrentes et prévisibles, qui permettent de faire ressortir des principes généraux permettant d'expliquer pourquoi ces normes ont été adoptées en premier lieu, quels intérêts ces normes visent à protéger et quels comportements elles visent à enrayer ou à encourager.

Ce texte propose donc un effort de théorisation d'un droit des marchés publics québécois afin d'aider à en organiser les divers aspects et à le rendre plus accessible et compréhensible, donc plus facile à mettre en œuvre et plus prévisible en cas de conflits. Les décisions en matière de droit des marchés publics s'appuient régulièrement sur divers grands principes, à tort ou à raison³, sans toutefois les contextualiser ou en expliquer l'origine théorique et pratique⁴. De plus, ces propos se concentrent souvent sur l'importance de protéger les fonds publics; or, bien qu'il s'agisse bel et bien d'une considération fondamentale, il ne s'agit pas du seul pilier du droit des marchés publics.

Outre ces décisions, divers grands principes ou objectifs généraux du droit des marchés publics ont été codifiés dans des normes⁵ et des accords de commerce intergouvernementaux⁶. Encore ici, les motifs qui expliquent que ces considérations constituent des «grands principes» ne sont pas

³ Par exemple dans les *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Léandre concernant le processus d'acquisition d'un tracteur usagé*, Recommandation 2021-01 AMP, p. 5, en ligne: <https://amp.quebec/sites/default/files/2024-12/decision_2021-01-19_municipalite_de_saint_leandre.pdf> : «Finalement, l'AMP souligne que les considérations d'efficacité et de célérité invoquées par le maire et par le DG de la municipalité de Saint-Léandre pour justifier la façon dont a été mené ce dossier ne libèrent pas la municipalité de l'obligation de respecter le cadre normatif qui lui est applicable en matière de passation des contrats publics.»

⁴ Par exemple, dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 39: «Les articles 573 et suiv. L.C.V. prévoient que l'octroi de contrats municipaux doit respecter certaines règles. Comme l'objectif visé par ces dispositions est la protection des fonds publics et l'intérêt des contribuables, la nullité absolue sanctionne le contrat conclu en violation de ces règles.» [références omises]

⁵ Principalement l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1 (ci-après la «LCOP»).

⁶ Par exemple, l'article 516 de l'*Accord de libre-échange canadien* (en vigueur le 1^{er} juillet 2017, en ligne: <<https://www.cfta-alec.ca/fr/cfta-agreement/preambule>>) par lequel les parties s'engagent à être transparentes dans le traitement des soumissions.

explicités, et peuvent créer une certaine confusion quant à la manière dont ces principes doivent guider l'interprétation des normes. Par exemple, l'article 2(1)2° de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (ci-après « LCOP ») prévoit que « les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir : [...] le traitement intègre et équitable des concurrents; [...] », sans toutefois préciser pourquoi ni comment. Un organisme public peut-il ou doit-il émettre des conditions dans ses documents d'appel d'offres qui empêchent certains concurrents d'y participer ? Pourquoi, et comment ? Quels principes devraient guider un organisme public lorsqu'il limite la concurrence ?

La question n'est pas sans importance, puisque les grands principes de droit des marchés publics serviront non seulement à interpréter l'application des règles plus spécifiques, mais peuvent avoir leur propre valeur normative. Par exemple :

- Ils peuvent restreindre le contenu d'une politique de gestion contractuelle adoptée par une entreprise du gouvernement (art. 7 LCOP);
- Ils s'appliqueront à la conclusion d'un contrat de gré à gré dans l'intérêt public (art. 13(1)4° LCOP);
- Ils guideront le choix d'un mode d'adjudication ou d'attribution d'un contrat comportant une dépense inférieure au seuil (art. 14 LCOP);
- Ils doivent être respectés dans tout projet d'innovation (art. 14.12 et 14.13 LCOP);
- Ils encadrent l'octroi d'un contrat en partenariat public-privé (art. 18 LCOP);
- Ils renseignent les organismes publics sur la manière dont ils peuvent édicter les conditions de leurs appels d'offres.

En d'autres mots, il serait envisageable de demander le contrôle judiciaire de ces mesures et les grands principes de droit des marchés publics serviraient de balises – ou de contraintes juridiques ou factuelles – qui limitent la discrétion administrative.

L'objectif du présent texte est donc de démontrer que les grands principes – ou les piliers – suivants supportent le droit des marchés publics québécois :

- L'efficacité administrative, c'est-à-dire la faculté des organismes publics de remplir leur mission ;

- La protection des fonds publics, et
- Le retrait du choix du contractant aux organismes publics.

Afin de démontrer qu'il s'agit bien là des principes qui structurent cette branche du droit, le texte exposera d'abord certaines sources du droit des marchés publics (I) avant d'expliquer le rôle particulier qu'il est appelé à remplir (II). La dernière partie (III) examinera chaque pilier plus en détail, et fournira des exemples de normes de droit positif dont l'existence repose sur l'un ou plusieurs de ces piliers.

I. Propos liminaires sur les sources du droit des marchés publics

Les piliers de droit des marchés publics sont évidemment eux-mêmes ancrés dans les sources fondamentales en vertu desquelles les organismes publics exercent leurs pouvoirs administratifs et concluent des contrats. Une étude des piliers débute donc par une étude de ces fondations, soit les sources de droit public (A) et les sources de droit privé (B).

A. Considérations de droit public

Puisque le droit des marchés publics encadre la dépense de fonds publics, et donc l'exercice de la puissance publique, il doit reposer sur des principes de droit public. Après tout, le commun des mortels n'a pas la possibilité de déterminer de quels produits et services un organisme public a besoin pour remplir sa mission ni de dépenser les fonds publics requis pour se les procurer.

Tout détenteur de pouvoirs publics doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt public, c'est-à-dire dans l'objectif de remplir la mission qui lui est confiée pour l'exercice de ces pouvoirs. C'est entre autres pourquoi il a déjà été décidé que le Commissaire aux liqueurs ne pouvait pas révoquer le permis d'alcool d'un restaurateur au motif que celui-ci irritait le premier ministre⁷ : une telle utilisation d'un pouvoir administratif est arbitraire et ne vise pas l'atteinte de la mission visée par ce pouvoir, soit la protection de la sécurité et de la tranquillité publique.

⁷ *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

Cette notion de compétence s'applique également aux contrats conclus par les organismes publics⁸.

Tout d'abord, la « doctrine de la compétence par déduction nécessaire »⁹ habilite les organismes publics à conclure des contrats (et donc à dépenser les fonds publics qui leurs sont attribués) qui sont nécessaires à l'accomplissement de leur mission¹⁰. Par exemple, lorsque l'Assemblée nationale confie à l'Institut de tourisme et d'hôtellerie du Québec la mission de « fournir des activités de formation professionnelle dans les domaines de l'hôtellerie »¹¹, il est entendu que cet organisme peut se procurer des tables et des chaises pour ses étudiants, des ordinateurs et des logiciels pour son personnel, des imprimantes, etc., sans quoi il serait incapable d'accomplir sa mission. Cette compétence implicite emporte également celle de déterminer ses besoins de manière très spécifique, incluant la décision des critères à insérer dans des documents d'appel d'offres¹².

Dans un paradigme de droit public, les organismes publics n'ont la compétence de faire que ce qui leur est permis. Si un organisme public détient la compétence pour conclure des contrats nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il n'a pas compétence pour conclure des contrats qui ne relèvent pas de sa mission¹³. L'éventail de possibilités dépendra donc de la nature et de la fonction de l'organisme public : la mission d'un organisme municipal n'est manifestement pas la même que celle d'un ministère.

⁸ « L'intérêt public est la raison d'être de l'Administration publique et de chacun de ses actes y compris le contrat » : Patrice GARANT, *Droit administratif*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 373.

⁹ *ATCO Gas & Pipelines Ltd c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 38, 51. Voir aussi *Ville de Montréal c. Constructions Fédérales inc.*, EYB 2020-353584 (C.A.) ; *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 57 : « L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin. »

¹⁰ *Procureur Général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057.

¹¹ *Loi sur l'institut de tourisme et d'hôtellerie du Québec*, RLRQ, c. I-13.02.

¹² À titre d'exemple, *9190-5430 Québec inc. (Arcotec) c. Commission scolaire de la Capitale*, 2017 QCCS 2147, par. 28 ; *Recommandations formulées au dirigeant du Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Est concernant le processus d'appel d'offres identifié sous le numéro de référence 1541073* (« Recommandation 2022-05 AMP »), p. 2, en ligne : <<https://www.amp.quebec/fr/decisions/recommandations/recommandation-2022-05>>.

¹³ *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 RCS 388.

La décision même de conclure un contrat serait donc un pouvoir discrétionnaire assujéti au droit public, ce qui est cohérent avec l'approche pratique des tribunaux de considérer la décision de publier un appel d'offres comme étant soumis au pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour supérieure¹⁴, et potentiellement au pouvoir de surveillance de l'Autorité des marchés publics (AMP)¹⁵. Lors de l'audition d'un pourvoi, la Cour supérieure devra faire preuve de déférence et tenir compte de l'ensemble des contraintes juridiques et factuelles¹⁶ pour déterminer si l'organisme public pouvait conclure le contrat contesté : les organismes publics sont les mieux placés pour déterminer quels sont les produits et les services dont ils ont besoin pour accomplir leur propre mission¹⁷.

Les fonctions publiques légitimement conférées par une loi provinciale ne pourraient toutefois s'interpréter comme permettant à un organisme public de dépenser des fonds publics pour s'attribuer ou remplir une mission qui relève du palier fédéral¹⁸. À titre d'exemple, bien qu'une municipalité québécoise située le long du fleuve St-Laurent dispose de la compétence générale et légitime d'adopter « des règlements en matière de sécurité »¹⁹, elle ne pourrait évidemment pas se procurer un sous-marin nucléaire de manière à protéger ses citoyens contre des attaques ou des invasions provenant d'autres États²⁰. Si l'Assemblée nationale elle-même ne pouvait adopter

¹⁴ Derek McKee, « Le système de plaintes de l'Autorité des marchés publics et les exigences des accords de libre-échange en matière de recours internes », dans ce même numéro.

¹⁵ La *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1, accorde à celle-ci un large pouvoir de recevoir des communications en matière de marchés publics québécois, mais son pouvoir de plainte est principalement disponible aux entreprises intéressées par un contrat qui se trouvent exclues en raison du mode d'octroi ou des critères de sélection retenus par l'organisme public.

¹⁶ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 85 : « [U]ne décision raisonnable doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti. »

¹⁷ *Municipalité de Saint-Colomban c. Boutique de golf Gilles Gareau inc.*, 2019 QCCA 1402, par. 106, citant *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, 243.

¹⁸ *Nova Scotia (A.G.) v. Canada (A.G.)*, [1951] R.C.S. 31; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

¹⁹ *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ, c. C-47.1, art. 62.

²⁰ L'exemple est délibérément absurde, mais la réalité dépasse souvent la fiction : Jim HADDADIN, « John Oliver says Keene, N.H., officials wanted armored vehicle to thwart terrorism at pumpkin fest », *Politifact*, 20 août 2014, en ligne : <<https://www.politifact.com/factchecks/2014/aug/20/john-oliver/right-there-application/>> : « Oliver said the

de loi en ce sens²¹, elle ne peut non plus déléguer ce pouvoir à un organisme public provincial.

Pareillement, l'exercice du pouvoir de dépenser des fonds publics ne saurait porter atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*²², par exemple si un organisme public décidait de ne pas faire affaire avec une entreprise pour des motifs liés aux propos que le président de celle-ci a tenu à l'encontre du premier ministre.

La compétence des organismes publics quant à la conclusion de leurs contrats est également balisée par les accords de commerce intergouvernementaux²³ conclus par le Québec. Le Canada étant un état dualiste, ces accords ne constituent pas des normes de droit positif en soi²⁴, à moins d'être explicitement incorporés au droit interne par une loi. Au Québec, l'intention du législateur est clairement de donner plein effet aux engagements souscrits par ces accords. Cette intention est manifeste de deux manières.

Premièrement, les principales lois imposant des normes de droit des marchés publics réfèrent explicitement à l'obligation de respecter les accords intergouvernementaux. Par exemple, la LCOP réfère aux accords à de nombreuses reprises, incluant dans sa clause d'objet :

2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

[...]

Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement ou auquel le Québec, en application de la Loi sur le ministère des Relations internationales (chapitre M-25.1.1), s'est déclaré lié.

Keene Police Department cited its annual Pumpkin Festival as a potential target for terrorism when it applied for grant money to buy an armored personnel truck. Keene's mayor says the city had a variety of reasons for seeking the BearCat, but Oliver was correct to state that the city cited the Pumpkin Festival as a possible target for terrorists. We rate Oliver's claim True. »

²¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(1)7.

²² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

²³ Le terme « accord intergouvernemental » est utilisé à la LCOP de préférence à l'expression usuelle « accord international » puisque le Québec est un état fédéré.

²⁴ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69.

La LCOP réitère la nécessité de respecter les engagements souscrits par le Québec dans un accord intergouvernemental :

- quant au seuil obligatoire d'appel d'offres public (art. 10 et 14.1) ;
- quant à l'obligation des entreprises du gouvernement de respecter les accords, quoiqu'ils ne soient pas pleinement assujettis à la LCOP (art. 7) ;
- quant aux mesures protectionnistes pour les contrats non assujettis à un accord (art. 14.2).

Deuxièmement, l'Assemblée nationale a directement incorporé une multitude de normes négociées dans les accords par une loi spéciale²⁵. Cette loi modifiait le droit interne de manière à le « rendre conforme[s] à diverses mesures relatives aux marchés publics prévues dans l'Accord de libre-échange canadien, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membre »²⁶.

Comme il faut présumer que l'État a voulu respecter ses engagements intergouvernementaux²⁷, les règles de droit des marchés publics doivent s'interpréter de manière à assurer leur conformité avec ces accords. À défaut, un organisme public qui interprète une norme de droit des marchés publics de manière contraire à ce qui est stipulé dans un accord risque de voir sa lecture renversée²⁸, que ce soit par l'Autorité des marchés publics²⁹ ou par

²⁵ *Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres*, L.Q. 2018, c. 10.

²⁶ *Id.*, notes explicatives du projet de loi n° 171, en ligne : <<https://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-171-41-1.html?appelant=MC>>.

²⁷ R. c. *Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53 ; R. c. *Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 40.

²⁸ Gib VAN IN, « Portes et fenêtres – Louis LeBel et l'approche québécoise relative à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit international », (2016) 57-2 *C. de D.* 269, 282 : « Dans ce qui précède, nous avons emprunté la belle métaphore du juge LeBel des portes et des fenêtres pour structurer notre façon d'envisager le développement du droit canadien à l'égard de l'application des traités internationaux et de la présomption de conformité avec le droit international. En réalité, bien entendu, le droit international n'entre pas dans le système juridique canadien par la porte ni par les fenêtres, mais bien par les juges. »

²⁹ Par exemple, *Décision ordonnant à la Société de développement et de mise en valeur du Parc olympique de ne pas donner suite à son intention de conclure le contrat de gré à gré*

la Cour supérieure dans le contexte d'un pourvoi en contrôle judiciaire de sa décision.

B. Considérations de droit privé

Le droit public (ou le droit des marchés publics) n'instaure pas une branche de droit contractuel autoportante et complètement indépendante du droit commun. Au contraire, il est construit sur la prémisse du droit commun³⁰ des obligations, comme il est exprimé clairement au *Code civil du Québec*³¹ :

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Les règles entourant la conclusion de contrats par des organismes publics sont donc les mêmes que celles applicables aux particuliers, sous réserve de diverses limites de droit public exprimées principalement par le droit des marchés publics. Comme tout autre justiciable, les organismes publics doivent, par exemple, respecter les obligations qu'ils souscrivent par contrat³², éviter d'inclure des clauses abusives dans leurs contrats d'adhésion³³ et se comporter de bonne foi tout au long du processus contractuel³⁴.

identifié sous le numéro de référence 1486711 (« Ordonnance 2021-03 AMP »), p. 6, en ligne: <<https://www.amp.quebec/en/node/496>> : « Pour déterminer si Parc olympique était en droit de recourir à l'exception prévue par l'article 13 (4) de la LCOP, celui-ci doit démontrer que cette décision est justifiée par l'objet du contrat et qu'elle respecte les principes établis par l'article 2 de cette même loi. Une telle démonstration peut également s'inspirer des principes établis au traité de l'Accord de libre-échange canadien (« ALEC »), qui sont applicables au Parc olympique. »

³⁰ La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* prévoit que celui-ci établit le droit commun; le Code civil peut contenir tant des dispositions de droit civil que de droit public: *Sharp c. Autorité des marchés financiers*, 2023 CSC 29, par. 58.

³¹ L'article 300 C.c.Q. prévoit que le Code civil joue également un rôle supplétif envers les personnes morales de droit public, là où leurs lois particulières ne prévoient pas d'encadrement spécifique.

³² Art. 1434 et 1458 C.c.Q.

³³ Art. 1379 et 1437 C.c.Q.; *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, REJB 1999-11611 (C.A.); Marie-Hélène DUFOUR, « Les clauses abusives des contrats de construction », dans ce même numéro.

³⁴ Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

Le particularisme du droit des marchés publics est plus évident quant à deux sphères du droit commun des obligations, sur lesquelles il est utile de s'attarder : la liberté contractuelle et le consensualisme.

Principe non écrit du droit québécois des obligations, la liberté contractuelle établit la prémisse voulant que tout ce qui n'est pas interdit est possible et valide :

On sait que le principe de la liberté contractuelle lui-même « n'est pas exprimé en tant que tel au Code civil » mais qu'il possède, comme fondement mais aussi comme limite principale, le libre exercice des droits civils circonscrit par l'ordre public [...]. À notre avis, le principe moderne de la liberté contractuelle soumise à l'ordre public anime le droit commun des obligations à titre de principe général du droit au sens de la Disposition préliminaire du Code.³⁵

Ce principe est parfois difficile à appliquer dans un contexte de droit des marchés publics, et ce, pour deux raisons. Premièrement, il peut sembler en contradiction avec le principe évoqué ci-dessus selon lequel, en vertu du droit public et de la primauté du droit, les organismes publics ne peuvent faire que ce qui est permis par la loi. Deuxièmement, le régime de droit des marchés publics est devenu vaste et exhaustif au point où il est légitime de se demander s'il doit être interprété restrictivement (de manière à céder une place à la liberté contractuelle) ou généreusement (de manière à encadrer plus strictement les pratiques contractuelles des organismes publics).

À titre d'exemple de la complexité du droit des marchés publics, des auteurs soulevaient la situation suivante : un organisme public pourrait-il imposer dans ses documents d'appel d'offres l'obligation pour les entreprises de détenir une autorisation de contracter de l'Autorité des marchés publics³⁶ lorsque cette autorisation n'est pas déjà rendue obligatoire par la Loi³⁷ ? Ils en venaient à la conclusion que :

À notre avis, les dispositions de la LCOP prescrivent un « code complet » établissant le champ d'application du régime, code qui s'oppose à la possibilité

³⁵ 6362222 *Canada inc. c. Prelco inc.*, 2021 CSC 39, par. 39.

³⁶ Voir les articles 21.17 et suivants LCOP.

³⁷ Sébastien LAPRISE et Jean-Benoît POULIOT, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle des corps publics québécois ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 510, *Développements récents en droit des marchés publics* (2022), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 59, à la p. 74.

pour les corps publics de fixer eux-mêmes des seuils d'application du régime qui seraient inférieurs à ceux prévus par les décrets gouvernementaux.³⁸

La Cour supérieure a récemment retenu cette interprétation³⁹.

Une question similaire se posait dans l'affaire *Orthofab*, où un organisme public avait voulu procéder à une analyse de conformité technique de fauteuils de manière à s'assurer qu'ils répondaient à leurs besoins. L'appel d'offres a été interrompu par injonction⁴⁰ au motif que cette analyse pratique, bien que prévue aux documents d'appel d'offres, n'était alors pas explicitement autorisée par le *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*⁴¹.

Le contexte du droit des marchés publics devrait aider à résoudre une partie de cette complexité: il s'agit d'un domaine du droit construit sur le droit commun des contrats et non en parallèle à celui-ci⁴².

À noter toutefois que le droit des marchés publics comporte diverses soupapes qui permettent aux organismes publics de récupérer une plus grande proportion de leur liberté contractuelle, par exemple en s'adressant au gouvernement ou au Conseil du trésor afin de se faire épargner l'application des normes de droit des marchés publics en certaines circonstances⁴³.

³⁸ *Id.*, p. 77.

³⁹ *L.A. Hébert ltée c. Ville de Lorraine*, 2023 QCCS 1020.

⁴⁰ *Orthofab inc. c. Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2012 QCCS 1876, par. 53: « Le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes* est un code complet sur la façon de procéder pour un organisme public lorsqu'il désire acquérir des biens. Rien dans le règlement ne semble permettre à un organisme administratif, dans le cadre d'un appel d'offres pour un contrat à commandes, d'évaluer la conformité d'un produit au moyen d'un banc d'essai. Le règlement ne semble pas permettre à un organisme de solliciter autre chose qu'un prix pour adjuger un contrat d'approvisionnement, sauf les cas où l'appel d'offres vise un contrat adjugé à la suite d'une évaluation de la qualité. » (soulignements du juge)

⁴¹ RLRQ, c. C-65.1, r. 2.

⁴² *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, préc., note 4, par. 40: « À défaut d'indication législative claire et non équivoque en ce sens, l'importance des dispositions d'ordre public prévues à la L.C.V. ne suffit pas pour écarter l'application du régime de droit commun. Comme le souligne avec à-propos le juge de première instance, si le législateur avait voulu déroger au régime de la restitution des prestations en matière municipale, il l'aurait énoncé clairement, soit à la L.C.V., soit au C.c.Q. (C.S., par. 153). En l'absence d'une telle dérogation, le principe demeure celui de la remise en état des parties, qui doit s'effectuer "chaque fois" qu'un acte juridique est anéanti de façon rétroactive. »

⁴³ Art. 25 LCOP.

Autre pilier du droit des obligations, le principe du consensualisme définit le contrat comme un accord de volonté, exprimé par un échange de consentement⁴⁴. Ce principe est codifié à l'article 1385 C.c.Q. :

Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

Or, le droit des marchés publics comporte effectivement des règles imposant un formalisme quant à l'expression du consentement par un organisme public, la principale étant l'obligation de n'octroyer un contrat que par le biais d'un appel d'offres public⁴⁵, et qu'à un soumissionnaire prédéterminé en vertu d'un règlement selon le type d'appel d'offres retenu (habituellement celui ayant déposé la plus basse soumission conforme).

Malgré cet encadrement important, les organismes publics bénéficient du principe de consensualisme et n'ont donc pas l'obligation de conclure des contrats (en général ou avec qui que ce soit). Ils ont plutôt l'obligation de remplir leur mission et disposent du choix des moyens (dans la mesure prévue par leur encadrement normatif) pour y arriver.

Par ailleurs, non seulement les organismes publics sont assujettis aux prescriptions du droit des obligations prévues au Code civil, ils doivent aussi donner l'exemple en matière de pratiques contractuelles et il est attendu qu'ils n'adoptent pas de comportements sans scrupules qui cherchent à abuser de leurs cocontractants, qui sont, bien souvent, des justiciables québécois⁴⁶. Il en découle que, bien qu'ils représentent l'intérêt public, les organismes publics, comme toute partie à un contrat⁴⁷, doivent veiller aux intérêts des entreprises avec qui ils font affaire dans la poursuite de cet intérêt public.

⁴⁴ Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2024, par. 775.

⁴⁵ Art. 10 LCOP.

⁴⁶ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, 602 : « [J]e trouve effectivement qu'une telle attitude est choquante, surtout de la part d'un organisme public d'importance comme Hydro-Québec. »

⁴⁷ *Ponce c. Société d'investissements Rhéaume Ltée*, 2023 CSC 25.

II. Le rôle particulier du droit des marchés publics

Le droit des marchés publics québécois est un droit plutôt insulaire, inspiré par les développements à l'extérieur du Québec mais somme toute peu influençable. Il est plutôt caractérisé par des innovations locales, perçues comme nécessaires à la suite de certains scandales.

A. Bref survol historique

Le droit des marchés public a fait l'objet d'évolutions rapides en réponse au dévoilement de plusieurs scandales⁴⁸. Le premier de ceux-ci a été exposé par la Commission Salvais :

Selon le procédé généralement suivi les contrats de vente étaient conclus entre le vendeur ou son représentant, d'une part, et de l'autre, M. Alfred Hardy, le directeur général des achats, paraissant agir au nom du gouvernement. Ces contrats étaient accompagnés d'une convention accessoire entre les mêmes personnes. [...]

Par cette convention accessoire, la compagnie venderesse s'engageait à payer des commissions à des intermédiaires choisis par des membres influents de l'Union Nationale, le parti du gouvernement savoir, des membres de la Législature notamment, des ministres, des députés et des anciens candidats. Les noms et adresses des dits intermédiaires ainsi que le montant payable à chacun, étaient généralement communiqués à la dite compagnie par le susdit Alfred Hardy. Ces intermédiaires étaient, sauf de rares exceptions des organisateurs et autres partisans dévoués de l'Union Nationale. Ils étaient étrangers au commerce de la compagnie venderesse et, pour la grande majorité, ils étaient même inconnus de cette dernière.

Pour permettre le paiement des dites commissions, les prix mentionnés aux contrats, consentis comme susdit, étaient soit les prix de détail soit, des prix supérieurs aux prix de détail et ce, nonobstant la qualité de l'acheteur et l'importance des quantités achetées. Dans certains cas, un fonctionnaire, paraissant agir au nom du gouvernement, ajoutait aux prix convenus comme susdit, un certain pourcentage qui était destiné aux intermédiaires sous forme de commissions.⁴⁹

⁴⁸ Pour un historique plus complet du droit des marchés publics québécois, voir Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Loi commentée sur les contrats des organismes publics*, 2^e éd., Brossard, CCH, 2013.

⁴⁹ Élie SALVAS, *Rapport des commissaires sur les méthodes d'achat utilisées au département de la colonisation et au service des achats du gouvernement du 1^{er} juillet 1955 au 30 juin 1960*, Montréal, Gouvernement du Québec, 27 juin 1963, p. 193-194.

Immédiatement après son entrée au pouvoir, le gouvernement Lesage a mis sur pied une commission d'enquête sur l'octroi des contrats (la Commission Salvas) pour modifier l'état des choses. Il a également adopté une série de règlements rendant obligatoire la procédure d'appel d'offres pour la conclusion de contrats comportant une dépense supérieure à un certain seuil par les ministères.

Plus récemment, une série de scandales touchant principalement (mais pas exclusivement) les villes de Montréal et de Laval ont mené à l'adoption de divers instruments visant à protéger l'intégrité des marchés publics⁵⁰. Le rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (ci-après la « CEIC » ou la « Commission Charbonneau ») ont hissé l'intégrité et, surtout, la confiance du public au premier plan des révisions législatives⁵¹ :

La réaction de l'opinion publique lorsque de tels comportements sont aujourd'hui rapportés dans les médias démontre en outre à quel point les travaux effectués ont fait leur œuvre d'éducation. La population est aujourd'hui plus que jamais sensibilisée aux enjeux inhérents à la collusion et à la corruption dans l'industrie de la construction et à ceux du financement des partis politiques.⁵²

Plus récemment, le droit des marchés publics a à nouveau été modifié de manière importante, sans toutefois que ceci ait été en réaction à un scandale. Les nouvelles règles visent notamment à forcer les organismes publics à tenir compte de considérations environnementales, sociales et économiques dans la conclusion de leurs contrats⁵³. Peut-être assistons-nous au

⁵⁰ Pour une chronologie de ces instruments, voir Nicholas JOBIDON, « Scandales de l'industrie de la construction au Québec – Évolution et originalité des instruments normatifs visant à prévenir les risques éthiques dans les marchés publics », (2021) 23 *Éthique publique* n° 1.

⁵¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, 1^{re} sess., 40^e légis., 22 novembre 2012, « Étude détaillée du projet de loi no 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics », vol. 43, n° 7, aux p. 9 à 12.

⁵² QUÉBEC, *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, Montréal, CEIC, 2015, tome 3, p. 204, en ligne : <<http://www.bv.transports.gouv.qc.ca/mono/1175409.pdf>>.

⁵³ *Loi visant principalement à promouvoir l'achat québécois et responsable par les organismes publics, à renforcer le régime d'intégrité des entreprises et à accroître les pouvoirs de l'Autorité des marchés publics*, L.Q. 2022, c. 18.

début d'une vague de réglementation visant à faire des marchés publics des achats responsables ?

B. Des normes d'ordre public ?

Le législateur et le gouvernement ont adopté diverses normes afin de répondre à ces scandales, de manière à encadrer la manière dont les fonds publics sont dépensés. Ces normes constituent le noyau dur du droit des marchés publics et imposent diverses restrictions au pouvoir de dépenser des organismes publics. La place de ces normes dans la hiérarchie fait parfois l'objet de débats lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres obligations.

Tout d'abord, l'article 9 LCOP prévoit explicitement la primauté de cette loi sur toute norme incompatible⁵⁴, ce qui implique nécessairement le Code civil.

Ces normes sont souvent qualifiées comme relevant de l'ordre public de direction dans les litiges qui les mettent en cause⁵⁵. Contrairement aux dispositions du Code civil qui sont d'ordre supplétif, les normes qui relèvent du droit des marchés publics ne peuvent faire l'objet d'une renonciation par l'organisme public ou par ses contractants.

Leur caractère d'ordre public emporte de nombreuses conséquences quant à la conclusion et à l'exécution de ces contrats, puisqu'il n'est pas possible de déroger aux normes d'ordre public⁵⁶. L'exemple le plus courant

⁵⁴ Art. 9 LCOP : « À l'égard des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé, la présente loi prévaut sur toute loi générale ou spéciale qui lui serait incompatible, qu'elle soit antérieure ou postérieure, à moins que cette autre loi n'énonce expressément qu'elle s'applique malgré la présente loi. »

⁵⁵ *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 39 et 113; 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, conf. par 2019 QCCA 879; *Produits d'électronique et de signalisation (PES) Canada inc. c. Ville de Québec*, 2022 QCCS 3501, par. 118-120; *Daniels SharpSmart Canada Limited c. SigmaSanté*, 2020 QCCS 3280, par. 20-23; *Autobus Dufresne inc. c. Réseau de transport métropolitain*, 2017 QCCS 5812, par. 39-44; *Karl Storz Endoscopy Canada c. Groupe d'approvisionnement en commun de l'est du Québec*, 2015 QCCS 2537, par. 19-20.

⁵⁶ Art. 9 C.c.Q. : « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. »

est l'obligation pour un organisme public de n'adjuger certains contrats qu'à une entreprise qui est autorisée par l'Autorité des marchés publics à conclure des contrats publics⁵⁷. Les organismes publics ont l'obligation d'appliquer ce régime et d'en assurer l'application, et ne peuvent donc adjuger un contrat à une entreprise qui ne satisfait pas à cette exigence⁵⁸.

On dira ainsi qu'un contrat municipal doit être conforme à l'ordre public sous peine de nullité⁵⁹; par exemple, le délai minimal qu'une ville doit accorder aux entreprises pour déposer leur soumission tel qu'il est prévu par la loi est considéré être une formalité essentielle et une exigence d'ordre public, et une ville ne pourrait contrevenir à cette exigence en accordant une seule journée aux entreprises pour préparer leur soumission⁶⁰.

Le défaut de respecter les règles de droit des marchés publics, par exemple en accordant un contrat public à une entreprise sans procéder par appel d'offres (donc contrairement à l'article 10 LCOP), pourrait entraîner la nullité absolue du contrat⁶¹. Comme ce recours est souvent assimilé à un pourvoi en contrôle judiciaire⁶², les règles relatives à cette procédure s'appliqueront, par exemple la nécessité d'agir dans un délai raisonnable⁶³ ou le fait qu'il s'agisse d'un recours discrétionnaire et que le juge pourrait donc

⁵⁷ Art. 21.17 et suivants LCOP.

⁵⁸ Voir par exemple *Recommandations formulées au dirigeant du Centre intégré de santé et de services sociaux de Chaudière-Appalaches concernant le contrat conclu à la suite de l'appel d'offres public 1063433* (« Recommandation 2021-03 AMP »), p. 5, en ligne : <<https://www.amp.quebec/fr/decisions/recommandations/recommandation-2021-03>> : « 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. »

⁵⁹ *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville)*, REJB 2004-60675 (C.A.).

⁶⁰ *Entreprises Léopold Bouchard & Fils inc. c. St-Tharcisius (Municipalité de)*, 2012 QCCS 4071, par. 16.

⁶¹ Voir par exemple *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville)*, REJB 2004-60675 (C.A.), par. 26.

⁶² Pour une discussion plus en profondeur sur la différence entre la nature contractuelle ou publique de ce recours en nullité, voir Liviù KAUFMAN, « Le recours en nullité d'un contrat conclu en contravention des normes d'ordre public visant les appels d'offres avec le pouvoir public », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 551, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 217.

⁶³ Art. 529(3) du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

ne pas imposer le remède auquel le demandeur pourrait sembler avoir droit⁶⁴.

Au-delà de leur statut d'ordre public, les règles de droit des marchés publics visent à protéger les fonds publics et sont donc des règles visant à protéger « l'intérêt général »⁶⁵.

Bien qu'elle soit parfois utile, cette distinction est possiblement superflue considérant que la qualification « d'ordre public » n'est nécessaire que pour distinguer les dispositions du Code civil auxquelles un justiciable peut renoncer. Or, les normes de droit des marchés publics ne sont pas des dispositions du Code civil, mais plutôt des normes de droit public (qu'elles proviennent du droit statutaire ou de la common law) qui dérogent explicitement au Code civil en vertu de l'article 1376 C.c.Q. Après tout, il serait absurde que les organismes publics assujettis à la *Loi sur la justice administrative*⁶⁶ ou à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁶⁷ puissent décider de ne pas en respecter les prescriptions.

III. Les piliers du droit des marchés publics québécois

De cet historique et de la place du droit des marchés publics dans la hiérarchie des normes applicables aux organismes publics, il est possible d'extraire les principes fondamentaux de droit des marchés publics québécois.

⁶⁴ Par exemple, dans l'affaire *Fédération des transporteurs par autobus c. Société de transport du Saguenay*, 2021 QCCA 1303, la Cour d'appel avait constaté la nullité des résolutions d'un organisme public adjugeant un contrat de transport d'élèves en contravention des règles de droit des marchés publics applicables, mais a considéré que l'annulation des contrats serait contraire à l'intérêt public puisqu'il serait alors impossible de conclure un nouveau contrat avant le début des classes. Pour plus de détails, voir Pierre GIROUX et Nicholas JOBIDON, « Les recours judiciaires en droit public », dans *Collection de droit 2024-2025, École du Barreau du Québec*, vol. 8, *Droit autochtone – Droit public et administratif, Collection de droit 2024-2025*, Montréal, CAIJ, 2024, p. 275.

⁶⁵ Art. 1417 C.c.Q. : « La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général. » ; *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 39 : « Comme l'objectif visé par ces dispositions est la protection des fonds publics et l'intérêt des contribuables, la nullité absolue sanctionne le contrat conclu en violation de ces règles. »

⁶⁶ *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3.

⁶⁷ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1.

La méthode utilisée pour cet effort de théorisation est d'ordre purement dialectique et consiste à examiner certaines normes de droit des marchés publics et de proposer le ou les objectifs qui les sous-tendent, à la lumière des fondements identifiés ci-dessus.

Cette méthode se distingue d'un énoncé pur et simple des principes identifiés à l'article 2 de la LCOP puisqu'il invite à se questionner sur la raison d'être de ces principes. Cet article prévoit que :

2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

0.1° la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents ;

1° la transparence dans les processus contractuels ;

2° le traitement intègre et équitable des concurrents ;

3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ;

3.1° l'utilisation des contrats publics comme levier de développement économique du Québec et de ses régions ;

4° la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui s'inscrive dans la recherche d'un développement durable au sens de la Loi sur le développement durable (chapitre D-8.1.1) ;

4.1° la recherche de la meilleure valeur dans l'intérêt public ;

5° la mise en oeuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics ;

6° la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.

[...]

Cet énoncé de principe informe le lecteur sur les considérations qui doivent guider la lecture de la Loi et qui ont guidé le législateur dans l'édiction des normes qui s'y trouvent. Il n'indique toutefois pas ce qui justifie l'importance de ces considérations : pourquoi la transparence est-elle importante ? Pourquoi les concurrents doivent-ils être traités équitable-

ment ? Pourquoi les organismes publics doivent-ils rechercher la meilleure valeur ? La réponse à ces questions aidera le lecteur à comprendre l'essence du droit des marchés publics, et à résoudre des énigmes lorsque plusieurs de ces principes semblent se trouver en contradiction.

Les piliers identifiés par cet exercice, présentés dans aucun ordre particulier, s'inspirent de ceux proposés par Pierre Giroux et Denis Lemieux quant aux justifications de l'appel d'offres⁶⁸ et sont les suivantes : l'efficacité administration (A), la protection des fonds publics (B) et le retrait du choix des soumissionnaires (C).

A. Une prémisse invisible : l'efficacité administrative

Contrairement à une impression générale, le droit des marchés publics n'a pas pour objet d'empêcher les organismes publics d'atteindre leurs objectifs ni de remplir la mission que leur a confié le législateur. Bien que d'une lourdeur indéniable, les normes de droit des marchés publics visent plutôt à encadrer la manière dont les organismes publics dépensent les fonds publics dans la poursuite d'objectifs légitimes, de manière à s'assurer que les fonds publics ne soient pas détournés vers des fins privées, gérés maladroitement ou négligemment ou sans tenir compte d'objectifs secondaires du gouvernement.

Les organismes publics dépendent de l'industrie privée pour pouvoir réaliser leur mission : il serait inimaginable que les fonctionnaires du ministère des Transports aient à creuser des puits de pétrole, raffiner le bitume et construire les véhicules nécessaires pour construire une route. Pour accomplir leur mission, ils doivent se procurer ces produits et ces services et ils doivent se les procurer par contrat.

Cette prémisse se manifeste tout d'abord par la marge de manœuvre qui est reconnue aux organismes publics pour définir leurs propres besoins.

⁶⁸ Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, Brossard, Publications CCH, feuilles mobiles, ¶5-300, à jour au 1^{er} février 2022 (depuis 2021, Sébastien Laprise et Jean-Benoît Pouliot ont repris cet ouvrage). Dans l'ouvrage, ils présentent trois « raisons de l'exigence de l'appel d'offres », soit 1) obtenir le meilleur produit au meilleur prix ; 2) éliminer le favoritisme et le patronage ; et 3) reconnaître le droit à l'égalité devant le service public.

Tant les tribunaux⁶⁹ que l'Autorité des marchés publics⁷⁰ reconnaissent que l'organisme public est le mieux placé pour déterminer ce dont il a besoin pour accomplir sa mission. Des contrôles pourront toutefois être effectués pour s'assurer que le bien ou le service recherché est nécessaire à l'accomplissement de la mission de l'organisme et que le cadre normatif est respecté⁷¹.

C'est entre autres pourquoi le législateur a prévu des exceptions à l'obligation de recourir à l'appel d'offres public pour conclure certains contrats : par exemple, si un hôpital désire se procurer un équipement extrêmement dispendieux pour être en mesure de diagnostiquer des maladies, et que cet équipement n'est disponible qu'auprès d'un seul vendeur (en raison d'un brevet), le droit des marchés publics n'empêche pas l'hôpital de se procurer cet équipement et lui permet, au contraire, de conclure le contrat de gré à gré avec ce vendeur⁷².

Loin d'interférer avec l'exercice des pouvoirs publics dont sont investis les organismes publics, le droit des marchés publics existe plutôt pour renseigner, diriger et contrôler les dépenses de ces organismes dans l'intérêt public. Là où un organisme public pourrait croire que l'achat d'un certain produit serait dans son intérêt (et donc dans l'intérêt des contribuables), le droit des marchés publics pourrait le contredire si le processus de passation démontre une mauvaise analyse des besoins, une mauvaise étude de marchés, ou si la décision risque d'accorder un certain monopole à une entre-

⁶⁹ *Entreprise P.S. Roy c. Magog (Ville de)*, 2013 QCCA 617, par. 49 : « Les tribunaux se sont réservé le pouvoir de contrôler les conditions stipulées aux appels d'offres émanant d'un organisme public afin d'assurer le respect du principe de l'égalité d'accès aux marchés publics. Notre Cour a écrit à ce sujet : “[l]es exigences d'un cahier des charges peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire si elles sont arbitraires, frivoles ou ont pour but ou effet de contourner la loi. Elles constitueraient alors un abus de pouvoir de la part de la municipalité”. »

⁷⁰ Voir par exemple la Recommandation 2022-05 AMP, préc., note 12, où l'AMP indique que la discrétion dont dispose les organismes publics lors de l'élaboration de leurs besoins n'est pas sans limite.

⁷¹ Il faut insister sur la différence entre la liberté dans la définition d'un besoin et l'absence de liberté dans le choix d'un cocontractant : voir la section C, ci-dessous.

⁷² Art. 13(1)2° LCOP.

prise à plus long terme⁷³ ou de développer une dépendance envers un seul fournisseur⁷⁴.

Cette considération d'efficacité administrative explique également partiellement pourquoi le droit des marchés publics impose des obligations différentes en matière d'adjudication de contrats en fonction du montant de la dépense⁷⁵. Pourquoi ne pas imposer systématiquement la procédure d'appel d'offres public pour tous les contrats, sans égard à leur importance? Il ne serait évidemment pas efficace pour les organismes publics d'imposer les mêmes règles de passation de contrats pour l'achat d'un stylo que pour la construction d'une station de métro. Le droit des marchés publics comporte donc des seuils, qui peuvent paraître arbitraires, mais en deçà desquels les organismes publics voient leur liberté contractuelle moins restreinte.

Il est donc essentiel d'établir que le droit des marchés publics n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher les organismes publics d'accomplir leur mission.

Au contraire, la notion d'efficacité administrative reconnaît que la conclusion de contrats est un outil pour les organismes publics pour remplir diverses missions au sein de l'appareil étatique : non seulement pour s'approvisionner en biens et services afin de remplir leur mission, mais également « pour la réalisation de certains objectifs sociaux, politiques, environnementaux, ou économiques, le contrat devenant alors un outil de mise en œuvre des orientations et choix politiques de l'État »⁷⁶.

⁷³ Voir par exemple MONTRÉAL, BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL, *Rapport de recommandations concernant le processus de passation de contrat lié au nouveau complexe aquatique intérieur au Centre Rosemont (appels d'offres 16-15580 et n° 5846)*, 2019, en ligne : <<https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-de-recommandations-concernant-le-processus-de-passation-de-contrat-lie-au-nouveau-complexe-aquatique-interieur-au-centre-rosemont-appels-doffres-16-15580-et-n-5846-depose-le/>>.

⁷⁴ À titre d'exemple, voir VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, *Rapport du Vérificateur général du Québec à l'Assemblée nationale pour l'année 2016-2017*, Québec, 2016, c. 7, en ligne : <<https://www.vgq.qc.ca/fr/publications/141>>.

⁷⁵ Art. 10(1)1° LCOP.

⁷⁶ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 1373.

B. La protection des fonds publics

Considération intuitive au fondement du droit des marchés publics⁷⁷, la protection des fonds publics est effectivement une considération fondamentale qui explique pourquoi le législateur a encadré aussi strictement la conclusion de contrat par les organismes publics. Tel qu'il a été exposé ci-dessus, l'histoire démontre que les politiciens ou les administrateurs chargés de gérer les fonds publics n'ont pas toujours l'intérêt public à cœur : ils peuvent parfois être tentés d'avantager des alliés ou de privilégier leur intérêt personnel en échangeant des contrats publics pour des pots-de-vin. Même sans comportements criminels ou de mauvaise foi, il peut aussi arriver que les fonds publics soient simplement mal gérés, que ce soit par négligence ou par incompetence. Il est donc tout naturel que le législateur restreigne la liberté contractuelle des organismes publics pour s'assurer que les fonds publics ne soient destinés qu'à des fins publiques et soient sainement gérés.

Quoiqu'il ne soit pas le seul principe⁷⁸, il est certainement le plus cité par les tribunaux⁷⁹. La Cour suprême semblait elle aussi confondre la protection des fonds publics et l'intérêt des contribuables⁸⁰.

⁷⁷ « L'Administration se doit donc de protéger les deniers publics, d'où le régime particulier auquel sont soumis les contrats administratifs. » : P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *id.*, p. 1261 ; « L'intérêt public justifie l'idée de "protection des deniers publics" qui fonde certaines règles rigoureuses. » : P. GARANT, *préc.*, note 8, p. 373.

⁷⁸ « Parce que l'aspect budgétaire ne constitue que *l'une des dimensions de l'intérêt public et non pas l'intérêt public en tant que tel.* » (italique dans l'original) : Antoine PELLERIN, *Réconcilier contrats publics et intérêt public : Pour un nouveau modèle du pouvoir contractuel de l'État*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2020, p. 296.

⁷⁹ Une citation en particulier, tirée de l'affaire *Wilfrid Nadeau Inc. c. R.*, [1977] 1 C.F. 541, à la p. 558, se retrouve dans 19 jugements (incluant plusieurs de la Cour d'appel) en mai 2024 : « Il existe une obligation non pas envers le plus bas soumissionnaire, mais envers le trésor public qui ne doit jamais être tenu de payer, sans une bonne raison, un prix plus élevé que nécessaire. »

Ce principe est également repris dans plusieurs autres jugements sous d'autres formulations : *Dawcolectric inc. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCA 948, par. 124 ; *Montréal (Ville de) c. Société d'énergie Foster Wheeler ltée*, 2011 QCCA 1815, par. 148 et 172 ; voir aussi *Groupe Dubé et Associés inc. c. Québec (Procureur général) (Ministère des Transports)*, 2014 QCCS 2668, conf. par 2016 QCCA 401, par. 125 et 131 ; *Innovtech Construction inc. c. Centre universitaire de santé McGill (Hôpital de Montréal pour enfants)*, 2010 QCCS 5190, par. 248.

⁸⁰ *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, *préc.*, note 4, par. 39.

Ce principe est fameusement mis de l'avant par l'obligation faite aux organismes publics d'adjuger leurs contrats d'importance par appel d'offres public⁸¹, laquelle est doublée de l'obligation de n'accorder le contrat qu'au soumissionnaire le mieux-disant⁸². Malgré sa lourdeur administrative, la procédure d'appel d'offres présente une multitude d'avantages : en principe, elle permet à l'organisme public d'opérer, du même coup, une étude de marché, un appel à la concurrence et une adjudication au meilleur-disant. Une procédure d'appel d'offres bien administrée laisse l'organisme public déterminer ses besoins afin de s'assurer que les produits ou services obtenus le satisferont et maximise la concurrence (et donc protège les fonds publics) en octroyant le contrat au plus bas soumissionnaire conforme.

Cela dit, le principe de la protection des fonds publics sous-entend que les organismes publics devraient avoir une connaissance suffisante du marché, à la fois quant aux produits et services disponibles et à la quantité d'entreprises potentiellement en mesure de les fournir. Comment l'organisme public serait-il en mesure de protéger les fonds publics autrement ? Par exemple, un organisme public qui réutiliserait les mêmes documents d'appel d'offres que ceux utilisés plusieurs années plus tôt pour un contrat de déneigement, sans refaire d'étude de marché et sans préparer d'estimation des coûts, ne pourrait pas savoir s'il obtient une bonne valeur pour les services demandés⁸³.

C'est également en fonction de ce principe qu'il est attendu des organismes publics que ceux-ci soient lucides quant à l'impact de leurs décisions sur l'amplitude de la concurrence⁸⁴. Lorsqu'un organisme public délimite

⁸¹ Art. 10 LCOP.

⁸² Voir par exemple l'article 13 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r 2 : « L'organisme public adjuge le contrat au fournisseur qui a soumis le prix le plus bas. » Une obligation quasi identique existe dans tous les cas où l'organisme public sollicite uniquement un prix dans ses documents d'appel d'offres ; une obligation similaire s'applique également lorsque l'appel d'offres emporte une certaine étude de la qualité des soumissions.

⁸³ Faits tirés de *Recommandations formulées au conseil municipal de la municipalité de Saint-Alphonse-de-Granby concernant le processus identifié au SEA0 sous le numéro de référence 1613594* « Recommandation 2022-11 AMP », en ligne : <<https://www.amp.quebec/fr/decisions/recommandations/recommandation-2022-11>>.

⁸⁴ Pier-Olivier FRADETTE, « La détermination des besoins préalable à un contrat public municipal : comment l'Autorité des marchés publics façonne ce nouveau droit », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 509, *Développements récents en droit municipal* (2022), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 3.

ses besoins d'une manière qui risque d'avoir un impact important sur la concurrence, par exemple en réduisant ses besoins à un produit ou un service que très peu de fournisseurs (voire un seul) sont en mesure de fournir, il devra prendre soin de justifier cette décision, ou courir le risque que l'AMP questionne sa démarche.

C'est également grâce à une compréhension globale de ses propres besoins et de l'état du marché qu'un organisme public peut stimuler l'innovation et la productivité des entreprises concurrentes⁸⁵.

Le principe de la protection des fonds publics n'est pas limité à une vision à court terme de la dépense nécessaire pour remplir un besoin ; il emporte également la nécessité d'avoir une vision à plus long terme de l'impact de ses décisions sur le marché (et donc sur la concurrence). Ainsi, on voudra généralement éviter qu'un organisme public ne confie un contrat pour des logiciels à une entreprise qui détient une exclusivité sur ce logiciel : un tel contrat risquerait de placer l'entreprise dans une situation indûment avantageuse par rapport à ses concurrents lors de renouvellements éventuels du contrat par l'organisme public.

Par ailleurs, le fait pour un organisme public d'entretenir une saine concurrence empêche le développement de pratiques collusoires et de cartels⁸⁶, ces pratiques étant incompatibles avec un marché ouvert et la venue de nouveaux concurrents. Évidemment, les fonds publics doivent être protégés contre les détournements :

Sur cette question, un des objectifs de protéger et promouvoir l'intégrité des concurrents (outre la moralité et l'indignation publique) est justement de protéger la saine concurrence ; il est donc nécessaire de maintenir un juste équilibre et d'être prudent quant à la quantité et la qualité des entreprises exclues des marchés publics

La corruption engendre aussi des coûts indirects potentiellement très élevés. Le fait d'octroyer un contrat en contrepartie d'un avantage (par exemple un pot-de-vin ou une contribution politique) plutôt qu'au terme de procédures visant à favoriser la mise en concurrence prive le donneur d'ouvrage public

⁸⁵ Sanghoon AHN, *Competition, Innovation and Productivity Growth: A review of theory and evidence*, OECD Economics Department Working Papers, n° 317, 2002, p. 16, en ligne : <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2002/01/competition-innovation-and-productivity-growth_g17a1474/182144868160.pdf>.

⁸⁶ QUÉBEC, préc., note 54, p. 101.

des bienfaits de celle-ci. D'abord, la firme ou l'entreprise corruptrice n'obtient aucun incitatif à faire du bon travail ou à améliorer la qualité ou l'efficacité de ses façons de faire, notamment en intégrant de nouvelles technologies. Au contraire, dans un marché public où règne la corruption, les entreprises seront portées à se faire concurrence, non pas en offrant le meilleur produit au meilleur coût au donneur d'ouvrage, mais en offrant de meilleurs avantages aux agents publics susceptibles d'influencer le processus d'octroi de contrats et sa gestion. Le même effet désincitatif se produit pour les fournisseurs de biens ou de services exclus par le donneur d'ouvrage corrompu, lorsqu'ils savent que les contrats sont accordés sans égard à la qualité et au coût des produits et services. Ce phénomène est susceptible d'affecter la qualité et, dans certains cas, la sécurité des infrastructures construites, ce qui engendre des dépenses publiques additionnelles.⁸⁷

L'importance de la mise en concurrence ne saurait donc être sous-estimée, et c'est pourquoi ce principe est codifié dans la LCOP à l'article 2(1)0.1° (la confiance du public), 2° (le traitement intègre des concurrents), 3° (l'ouverture à la concurrence) et 4.1° (la recherche de la meilleure valeur).

C. Le retrait du choix du contractant

Les fonds publics représentent des sommes extrêmement importantes. Il n'est donc ni difficile ni nécessaire d'imaginer que la tentation d'en détourner une partie pour des fins privées soit parfois irrésistible. Le pouvoir de dépenser des fonds publics soulève un risque évident de conflit d'intérêts, entre les intérêts publics au service desquels ils doivent être dépensés et les intérêts privés de la personne chargée de les administrer. C'est exactement la situation qui avait été mise à jour par la Commission Salvais au début de la Révolution tranquille.

Au Québec, des normes de droit des marchés publics prévoient non seulement l'obligation de n'adjuger certains contrats que par appel d'offres public, mais déterminent également à quel soumissionnaire ayant répondu à l'appel d'offres l'organisme public doit adjuger le contrat. Les organismes publics doivent adjuger celui-ci soit à celui ayant proposé le prix le plus bas⁸⁸,

⁸⁷ *Id.*, p. 76.

⁸⁸ Art. 13 et 22 du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2 (ci-après « RCA »); art. 13 et 20 du *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4 (ci-après « RCS »); art. 16 du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c.

ayant obtenu le meilleur rapport qualité-prix⁸⁹ à la suite d'une évaluation de la qualité par un comité de sélection ou à celui ayant obtenu le meilleur pointage lors de l'évaluation de la qualité (sans égard au prix)⁹⁰. La jurisprudence indique ensuite que seul un soumissionnaire conforme peut recevoir le contrat⁹¹, ce qui empêche les organismes publics de raffiner leurs besoins après l'ouverture des soumissions de manière à déterminer avec quelle entreprise ils feront ultimement affaire. En bout de piste, les organismes publics ne disposent d'aucune discrétion quant au choix de leur contractant à la suite d'un appel d'offres.

C'est ce même principe qui explique pourquoi les appels d'offres dirigés sont illégaux : un appel d'offres dirigé n'est un appel d'offres qu'en apparence seulement, puisque les besoins qui y sont exprimés ont été méticuleusement exprimés par l'organisme public de manière à s'assurer qu'une seule entreprise pourrait obtenir le contrat⁹². Par ce stratagème, un organisme public détermine non pas ses besoins mais prédétermine son cocontractant. Plusieurs normes de droit des marchés publics visent spécifiquement à éviter ce comportement, dont le mécanisme de plaintes auprès de l'AMP par les entreprises intéressées⁹³.

C'est justement dans l'optique d'empêcher l'organisme public de choisir son contractant que le travail du comité de sélection⁹⁴ est encadré tel qu'il l'est :

C-65.1, r. 5 (ci-après « RCTC ») ; art. 573(7.) de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (ci-après « LCT »).

⁸⁹ Art. 23 RCA ; art. 21 RCS ; art. 25 RCTC ; art. 573.1.0.1(4) et 573.1.0.1.1(3) LCT.

⁹⁰ Art. 22 RCS.

⁹¹ *MJB Enterprises Ltd c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

⁹² Par exemple, dans la *Décision ordonnant à la Commission scolaire Crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348* (« décision 2019-02 AMP »), en ligne : <<https://www.amp.quebec/fr/decisions/ordonnances/ordonnance-2019-02>>, un organisme public avait indiqué à ses documents d'appel d'offres qu'il cherchait des produits de la compagnie Hewlett-Packard, et a indiqué à l'AMP lors de son enquête qu'il avait l'intention de faire affaire avec un fournisseur local qui offrait cette marque de produits.

⁹³ Art. 21.0.3 et 21.0.4 LCOP ; art. 37 et suivants de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ c. 33.2.1. Les recommandations et ordonnances publiées sur le site web de l'AMP regorgent d'exemples où l'AMP est intervenue pour empêcher un organisme public d'inclure des exigences trop restrictives dans ses documents d'appel d'offres.

⁹⁴ Lorsqu'un organisme public lance un appel d'offres avec évaluation de la qualité, il doit constituer un comité de sélection chargé d'étudier les soumissions et leur accorder un pointage en fonction des critères prévus dans les documents d'appel d'offres.

- Les membres du conseil municipal ne peuvent pas siéger au comité⁹⁵ et doivent déléguer à un employé le pouvoir de nommer les membres du comité de sélection⁹⁶;
- Les organismes publics doivent inclure un membre externe à l'organisation dans leurs comités⁹⁷;
- Les membres du comité de sélection doivent normalement ignorer le prix des soumissions⁹⁸.

Pourquoi isoler ainsi les membres du comité de sélection ? Sans doute est-ce pour éviter que les membres du comité soient influencés dans la détermination des pointages, considérant que ces pointages peuvent déterminer le récipiendaire ultime du contrat.

Le principe voulant que les organismes publics ne puissent pas choisir leur propre contractant sert également de contexte aux diverses règles obligeant de respecter l'équité entre les soumissionnaires⁹⁹. Le droit des marchés publics cherche ainsi à éviter que l'entreprise avec laquelle l'organisme public veut conclure le contrat ne reçoive des avantages indus sous forme de délais ou d'informations additionnelles.

Ce principe agit pour favoriser la concurrence, puisque les entreprises intéressées à briguer des contrats en répondant à des appels d'offres pourraient préférer concentrer leurs énergies autrement si elles n'avaient pas confiance d'avoir une chance honnête d'obtenir le contrat¹⁰⁰.

⁹⁵ Art. 573.1.0.1 et suiv. LCT ; art. 936.0.1 et suivants du *Code municipal*, RLRQ, c. C-27.1 (ci-après « CM »).

⁹⁶ Art. 573.1.0.13 LCT ; art. 936.0.13 CM.

⁹⁷ Art. 8 de la *Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, C.T. 229042 du 12 septembre 2023.

⁹⁸ Art. 24 RCA ; art. 26 RCS ; art. 31 RCTC ; art. 573.1.0.1.1 LCT ; art. 936.0.1.1(1)3^a CM. À noter qu'il peut exister des exceptions ou une certaine tolérance quant à cette règle dans certaines circonstances : voir notamment *Pentax Canada inc. c. Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est du Québec*, 2014 QCCS 995 et *Carrefour Rouyn inc. c. Centre local de développement de la MRC Rouyn-Noranda*, 2013 QCCS 6285.

⁹⁹ Art. 2(1)2^o LCOP ; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60.

¹⁰⁰ *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317, par. 14 : « Le principe d'égalité entre les soumissionnaires tire son fondement du fait qu'en l'absence de cette obligation implicite, aucun soumissionnaire raisonnable ne s'exposerait aux risques inhérents à un appel d'offres si le donneur d'ouvrage « peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme ». »



Ensemble, l'efficacité administrative, la protection des fonds publics et le retrait du choix du contractant assurent la saine gestion des fonds publics et expliquent pourquoi le droit des marchés publics retire une grande partie de la liberté contractuelle des organismes publics.

Ces piliers supportent le droit des marchés publics et furent érigés peu à peu au fil de la construction de ce domaine de droit par le législateur, le régulateur, la jurisprudence, la doctrine, les accords de commerce intergouvernementaux et les instances administratives chargées de l'appliquer (dont principalement l'Autorité des marchés publics et le Bureau de l'Inspecteur général de la Ville de Montréal). Ils résultent de l'historique et de la raison d'être du droit des marchés publics québécois, et participent à lui donner son aspect distinctif.

Alors que les organismes publics assujettis au droit des marchés publics sont de plus en plus appelés à documenter leurs décisions (tant celles ayant trait à la détermination des besoins, au choix du mode d'adjudication ou à la gestion du contrat en cours d'exécution¹⁰¹), il leur sera utile d'être conscients de ces piliers afin de bien naviguer les nombreuses règles entourant les marchés publics.

¹⁰¹ Nicholas JOBIDON, « De la fin du contrat A : où tirer la ligne entre non-conformité d'une soumission et modification du contrat après l'octroi? » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 551, *Développements récents en droit des marchés publics* (2024), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 43, à la p. 66.