

**LES RISQUES ET LES CONTRÔLES
DANS LA GESTION DES CONTRATS**

2004-01-15
Modifié 2005-06-01
Corrigé 2006-01-17

Table des matières

Introduction	1
La gestion des contrats	2
1. Les risques liés à la définition du mandat	4
Mandat imprécis	4
Contrat de services versus contrat de travail	5
Contrats assimilés à des contrats à forfait	6
2. Les risques liés à la détermination du montant du contrat	8
Seuil d'appel d'offres sur invitation ou public	8
Seuil d'autorisation du Conseil du trésor d'émettre un appel d'offres	8
3. Les risques liés à la conclusion de contrats sans appel d'offres	10
Contrats multiples avec un nombre restreint de fournisseurs	10
Contrats multiples avec le même fournisseur	10
Contrats à phases multiples	10
Petits contrats qui se répètent annuellement	10
Contrats conclus avec une personne morale sans but lucratif	12
4. Les risques liés à l'établissement des honoraires ou de la rémunération	13
Contrat conclu avec une personne physique non en affaires	13
Contrat conclu pour des services professionnels dont le tarif n'est pas réglementé	14
Contrat conclu avec des employés d'organismes publics, des professeurs, des chercheurs, etc.	15
5. Les risques liés aux contrats conclus en situation d'urgence	16
Contrat où la sécurité des biens ou des personnes n'est pas en cause	16
6. Risques liés à la prolongation des contrats	17
Contrat dont la durée est déterminante	17
Contrat dont la date d'échéance des travaux est reportée	17
7. Risques liés au processus d'appel d'offres	19
Une seule offre conforme est reçue	19
Une seule offre conforme est considérée acceptable par le comité de sélection	20

Les risques et les contrôles dans la gestion des contrats

8. Risques liés à la durée d'un contrat	21
Détermination de la durée des contrats	21
9. Risques liés aux autorisations déléguées en matière de contrats	22
Rapport annuel sur les autorisations déléguées en matière de contrats	22
10. Risques liés au processus d'évaluation et de sélection des offres de service	24
Formation et fonctionnement du comité de sélection	24
11. Risques liés à la gestion des contrats	26
Encadrement du processus d'acquisition	26
Suivi de l'exécution des contrats	28
ANNEXE	30
Seuils relatifs au mode d'appel d'offres en matière contractuelle	30

Introduction

La Loi sur l'administration publique affirme la priorité accordée à la qualité des services aux citoyens dans l'élaboration et l'application des règles de l'Administration publique. Elle instaure un nouveau cadre de gestion axé sur l'atteinte des résultats, sur le respect du principe de la transparence et sur une obligation accrue de rendre compte de l'Administration gouvernementale devant l'Assemblée nationale qui concourt, entre autres :

- à une plus grande flexibilité pour les ministères et les organismes (m/o) en adaptant les règles de gestion à leur situation;
- à la reconnaissance du rôle des sous-ministres et des dirigeants d'organismes dans l'exercice des contrôles relatifs à la gestion axée sur les résultats;
- à une reddition de comptes portant sur la performance dans l'atteinte des résultats;
- à une utilisation optimale des ressources de l'Administration gouvernementale.

Cette loi reprend, selon une approche d'allègement, les règles de gestion, notamment, des ressources matérielles applicables à l'Administration gouvernementale et antérieurement prévues par la Loi sur l'administration financière. Dans le domaine de la gestion des contrats, elle confère au gouvernement le pouvoir, par règlement, sur recommandation du Conseil du trésor :

- de déterminer les conditions des contrats faits, au nom du gouvernement, par un ministre et ceux faits par un organisme de l'Administration gouvernementale;
- de prévoir les cas où ces contrats sont soumis à l'autorisation du gouvernement ou du Conseil du trésor.

Elle permet à un ministre ou à un organisme de conclure un contrat selon des règles différentes de celles qui lui sont applicables en vertu d'un tel règlement sur autorisation soit du gouvernement après recommandation du Conseil du trésor, soit du Conseil du trésor seulement, selon le cas.

Elle confie au Conseil du trésor des fonctions adaptées aux caractéristiques du nouveau cadre de gestion dont celle de proposer au gouvernement la politique générale en matière de marchés publics et d'en coordonner la mise en œuvre et celle de soutenir les m/o dans la mise en œuvre des orientations gouvernementales en matière de ressources matérielles.

La Politique sur les marchés publics s'inscrit bien dans les fonctions dévolues au Conseil du trésor par cette loi. En effet, l'importance financière et stratégique des marchés publics exige l'établissement d'un minimum d'orientations générales communes pour garantir que la passation des marchés s'effectue d'une manière efficace et transparente tout en favorisant l'atteinte des objectifs de l'État. Elle confirme ainsi que l'Administration

gouvernementale doit encadrer les processus utilisés à cette fin dans le respect des huit grandes orientations suivantes :

1. l'efficacité et l'économie;
2. le respect des accords de libéralisation des marchés publics conclus par l'État;
3. la réciprocité;
4. la concurrence;
5. la transparence;
6. le développement économique et technologique;
7. la protection de l'environnement;
8. la promotion du français.

*Voir
Politique sur
les marchés
publics
Recueil des
politiques de fsk
10-1-2-7*

La gestion des contrats

Le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics* (le règlement) s'inspire de ces grandes orientations.

Il détermine des situations où l'appel d'offres, même s'il peut et devrait être utilisé, n'est pas obligatoire (1^{er}, 2^e et 3^e paragraphes de l'art. 11 et art. 12) ainsi que des situations où une autorisation du Conseil du trésor est requise avant l'émission d'un appel d'offres (art. 13) et la conclusion d'un contrat (art. 14), dans le cas de suppléments à un contrat de services professionnels (art. 88 et 89) et dans le cas d'un contrat dérogeant à la réglementation et conclu sans autorisation préalable (art. 91). Il détermine aussi des situations où l'autorisation du sous-ministre, du dirigeant d'organismes ou du directeur général des achats est requise avant la conclusion d'un contrat (art. 15), dans le cas de suppléments (art. 88) et dans le cas de paiements relatifs à des contrats conclus en situation d'urgence (art. 90).

Il est important de rappeler cependant que le règlement fait de l'appel d'offres sa première et sa plus importante règle de gestion dans le domaine des marchés publics. Aussi, les m/o devraient toujours privilégier cette procédure et n'utiliser les exceptions prévues au règlement que si la situation le requiert et qu'il est impossible de procéder par appel d'offres.

Les allègements consentis aux règles d'attribution de contrats, et tout particulièrement la délégation de certains pouvoirs d'autorisation aux sous-ministres ou aux dirigeants d'organisme, dénotent l'importance et la reconnaissance accordées à leur rôle dans l'exercice des contrôles relatifs à la gestion axée sur les résultats. Cette marge de manœuvre accrue consentie à l'Administration gouvernementale nécessite par ailleurs la mise en place, par les sous-ministres et les dirigeants d'organisme, de mécanismes de contrôle et de support adaptés aux particularités propres à leur organisation.

Il est primordial aussi que les dirigeants aient l'assurance que les personnes qui autorisent et concluent les contrats ont les connaissances nécessaires pour procéder aux acquisitions en conformité avec la réglementation en vigueur et peuvent obtenir le support nécessaire lorsque requis.

Si la gestion contractuelle dans un m/o est décentralisée, ces mécanismes doivent permettre aux gestionnaires d'avoir accès à une expertise centrale à laquelle ils peuvent recourir afin de s'assurer du respect des principes d'une saine gestion contractuelle et de la réglementation. À cet égard, le Sous-secrétariat aux marchés publics du Secrétariat du Conseil du trésor est aussi en mesure d'offrir des services de soutien aux m/o dans le processus d'adjudication de leurs contrats.

Par ailleurs, le respect intégral de toutes les dispositions du règlement n'assure pas nécessairement que les principes d'une saine gestion contractuelle soient rencontrés. Dans les faits, le processus menant à la conclusion d'un contrat peut être tout à fait conforme à la réglementation et comporter tout de même certains risques. La réglementation ne détermine pas non plus des règles applicables à toutes les situations.

Le présent document a été élaboré dans le but d'offrir aux m/o un outil de support à l'identification et au contrôle, dans la mesure du possible, des principaux risques liés à la gestion des contrats. Il s'inscrit dans le sens des recommandations contenues dans le rapport du vérificateur général sur les opérations de l'année 1999-2000 à l'effet que les m/o doivent exercer une surveillance périodique sur la gestion de leurs acquisitions. Ce document ne prétend pas identifier tous les risques. Au contraire, d'autres risques existent certainement selon les particularités propres à chacun des m/o. Ceux-ci devront aussi être identifiés et les sous-ministres et les dirigeants d'organismes devront prendre toutes les mesures nécessaires afin que les plus significatifs d'entre eux fassent l'objet de contrôle au même titre que ceux décrits dans ce document.

Le présent guide prend également tout son sens à la lecture des règles d'éthique énoncées dans la nouvelle brochure *L'éthique dans la fonction publique québécoise* et plus particulièrement dans son introduction où le secrétaire général du Conseil exécutif rappelle l'importance que chaque employé se comporte de manière intègre, surtout dans un contexte de changement, et souligne que la gestion de l'administration publique peut impliquer, dans certaines circonstances, plus que le simple respect de la norme juridique applicable. Plus loin, le document dans son introduction précise que le fonctionnaire doit, lorsqu'il se heurte à un dilemme, faire appel à l'esprit de ces règles et aux valeurs dont elles s'inspirent. C'est dans cet esprit que le *Guide sur les risques et les contrôles dans la gestion des contrats* a été élaboré. Il se veut donc un outil pour favoriser un comportement éthique dans la gestion des contrats.

1. Les risques liés à la définition du mandat

Dans le domaine des contrats d'approvisionnement et des contrats de construction, il est généralement facile pour le m/o d'identifier le produit recherché ou de décrire les spécifications qui s'y rapportent de façon à permettre aux fournisseurs d'avoir une compréhension commune et précise du besoin et d'évaluer adéquatement le meilleur prix qu'ils entendent soumettre pour obtenir le contrat.

Il en est autrement dans le domaine des contrats de services, car il peut s'avérer difficile de cerner les besoins et de décrire les services requis. Si le contrat est conclu avec une personne physique, il faut s'assurer qu'il n'est pas un contrat de travail. Par ailleurs, dans certains cas, le contrat est assimilé à un contrat à forfait alors que la nature même du mandat ne peut être qu'à taux.

Risque 1.1

Mandat imprécis

Les m/o doivent décrire avec la plus grande exactitude possible la nature des services requis de façon à permettre aux fournisseurs d'évaluer adéquatement toute la portée du mandat. Or, les m/o sont souvent confrontés à une situation où il est difficile de bien circonscrire la nature des services requis ou que les services requis ne peuvent être décrits avec la meilleure précision. Dans ces circonstances, il y a un risque que pour assurer la réalisation du mandat ou du projet, le contrat fasse l'objet de suppléments importants. Ces suppléments portent souvent le montant total du contrat (montant initial et des suppléments) au-delà soit du seuil d'appel d'offres, sur invitation ou public, soit du seuil d'autorisation du Conseil du trésor, du sous-ministre ou du dirigeant d'organisme, selon le cas.

Contrôle

Les sous-ministres et les dirigeants d'organismes doivent s'assurer que les gestionnaires et les responsables de projet décrivent toujours les besoins et les services requis avec la plus grande exactitude possible, et ce, de façon à permettre aux fournisseurs d'évaluer adéquatement toute la portée du mandat et de soumettre une offre établie sur une base forfaitaire.

Lorsque les besoins et les services ne peuvent être définis avec suffisamment de précision, ils doivent s'assurer :

- que l'adjudication d'un contrat sur la base d'un taux horaire est privilégiée;
- qu'une enveloppe maximale de temps ou d'honoraires est convenue entre les parties; et
- que l'autorisation préalable du Conseil du trésor est obtenue, s'il y a lieu.

- Dans ces circonstances, même si le rôle d'assurer le suivi budgétaire des contrats relève du m/o, il est suggéré que les contrats comportent notamment les clauses suivantes afin de l'aider à assurer un meilleur suivi :
 - lorsque les heures ou les honoraires engagés atteignent 80 % de l'enveloppe maximale convenue pour le contrat, le contractant doit en aviser le m/o et l'informer du respect ou non de cette enveloppe pour l'achèvement du contrat;
 - lorsque les heures ou les honoraires engagés atteignent 100 % de l'enveloppe maximale convenue pour le contrat, le contractant doit cesser tous les travaux et en aviser le m/o.

Risque 1.2

Contrat de services versus contrat de travail

Lorsque le contrat de services est conclu avec une personne physique, il est impératif de s'assurer que le contrat n'est pas un contrat de travail régi par la Loi sur la fonction publique.

Si le contrat est assimilable à de l'embauche de personnel, il y a alors risque qu'il soit contesté par les associations d'employés pour engagement de main-d'œuvre d'appoint, qu'il génère des problèmes de relations de travail et qu'il ouvre la porte à des requêtes diverses en vertu des nombreuses lois encadrant le marché du travail.

Contrôle

Le m/o qui veut conclure un contrat de services avec une personne physique non en affaires doit donc s'assurer qu'un certain nombre d'éléments soient respectés afin que le contrat ne soit pas contestable. Selon un Info-conseil sur le sujet (référence, RPG, 12-1-4-16), ces éléments sont les suivants :

1. le prestataire de services doit s'engager à fournir un service défini moyennant rémunération;
2. le prestataire de services, tout en respectant les dispositions des documents d'appel d'offres et du contrat en termes de méthodologie, de normes, de façon de faire, etc., doit avoir le libre choix des moyens au cours de l'exécution du contrat;
3. il n'existe aucun lien de subordination entre le prestataire de services et un représentant du m/o quant à l'exécution de ce contrat.

La rémunération du prestataire de services devrait alors être établie selon les balises proposées au point 4.1 concernant cet aspect du contrat conclu avec une personne physique non en affaires.

Risque 1.3

Contrats assimilés à des contrats à forfait

Le règlement privilégie, de façon générale, la conclusion de contrats à forfait considérant qu'il s'agit là d'une approche avantageuse pour le gouvernement tant en termes de gestion des coûts qu'en termes de gestion des résultats. Il prévoit aussi, dans le but de restreindre la conclusion de contrats à taux, une autorisation du Conseil du trésor avant l'émission d'un appel d'offres de service d'un montant de 100 000 \$ ou plus, ou de 500 000 \$ ou plus s'il existe un tarif. Afin d'aider les m/o à circonscrire plus facilement la notion de contrat à forfait, un Info-conseil sur le sujet est disponible (référence, RPG,12-1-4-17).

Il survient cependant des situations où la nature même du contrat ne se prête pas à la conclusion d'un contrat à forfait. Il arrive que, pour éviter d'obtenir l'autorisation du Conseil du trésor, les m/o tentent de décrire les services requis dans les documents d'appel d'offres d'une façon telle que le mandat soit sur une base forfaitaire alors qu'en raison de la nature même de ce mandat, il ne peut être qu'à taux (faux forfait).

Or, dans l'une ou l'autre de ces situations, le règlement n'est pas intégralement respecté même si en apparence le contrat est conforme, les autorisations nécessaires auraient dû être obtenues préalablement à l'appel d'offres ou à la conclusion du contrat.

Contrôle

Il y aurait lieu que les m/o établissent des règles de gestion interne en matière contractuelle qui permettent d'assurer que seuls les contrats répondant aux éléments essentiels décrits ci-après, sont conclus selon la formule des contrats à forfait, à savoir :

- les informations contenues dans les devis doivent être précisées de façon telle que les fournisseurs sont en mesure de bien circonscrire la nature, l'envergure et la spécificité du besoin;
- le contrat doit stipuler un prix fixé à l'avance d'une manière invariable et pour lequel le fournisseur est responsable de l'ensemble des frais reliés à son exécution;
- le fournisseur doit s'engager formellement à réaliser l'ensemble du mandat pour un prix global ferme qui inclut tous les frais afférents tels les frais de déplacement, les frais d'administration directs et indirects, et les profits;
- le fournisseur doit avoir l'obligation de résultats et le libre choix des moyens pour l'atteinte de ces résultats, lesquels doivent être précisés aux documents d'appel d'offres;

- les résultats attendus ainsi que les modalités et les critères de leur acceptation doivent être définis et circonscrits dans le contrat de la même façon qu'ils sont définis et circonscrits aux documents d'appel d'offres;
- le fournisseur doit fournir la prestation attendue pour le prix soumis et ne peut prétendre à une augmentation de prix en fonction des impondérables auxquels il est soumis;
- le m/o ne peut prétendre, en contrepartie, à une diminution du prix soumis en alléguant que le service a exigé du fournisseur moins de travail.

Dans les autres situations, les autorisations, lorsque requises, doivent être obtenues préalablement à l'appel d'offres ou à la conclusion du contrat, selon le cas.

2. Les risques liés à la détermination du montant du contrat

Le règlement fixe, entre autres, des seuils financiers afin de distinguer différentes actions possibles dans le processus menant à la conclusion d'un contrat.

C'est le montant du contrat qui détermine si l'on peut envisager procéder sans appel d'offres. En pareil cas, le montant estimé du contrat, auquel s'ajoutent, dans ce cas particulier, les reconductions qu'il comporte, confirme le recours ou non à l'appel d'offres. Le montant estimé du contrat permet aussi de déterminer s'il y a lieu de procéder par appel d'offres sur invitation ou par appel d'offres public (voir annexe), si l'on doit obtenir l'autorisation du Conseil du trésor avant d'émettre un appel d'offres, et si l'on peut conclure un contrat d'approvisionnement sans utiliser les services de la Direction générale des acquisitions du SCT.

Dans les autres cas, c'est le montant, la nature, le type ou la durée du contrat, l'évaluation des offres reçues, le montant et la nature du supplément ou la nature du paiement qui déterminent si le contrat, le supplément ou le paiement doivent être préalablement autorisés par le Conseil du trésor ou par le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme.

Risque 2.1

Seuil d'appel d'offres sur invitation ou public

La dépense totale d'un contrat doit être estimée avec la plus grande précision possible et faire l'objet d'une validation, surtout si elle se situe près d'un seuil réglementaire. Lorsqu'il existe une incertitude ou lorsque le montant estimé du contrat est à moins de 10 % du seuil d'appel d'offres sur invitation ou public et que le m/o procède tout de même respectivement sans appel d'offres ou à un appel d'offres sur invitation, il y a risque que le montant du contrat dépasse le seuil applicable.

Si le montant estimé du contrat avait été établi de façon plus réaliste, les modalités de sollicitation des offres auraient pu être celles de l'appel d'offres sur invitation ou public plutôt que celles applicables au processus sans appel d'offres ou de l'appel d'offres sur invitation respectivement. Le contrat aurait alors été accessible à un plus grand nombre de fournisseurs, la concurrence aurait de ce fait pu être meilleure et le gouvernement aurait ainsi pu avoir l'assurance d'obtenir le meilleur prix ou rapport qualité/prix.

Seuil d'autorisation du Conseil du trésor d'émettre un appel d'offres

Lorsqu'il existe une incertitude ou lorsque le montant estimé du contrat est à moins de 10 % du seuil au-delà duquel une autorisation du Conseil du trésor est requise préalablement à l'émission d'un appel d'offres et que le m/o procède tout de même sans autorisation, il y a risque que le montant du contrat dépasse ce seuil.

Si le montant d'un contrat se situe près du seuil au-delà duquel une autorisation soit du Conseil du trésor, soit du sous-ministre ou dirigeant d'organisme, est requise préalablement à la conclusion de ce contrat, tout supplément risque de faire en sorte que le coût total du contrat (montant initial et des suppléments) excède ce seuil. Cette situation, bien que conforme à la réglementation, n'est pas respectueuse de l'autorité qui normalement aurait dû approuver le contrat si le besoin avait été mieux défini.

Malgré la règle habituelle d'application des suppléments prévue au règlement, le montant des suppléments ne devrait pas faire en sorte qu'un seuil d'autorisation soit dépassé sauf dans des cas exceptionnels. S'il existe une incertitude ou si un type de contrat est susceptible de générer habituellement des travaux supplémentaires et que le montant du contrat est à moins de 10 % du seuil d'autorisation par le Conseil du trésor ou par le sous-ministre ou le dirigeant d'organisme, il y a risque que le montant total du contrat (montant initial et des suppléments) dépasse ce seuil d'autorisation.

Contrôle

Le montant du contrat doit être estimé avec la plus grande rigueur puisqu'il est déterminant pour l'application du règlement. Cette évaluation doit être présente dans chaque dossier de contrat. Par ailleurs, si le montant estimé d'un contrat se situe près d'un seuil tel que décrit précédemment, il est toujours préférable d'utiliser la procédure d'autorisation ou d'appel d'offres prévue au-delà de ce seuil.

3. *Les risques liés à la conclusion de contrats sans appel d'offres*

Le règlement prévoit à l'article 12 un certain nombre de situations où l'appel d'offres n'est pas obligatoire. Par ailleurs, même si une de ces situations se présente, l'appel d'offres peut être utilisé dans certains cas et les principes d'une saine gestion contractuelle justifieraient, dans la mesure du possible, qu'il soit privilégié.

Risque 3.1

Contrats multiples avec un nombre restreint de fournisseurs

Les m/o ont à conclure annuellement plusieurs contrats dont le montant estimé de chacun est inférieur au seuil d'appel d'offres, sur invitation ou public. Ils établissent à cette fin, sur la base de la connaissance qu'ils ont des fournisseurs potentiels et de l'expérience qu'ils ont eue avec eux dans le passé, et plus souvent qu'autrement, sans processus formel d'appel d'offres, une liste restreinte de fournisseurs avec lesquels ils ont l'intention de conclure ces contrats.

Contrats multiples avec le même fournisseur

Plusieurs contrats sont conclus annuellement avec le même fournisseur et la valeur cumulative des contrats avec ce fournisseur au cours d'une période donnée peut excéder le seuil d'appel d'offres, et dans certains cas, le seuil d'autorisation par le Conseil du trésor.

Contrats à phases multiples

Des contrats conclus sans appel d'offres donnent souvent lieu à une ou des phases subséquentes du même projet où les appels d'offres seront de plus grande envergure. Le fournisseur qui a obtenu sans appel d'offres le contrat initial peut alors être favorisé par rapport aux autres fournisseurs pour ces phases subséquentes.

Petits contrats qui se répètent annuellement

Plusieurs contrats, dont le montant estimé de chacun est inférieur au seuil d'appel d'offres, tels l'entretien informatique, l'entretien des plantes intérieures, la vérification des extincteurs chimiques, etc., reviennent année après année parce qu'ils répondent à des besoins récurrents et sont conclus sans appel d'offres.

Dans chacune des situations qui précèdent, la façon de procéder n'assure pas le respect des principes d'une saine gestion contractuelle, notamment l'accessibilité aux contrats pour les fournisseurs intéressés à faire affaire avec le gouvernement, la transparence et l'équité. La négociation directe de ces contrats n'assure pas non plus l'obtention des biens ou des services requis au meilleur prix ou au meilleur rapport qualité/prix.

Lorsque ces situations se présentent, il y a risque que les autres fournisseurs ne soient pas informés de la conclusion de ces contrats, ce qui est contraire à l'objectif de transparence du gouvernement. Par ailleurs, s'ils sont informés, il y a un risque qu'ils se plaignent du manque d'accessibilité et d'équité et qu'ils fassent valoir aux m/o, ou par d'autres voies, les désavantages de procéder ainsi, particulièrement sur le plan du meilleur prix ou du meilleur rapport qualité/prix.

Contrôle

Règle générale, la démarche suivie pour trouver un fournisseur et les raisons justifiant le choix de ce fournisseur devraient toujours être documentées par le gestionnaire signataire du contrat. Cette documentation devrait aussi toujours être disponible pour référence éventuelle.

De plus, même si les mandats sont de nature distincte, les m/o devraient éviter de conclure avec le même fournisseur, sans avoir procédé à des appels d'offres, plusieurs contrats dont la somme excède le seuil d'appel d'offres au cours d'une période donnée qui pourrait correspondre à l'année financière du gouvernement.

Les m/o devraient aussi sérieusement analyser l'opportunité de procéder par appel d'offres sur invitation ou public, selon le cas, en regroupant les besoins récurrents prévus à des contrats de faible valeur ou en utilisant l'offre permanente ou le contrat ouvert.

La durée de la relation contractuelle avec un fournisseur devrait être analysée périodiquement. Ainsi au lieu de conclure chaque année avec les mêmes fournisseurs des contrats sans appel d'offres, les m/o devraient plutôt privilégier dans ces circonstances, l'établissement de contrats pluriannuels, dont le montant estimé de chacun assurerait le recours à un appel d'offres et le respect des principes d'une saine gestion contractuelle.

Dans le cas des mandats par phases, un m/o devrait être très prudent dans la conclusion d'un contrat sans appel d'offres pour réaliser la phase initiale du mandat; le cas échéant, toute la documentation pertinente devrait être préparée et mise à la disposition des autres fournisseurs intéressés aux phases subséquentes du mandat. Dans certains cas, comme par exemple, lorsqu'un fournisseur est retenu pour seconder le m/o dans la définition du besoin, ce fournisseur initial doit être exclu du processus d'appel d'offres pour les phases subséquentes.

En définitive, les m/o peuvent se référer à la décision du Conseil du trésor qui précise les orientations retenues sur les pratiques à favoriser à l'égard des contrats inférieurs à 25 000 \$, ces orientations étant valables dans le contexte de tout contrat qu'un m/o entend conclure sans appel d'offres (référence, RPG, 10-1-2-11).

CT (99091

Risque 3.2

Contrats conclus avec une personne morale sans but lucratif

Le règlement permet qu'un contrat soit conclu avec une personne morale sans but lucratif (OSBL), sans avoir fait l'objet d'un appel d'offres, et ce, en raison de la concurrence déloyale que les OSBL pourraient susciter s'ils sont mis en compétition avec des fournisseurs. Il invite par contre à mettre en concurrence plusieurs OSBL, lorsqu'il y a lieu, afin d'assurer l'obtention d'un meilleur prix ou meilleur rapport qualité/prix.

Toutefois, certains des mandats confiés à des OSBL pourraient être réalisés par des fournisseurs. Lorsque cette situation se présente, il y a risque que ces derniers se plaignent d'un manque d'équité et de transparence si une trop grande proportion des contrats d'un m/o est attribuée à ces organismes. Les règles de gestion interne que les m/o se donnent devraient consacrer un chapitre sur la problématique des contrats avec les OSBL.

Contrôle

La répartition des contrats qu'un m/o peut conclure annuellement entre des fournisseurs et des OSBL devrait être établie en fonction de la nature des mandats à confier et du volume total des contrats du m/o. Cette répartition pourrait être la suivante :

- A. lorsqu'un OSBL est le seul apte à répondre au besoin, le contrat lui est attribué de gré à gré;
- B. lorsque plusieurs OSBL peuvent répondre au besoin, un appel d'offres sur invitation auprès de ces OSBL devrait être effectué, et le contrat devrait être conclu selon les règles habituelles d'adjudication des contrats;
- C. lorsque les activités d'un OSBL sont en concurrence avec celles des fournisseurs, le m/o devrait procéder à une analyse du secteur visé en identifiant le bassin potentiel de fournisseurs privés en concurrence avec l'OSBL, la nature des services offerts par chacun et l'importance que représentent les contrats du m/o et du gouvernement pour assurer la viabilité de ces entreprises. Selon le résultat de cette analyse, le nombre de contrats attribués sans appel d'offres à l'OSBL devrait tenter de maintenir un équilibre raisonnable dans la répartition du nombre et de la valeur des contrats du m/o entre les fournisseurs et les OSBL.

4. Les risques liés à l'établissement des honoraires ou de la rémunération

L'établissement de la rémunération sur une base horaire pour des services professionnels rendus au gouvernement diffère selon que le service est rendu par une firme ou par une personne physique non en affaires et selon que le service est tarifé ou non.

Le gouvernement a réglementé le mode de tarification des services professionnels rendus par des ingénieurs-forestiers, des évaluateurs, des urbanistes, des arpenteurs-géomètres, des comptables, des actuaires, des architectes, des ingénieurs, des avocats et des notaires (référence, RPG, 10-2-2).

Les taux horaires maximums ou fixes ainsi déterminés sont payables à des firmes pour compenser les frais d'opération qu'ils doivent assumer. Ils sont basés sur le salaire équivalent dans la fonction publique des membres du personnel de la firme appelés à travailler à la réalisation du mandat, majoré d'un pourcentage variant entre 65 et 150 % pour tenir compte des frais directs, indirects et du profit (c.-à-d. que le salaire est multiplié par un facteur variant de 1,65 à 2,5).

Ces taux sont également payables à des professionnels en affaires de façon autonome et dont le revenu provient principalement d'honoraires. C'est le cas de certaines professions où il est reconnu que le professionnel exerce sa pratique de façon autonome (ex. : notaires, arpenteurs, etc.). Ces taux sont utilisés pour fixer le coût d'un contrat lorsque ce dernier n'a pas été précédé d'un appel d'offres ou lorsqu'un prix n'est pas sollicité (appel d'offres de service sans prix).

Le gouvernement n'a pas réglementé le mode de tarification applicable aux autres types de services ou de professions. Il n'a pas réglementé non plus la rémunération des ressources qui n'appartiennent pas à des firmes ou qui ne peuvent être considérées comme des professionnels autonomes. Ce type de ressources est regroupé dans la notion de personne physique non en affaires qui comprend, entre autres, les ressources qui ne pratiquent pas habituellement des activités de consultation, qui sont la plupart du temps des salariés ou dont la rémunération principale ne provient pas d'honoraires (ex. : les professeurs ou chercheurs, les employés d'organismes publics, les retraités du secteur public, etc.).

Risque 4.1

Contrat conclu avec une personne physique non en affaires

De temps à autre les m/o ont à conclure des contrats de services professionnels avec une personne physique non en affaires qui ne pratique pas des activités de consultation sur une base régulière, soit parce qu'il est un salarié ou un retraité ou, soit parce que sa rémunération principale ne provient pas d'honoraires. Il devient alors important de déterminer si cette personne répond, soit à la notion d'une personne physique non en affaires, soit à celle de firme ou de professionnel

autonome, car la rémunération est établie différemment selon l'un ou l'autre de ces cas.

Contrôle

Si cette personne n'est pas en affaires de façon permanente, elle répond, la plupart du temps, à la notion d'une personne physique non en affaires. Sa rémunération, qui diffère de celle établie pour les firmes ou les professionnels autonomes car elle n'a pas à supporter la même structure de coûts, devrait être établie de la façon décrite ci-après :

- Règle générale, la rémunération d'une personne physique non en affaires engagée à contrat devrait être établie sur la base du salaire équivalent dans la fonction publique ou dans l'organisme du secteur public d'où il provient, majoré de 20 % pour tenir compte de l'absence des avantages sociaux. Selon l'importance des responsabilités confiées à cette personne, toutes les échelles salariales de la fonction publique ou de l'organisme du secteur public concerné, peuvent être utilisées pour fixer la rémunération. Le calcul du taux horaire s'effectue de la façon suivante :

« salaire annuel divisé par 1 825 heures multiplié par 1,2 ».

- Si cette personne physique non en affaires est un retraité du secteur public, la rémunération telle qu'établie précédemment est par la suite réduite d'un montant équivalent à la moitié de la rente de retraite qu'il reçoit de l'État. La réduction du taux horaire s'effectue de la façon suivante :

« rente de retraite annuelle divisée par 1 825 heures divisée par 2 ».

Risque 4.2

Contrat conclu pour des services professionnels dont le tarif n'est pas réglementé

En l'absence d'un tarif réglementé, le taux horaire négocié pour l'obtention des services professionnels prévus à un contrat peut s'avérer trop élevé et même largement supérieur à celui prévu par règlement pour des services similaires.

Contrôle

Le m/o devrait s'assurer que le taux qu'il négocie avec le prestataire de services se rapproche le plus possible d'un tarif réglementé pour des services similaires. Règle générale, en l'absence de similarité, c'est le tarif des comptables qui devrait être utilisé comme paramètre pour établir la rémunération des services professionnels dont le tarif n'a pas été réglementé.

Risque 4.3

Contrat conclu avec des employés d'organismes publics, des professeurs, des chercheurs, etc.

Les pratiques contractuelles gouvernementales pour l'embauche temporaire d'employés d'organismes ou d'institutions subventionnés visent essentiellement à contrer la double rémunération et à éviter que ces ressources soient rémunérées sur la même base que les firmes.

Contrôle

Lorsqu'un mandat doit être exécuté par un employé d'un tel organisme ou d'une telle institution sur une base contractuelle, pendant les heures régulières de travail, il est recommandé de conclure le contrat avec l'organisme de qui relève ledit employé. Si le m/o souhaite tout de même conclure le contrat directement avec l'employé visé, sa rémunération doit être établie selon les règles applicables au contrat conclu avec une personne physique non en affaires telles que décrites précédemment au point 4.1.

5. Les risques liés aux contrats conclus en situation d'urgence

Confrontés à des situations qui nécessitent des actions rapides et immédiates pour toutes sortes de raisons, tant administratives, stratégiques, politiques ou autres, les m/o peuvent être amenés à conclure des contrats sans appel d'offres, en invoquant le caractère urgent de la situation. Ils font par la suite autoriser les paiements en exécution de ces contrats par le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme (art. 90 du règlement) et en font rapport annuellement au Conseil du trésor (art. 178 (1°) (c) du règlement).

Risque 5.1

Contrat où la sécurité des biens ou des personnes n'est pas en cause

Malgré toutes les raisons qui peuvent être invoquées pour conclure des contrats sans appel d'offres sur la base du caractère urgent de la situation (ex. : manque de produit dans l'inventaire, demande pressante des autorités, respect d'un échéancier important, etc.), une seule satisfait aux exigences réglementaires, à savoir lorsque la sécurité des biens ou des personnes est en cause. Lorsque la justification du caractère urgent ne concerne pas la sécurité des biens ou des personnes, il y a risque de se retrouver dans une situation de dérogation au règlement et de mettre le Conseil du trésor devant une situation de fait accompli.

Contrôle

Dans le but d'éviter qu'une telle situation se produise, les m/o devraient s'assurer, dans les règles de gestion interne qu'ils se donnent en matière contractuelle, que la notion d'urgence est clairement définie, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée que lorsque que la sécurité des personnes ou des biens est en cause.

Les m/o devraient faire en sorte de véhiculer cette définition auprès de toute personne susceptible de conclure des contrats. Ils devraient également exiger que le non-recours à l'appel d'offres ou le non-respect des procédures d'adjudication prévues en raison d'une situation d'urgence soit amplement documenté, et ce, afin de permettre au sous-ministre ou au dirigeant d'organisme d'autoriser en toute connaissance de cause le paiement d'un contrat conclu en pareille situation.

6. Risques liés à la prolongation des contrats

La notion de prolongation de contrats n'existe pas comme telle dans la réglementation; dans bien des cas, la prolongation de contrats équivaut à la conclusion d'un nouveau contrat sans appel d'offres; dans d'autres cas, elle peut être assimilée à un supplément au contrat existant.

Risque 6.1

Contrat dont la durée est déterminante

Un contrat pour lequel la durée est déterminante afin d'en définir la nature et d'en établir le coût (ex. : contrats d'entretien durant une période donnée, de gardiennage, de traitement des données, de gestion, d'opération, etc.), ne peut être prolongé, qu'il y ait augmentation de coût ou non, et doit faire l'objet d'un nouvel appel d'offres.

La prolongation du contrat par le m/o équivaut à la conclusion d'un nouveau contrat sans appel d'offres. Dans la plupart des cas, les fournisseurs ne sont pas informés de ces situations, ce qui est contraire à l'objectif de transparence du gouvernement. Dans le cas contraire, il y a risque que soient déposées des plaintes de la part des autres fournisseurs sur la base du non-respect des principes d'une saine gestion contractuelle tels l'équité, la juste concurrence et l'accessibilité. Dans un tel cas, l'autorisation du Conseil du trésor est requise préalablement.

Contrat dont la date d'échéance des travaux est reportée

Un contrat pour lequel la durée dans le temps n'est pas déterminante afin d'en définir la nature et d'en établir le coût, notamment les contrats de conception, de développement, d'étude, etc., peut habituellement être prolongé en autant que le mandat défini au contrat est le même. Il ne s'agit donc pas d'élargir la portée du mandat, mais plutôt de reporter la date d'échéance des travaux justement pour assurer la réalisation complète du mandat prévu initialement. Une telle prolongation équivaut strictement au report de la date d'échéance des travaux.

La situation est différente si le mandat initial est modifié ou si le coût supplémentaire excède les limites de la règle des suppléments. La prolongation du contrat par le m/o sera alors traitée comme la conclusion d'un nouveau contrat sans appel d'offres et elle risque de susciter des plaintes de la part des autres fournisseurs sur la base du non-respect des principes d'une saine gestion contractuelle tels l'équité, la transparence, la juste concurrence et l'accessibilité.

Contrôle

Lors d'une prolongation de contrats, le m/o doit s'assurer que la durée du contrat initial n'était pas déterminante pour en définir la nature et en établir le coût, que le mandat défini au contrat initial est le même et que le coût additionnel, le cas échéant, demeure à l'intérieur des limites de la règle des suppléments. Si le m/o ne peut satisfaire à ces exigences, il devra considérer la prolongation comme un nouveau contrat et procéder à un nouvel appel d'offres. Dans le cas contraire, il devra requérir au préalable les autorisations nécessaires du Conseil du trésor.

7. Risques liés au processus d'appel d'offres

Le règlement précise que les m/o doivent indiquer dans les documents d'appel d'offres les conditions d'admissibilité des offres et d'adjudication des contrats, les règles de réception, d'ouverture, de conformité et d'évaluation des offres incluant les critères d'évaluation retenus ainsi que la pondération applicable. Cette étape très importante du processus contractuel détermine souvent le nombre d'offres qui seront reçues ou qui seront jugées conformes et acceptables par le comité de sélection.

Risque 7.1

Une seule offre conforme est reçue

Lorsque la sollicitation des fournisseurs ne permet pas d'atteindre l'objectif de juste concurrence et d'assurer l'obtention des biens ou des services requis au meilleur prix ou rapport qualité/prix, une autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme doit être obtenue préalablement à l'adjudication du contrat si la seule offre reçue est conforme et acceptable.

Lorsqu'une telle situation se présente, même s'il est possible qu'un seul fournisseur soit intéressé à obtenir le contrat, il y a risque de faire endosser par le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme des actions basées sur des gestes non fondés ou des informations incomplètes. Il conviendrait alors de s'assurer que cette situation n'est pas le résultat d'une erreur ou d'une faiblesse du processus d'appel d'offres et qu'elle n'ouvre pas la porte à la critique.

Contrôle

Avant de demander l'autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme, il conviendrait que le m/o obtienne des réponses aux questions suivantes et les soumettent en support à la demande d'autorisation :

- Combien de fournisseurs ont demandé les documents d'appel d'offres et pour quelles raisons n'ont-ils pas soumissionné?
- Est-ce que la période de publication était appropriée et est-ce que le délai pour la réception des offres était suffisant compte tenu de la valeur et de la complexité du projet?
- Est-ce que les spécifications n'avaient pas pour effet de restreindre l'offre ou le bassin de fournisseurs potentiels?
- Est-ce que la seule offre conforme reçue est en lien avec un contrat inférieur à 25 000 \$ déjà accordé à ce fournisseur sans appel d'offres?

Toute la documentation supportant ces demandes d'autorisation devrait aussi être conservée pour référence éventuelle et des périodes de conservation de ces documents devraient être prévues dans un calendrier de conservation.

Risque 7.2

Une seule offre conforme est considérée acceptable par le comité de sélection

Une autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme doit être obtenue préalablement à l'adjudication du contrat lorsqu'une seule offre conforme est considérée acceptable par le comité de sélection à la suite de l'évaluation des offres de service reçues.

Contrôle

Avant de demander l'autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme, il conviendrait que le m/o obtienne des réponses aux questions suivantes et les soumette en support à la demande d'autorisation :

- Quelles sont les raisons qui font en sorte que les autres offres reçues ne sont pas acceptables?
- Est-ce le résultat d'un critère en particulier ou d'un ensemble de critères?
- Si un seul ou quelques critères sont concernés, étaient-ils essentiels à la réalisation du projet et avaient-ils pour effet d'éliminer indûment des fournisseurs potentiels?
- Est-ce que le fonctionnement du comité de sélection était conforme à la réglementation en vigueur et aux procédures et au guide concernant la tenue d'un comité de sélection? (référence, RPG, 12-2-2-1, 12-2-2-2 et 12-4-1-2)

Toute la documentation supportant ces demandes d'autorisation devrait aussi être conservée pour référence éventuelle.

8. Risques liés à la durée d'un contrat

La durée d'un contrat est généralement fixée en fonction de divers éléments et en tenant compte des principes d'une saine gestion contractuelle. À titre d'exemples, lorsqu'en début de mandat les phases de prise de connaissance et d'initiation au dossier s'échelonnent sur plusieurs mois du contrat, la durée du contrat devra être établie en conséquence. Il en est de même pour les contrats qui nécessitent une stabilité des ressources sur une période prolongée afin d'atteindre les résultats escomptés. C'est le cas des services de consultation et de traitement reliés à un programme d'aide aux employés ou pour les contrats qui nécessitent de lourds investissements de la part des fournisseurs alors que les m/o sont presque les uniques donneurs d'ouvrages dans ce domaine.

Risque 8.1

Détermination de la durée des contrats

Les contrats sont généralement d'une durée variable selon leur nature, le mandat à réaliser ou les besoins à combler. Ils doivent être autorisés par le sous-ministre ou le dirigeant de l'organisme si leur durée excède trois ans. Pour les besoins de cette autorisation, les m/o doivent tenir compte de la durée initiale du contrat ainsi que de la durée des périodes de reconduction ou de renouvellement. Ils doivent aussi s'assurer que l'utilisation de contrats pluriannuels n'est pas abusive et ne limite pas indûment l'accès aux marchés publics à tous les fournisseurs qualifiés.

Bien que l'établissement de la durée du contrat doive s'appuyer sur des considérations d'ordre pratique, économique et autres, les principes d'équité, d'accessibilité et de transparence doivent de plus prévaloir afin d'éviter que la durée limitée d'un contrat favorise, sans justification suffisante, la conclusion de contrats sans appel d'offres.

Contrôle

Les règles de gestion interne en matière contractuelle, établies par les m/o, devraient permettre de s'assurer qu'une cohérence est présente dans la façon de déterminer la durée des contrats. Ils doivent aussi prévoir que les contrats qui excèdent trois ans nécessitent l'autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme préalablement à la conclusion du contrat.

Elles devraient aussi prévoir que des justifications appropriées sont disponibles pour chacune des autorisations demandées et sont conservées pour référence éventuelle, particulièrement, pour la préparation du rapport annuel sur les autorisations du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme, tel qu'il est prévu à l'article 178 (1°) (a) du règlement.

Les m/o peuvent se référer à la décision du Conseil du trésor qui précise les orientations retenues sur les pratiques à favoriser à l'égard des contrats inférieurs à 25 000 \$, ces orientations étant valables dans le contexte de tout contrat qu'un m/o entend conclure sans appel d'offres (référence, RPG, 10-1-2-11).

9. Risques liés aux autorisations déléguées en matière de contrats

Dans le passé, la réglementation sur les contrats prévoyait plusieurs situations où une autorisation du Conseil du trésor ou du gouvernement était requise préalablement à la conclusion d'un contrat.

Les allègements réglementaires consentis, dans la foulée de la mise en œuvre de la Loi sur l'administration publique, particulièrement en matière d'autorisations contractuelles, ont permis dans certains cas, de remplacer des contrôles *a priori* par un organisme central par des contrôles *a posteriori* ou les ont supprimés.

Risque 9.1

Rapport annuel sur les autorisations déléguées en matière de contrats

Dans une optique de reddition de comptes, chaque m/o a l'obligation de faire rapport au Conseil du trésor des autorisations données par le sous-ministre, par le dirigeant de l'organisme ou par le directeur général des achats lorsqu'il s'agit d'un contrat d'approvisionnement ou de services relevant de ce dernier. Ce rapport doit être présenté dans la forme déterminée par le Conseil du trésor, attester la fiabilité des données produites et des contrôles afférents, couvrir les activités réalisées au cours de toute période de 12 mois se terminant le 31 mars de chaque année et être transmis au Conseil du trésor dans les 60 jours suivant la fin de cette période, ou au plus tard, le 31 mai de chaque année.

L'objectif poursuivi par cette obligation est de permettre au Conseil du trésor, en analysant ces rapports, d'apprécier *a posteriori* l'usage que font les m/o des allègements réglementaires consentis, notamment ceux relatifs aux autorisations déléguées en matière contractuelle, et de s'assurer que celles-ci respectent les orientations gouvernementales en matière de marchés publics.

Or, le fait qu'il existe moins de contrôle *a priori* de la part du Conseil du trésor pour intercepter les situations problématiques et qu'il est évidemment trop tard, lorsqu'une situation est déclarée ou connue pour agir, augmente sensiblement les risques que les situations problématiques soient portées sur la place publique et mettent en cause les principes d'une saine gestion contractuelle utilisés par les élus et les gestionnaires de l'État.

Contrôle

Les sous-ministres et les dirigeants d'organismes doivent s'assurer :

- qu'un processus est établi dans leur m/o garantissant que les lois et les règlements applicables en matière contractuelle ont été respectés;
- que ce processus permette de produire annuellement avec les rapports requis en application des articles 177 et 178 du règlement une déclaration signée attestant la fiabilité des données produites dans ces rapports;
- que leur autorisation, ou celle du directeur général des achats lorsqu'elle est requise, est toujours donnée préalablement aux situations nécessitant une telle autorisation;
- que le rapport annuel sur les autorisations déléguées en matière de contrats est présenté dans la forme prescrite, respecte l'échéance de transmission au Secrétariat du Conseil du trésor et contienne toutes les explications nécessaires pour justifier les autorisations accordées. À cet égard, les m/o doivent utiliser le *Guide de présentation du rapport annuel à soumettre au Conseil du trésor* disponible dans l'intranet du gouvernement, à la rubrique « Ressources matérielles » ou dans le *Recueil des politiques de gestion* (référence, RPG, 12-4-4-1).

10. Risques liés au processus d'évaluation et de sélection des offres de service

Les m/o sont responsables de l'adjudication de leurs contrats de services. Cette responsabilité est généralement assumée par un responsable de projet et s'exerce tout au long des différentes étapes du processus d'adjudication des contrats. Le responsable de projet est généralement appuyé et conseillé par un secrétaire de comité de sélection.

Dans le but d'assurer l'équité et l'impartialité du processus d'évaluation et de sélection d'un fournisseur, le règlement détermine des règles relatives à la formation du secrétaire du comité de sélection et à la composition d'un comité de sélection. Il confère au sous-ministre ou au dirigeant d'organisme la responsabilité d'identifier au sein de leur m/o les personnes aptes à recevoir cette formation, de nommer le secrétaire et les membres d'un comité de sélection et d'assurer la rotation des personnes qu'il désigne pour agir sur ces comités. Il détermine aussi les règles relatives à la procédure d'évaluation et de sélection des offres.

Risque 10.1

Formation et fonctionnement du comité de sélection

Un comité de sélection doit toujours être constitué avant la fermeture du dépôt des offres. Il regroupe toujours un secrétaire agréé (c'est-à-dire le titulaire d'une attestation délivrée par le ministre responsable de l'Administration gouvernementale confirmant qu'il a suivi la formation requise lui permettant d'assumer cette fonction) et au moins trois membres dont au moins un externe au m/o d'où provient l'appel d'offres dans le but de favoriser la neutralité et l'impartialité.

Le *Recueil des politiques de gestion* décrit la procédure à suivre pour l'attestation des secrétaires de comités de sélection et traite des engagements pris par le sous-ministre, le dirigeant d'organisme et les secrétaires de comités de sélection (référence, RPG, 12-2-2-1). C'est le Secrétariat du Conseil du trésor qui forme, accrédite et encadre les secrétaires de comités de sélection. Le règlement est muet en ce qui a trait aux membres de ces comités, à l'exception de leur nomination et de leur rotation pour agir sur ces comités (art. 70 du règlement). Le *Recueil des politiques de gestion* décrit également le cadre de fonctionnement d'un comité de sélection et traite, entre autres, des responsabilités de chacun des intervenants (référence, RPG, 12-4-1-2).

Selon le nombre ou la nature des appels d'offres du m/o, certains membres de comités de sélection peuvent être moins demandés que d'autres pour agir sur ces comités, les rendant ainsi moins bien informés sur leur rôle et leurs responsabilités à l'égard du processus d'évaluation et de sélection des offres de service des fournisseurs. De plus, certains membres, malgré l'engagement solennel qu'ils ont pris d'exécuter leur mandat en respectant les règles d'éthique de la fonction publique québécoise, peuvent exercer ou tenter d'exercer une influence indue sur les autres

membres en raison de l'expertise qu'ils possèdent ou du poste qu'ils occupent dans le m/o. Ces situations augmentent sensiblement les risques que le processus soit faussé et que les fournisseurs qui n'ont pas été retenus contestent les décisions prises.

Contrôle

Dans le but d'éviter de telles situations problématiques, il est important, lors de la constitution des comités de sélection, que les sous-ministres ou les dirigeants d'organismes s'assurent :

- qu'un nombre suffisant de personnes aptes à agir à titre de secrétaire de comité de sélection soient identifiées auprès du ministre responsable de l'Administration gouvernementale pour recevoir la formation requise à cet effet et s'engagent solennellement à respecter les principes de probité et d'objectivité reliés à cette fonction;
- qu'une liste des personnes aptes à siéger à titre de membres de comités de sélection au sein du m/o soit établie et tenue à jour afin de faciliter la constitution des comités de sélection;
- que le nombre optimal de secrétaires et de membres de comités de sélection soit établi en fonction du volume et de la nature des contrats nécessitant annuellement la tenue de tel comité au sein du m/o afin d'assurer à chacun une participation régulière et le maintien à jour de ses connaissances pour l'exercice de cette fonction;
- que les membres de comités de sélection, particulièrement ceux qui sont les moins actifs ou ceux provenant des m/o où le volume et la nature des contrats nécessitant la tenue de tel comité est relativement peu élevé, reçoivent périodiquement une formation appropriée afin de maintenir à jour leurs connaissances pour l'exercice de cette fonction;
- que les membres ainsi identifiés s'engagent solennellement à exécuter leur mandat selon les prescriptions contenues dans la brochure *L'éthique dans la fonction publique québécoise*;
- que le choix des membres d'un comité respecte les principes suivants :
 - rotation obligatoire des membres tel que l'exige le règlement (art. 70);
 - absence de liens d'autorité entre les membres (patron/employé);
 - absence de conflit d'intérêts entre un membre et un fournisseur;
 - homogénéité des membres afin d'éviter l'exercice d'influence indue;
- que les procédures internes des m/o prévoient dans la mesure du possible que certains des membres d'un comité de sélection soient indépendants de l'unité administrative responsable du projet.

11. Risques liés à la gestion des contrats

Le processus d'acquisition gouvernementale est basé sur une réglementation rigoureuse qui est très volubile en ce qui a trait aux conditions préalables à la conclusion des contrats, aux règles spécifiques à certains contrats, aux types d'appels d'offres, à la sollicitation des offres, à l'évaluation des offres, à l'adjudication des contrats et au fichier. Il en est autrement en ce qui a trait à la gestion des contrats, car quelques articles seulement traitent des suppléments, de certains paiements et du règlement des différends.

Risque 11.1

Encadrement du processus d'acquisition

Au niveau de l'encadrement, selon le rapport du vérificateur général pour l'année 1999-2000, la plupart des m/o vérifiés ont, soit énoncé des politiques, soit émis des directives ou préparé des guides pour soutenir l'activité de leurs gestionnaires dans la gestion des contrats de services. Ces moyens se sont toutefois limités à traiter généralement de la conformité avec la réglementation.

Les responsabilités des personnes impliquées dans le processus de gestion de ces contrats ont normalement été bien définies. Cependant, aucune consigne écrite n'a été prévue pour inciter les gestionnaires à définir clairement leurs besoins, à évaluer toutes les options avant de procéder à une acquisition, à inclure dans l'appel d'offres toutes les différentes clauses souhaitables, à établir des balises et à se servir d'indicateurs objectifs pour analyser les offres reçues et à mettre en place des modalités quant au suivi de la livraison des services demandés. À titre d'exemple, les bris de confidentialité sur les renseignements personnels et confidentiels détenus par les m/o qu'a connus l'Administration gouvernementale au cours des récentes années dénotent bien l'importance de s'attaquer à cette problématique et de prévoir dans les documents d'appel d'offres et les contrats des dispositions particulières à cet effet. (Voir à cet égard les documents types d'appels d'offres dans l'intranet gouvernemental, à l'adresse : *marches-publics.tresor.qc/doctypes_avispublics*)

De plus, l'information de gestion recueillie concernant le processus d'acquisition de ces services ne renseigne pas suffisamment les m/o et ne leur permet pas de déceler les éléments à corriger ou sur lesquels ils devraient s'appuyer pour accroître l'efficacité du processus.

Contrôle

Dans le but de pallier les carences observées, les sous-ministres et les dirigeants d'organismes devraient s'assurer :

- qu'une directive ou politique ministérielle est élaborée et mise en place dans leur m/o afin de communiquer à leurs gestionnaires les orientations, les objectifs (équité, transparence, accessibilité, imputabilité, etc.), les modalités de fonctionnement, les principes directeurs, les rôles et les responsabilités de toutes les personnes impliquées dans le processus de gestion des contrats; au besoin, et selon les particularités propres à chaque organisation, des guides ministériels sur l'adjudication des contrats sont préparés;
- que cette directive ou politique ministérielle fasse ressortir l'importance :
 1. d'identifier les biens ou les services livrables ainsi que leur échéance de livraison tant dans le document d'appel d'offres que dans le contrat;
 2. de s'assurer que le contractant livre les biens ou les services, tel que spécifié au contrat et dans les délais prévus;
 3. d'éviter les suppléments, à moins que la situation le requiert;
 4. de prévoir des pénalités au fournisseur lorsque celui-ci ne respecte pas les délais de livraison ou d'exécution qualifiés d'impératif par le donneur d'ouvrage et qu'un préjudice réel et quantifiable peut être démontré;
 5. de faire ressortir les règles de facturation lorsque le contrat est sur une base forfaitaire;
 6. de prévoir au document d'appel d'offres et au contrat les clauses relatives à la protection des renseignements personnels que l'on retrouve dans le document type d'appel d'offres publié par le SCT dans l'intranet du gouvernement (référence, www.marches-publics.tresor.qc, documents types...);
 7. lorsque le niveau de risques en fonction de la protection des renseignements personnels est élevé, de faire des enquêtes préemploi sur le personnel engagé, de n'accorder que les accès informatiques requis à la réalisation du contrat et de contrôler *a posteriori* ces accès informatiques;
- que l'information de gestion sur les contrats est disponible pour permettre au m/o de surveiller le processus d'acquisitions, de l'évaluer et d'y apporter les correctifs qui s'imposent, le cas échéant;
- qu'une surveillance ou une vérification périodique de la gestion des contrats est mise en place dans leur m/o.

Risque 11.2

Suivi de l'exécution des contrats

De façon générale, c'est l'étape de la définition du besoin qui détermine souvent si la gestion du contrat sera sans embûche. Lorsque le besoin est bien décrit et que les biens ou services livrables sont identifiés avec précision, le suivi de l'exécution du contrat est d'autant facilité car peu d'espace est laissé aux interprétations et aux conflits avec le contractant. Et s'ils apparaissent, il est normalement plus facile de régler ces différends rapidement en exerçant un suivi rigoureux du contrat.

C'est dans le cas contraire, ou lorsque le besoin ne peut être décrit avec précision, que surviennent la plupart du temps des conflits entourant généralement des changements dans les biens ou services livrables par le m/o ou suggérés par le contractant, des augmentations de prix, des prolongations d'échéance, le non-respect de clauses contractuelles, etc. Souvent, le suivi du contrat n'est pas aussi rigoureux qu'il devrait l'être et la tendance générale observée est de repousser à plus tard la résolution de ces conflits au lieu de les régler au fur et à mesure qu'ils se présentent. On observe aussi que les autorités ne sont souvent mises au courant de ces problèmes que lorsqu'il est trop tard pour agir et corriger la situation, ne laissant que le recours judiciaire ou par voie d'arbitrage comme piste de solution.

Par surcroît, la consignation au dossier des informations relativement au suivi effectué et des observations sur le déroulement des travaux et sur les problèmes rencontrés est souvent soit déficiente, soit inexistante. À cet égard, le vérificateur général, lors de son rapport pour l'année 1999-2000, faisait état, dans le domaine des contrats de services, que dans une proportion de 40 %, il n'y avait aucune preuve de suivi du contrat alors que, dans une proportion de 58 %, il y avait non-respect de clauses contractuelles. Selon le vérificateur général, les faiblesses observées quant au suivi du contrat peuvent nuire à l'obtention de services de qualité, effectués dans les délais prescrits et au meilleur coût. En conséquence, les agents gouvernementaux n'ont pas de documentation suffisante pour étayer l'évaluation des biens et des services obtenus et pour appuyer leur cause en cas de litige.

Contrôle

Malgré que le règlement ne suggère que le recours judiciaire ou par voie d'arbitrage pour trancher tout différend qui se produit lors de l'exécution ou à la suite d'un contrat, il n'empêche pas l'utilisation d'autres moyens pour faciliter le règlement de tel différend.

Le règlement à l'amiable devrait être privilégié pour régler les différends dans la gestion des contrats au fur et à mesure qu'ils surviennent et pour favoriser cette approche, un suivi étroit du contrat est requis. Cette façon de procéder évite de reporter à plus tard des décisions importantes qui mettent souvent le contrat en péril. Elle permet d'éviter souvent le processus long, coûteux, et la plupart du temps, insatisfaisant du recours judiciaire ou par voie d'arbitrage. Elle n'élimine pas cependant ces recours lorsque les parties ne peuvent ou ne veulent s'entendre soit dans le but d'établir, de confirmer ou d'invalider un principe important, soit en raison du précédent qui pourrait être ainsi créé.

Aussi, les sous-ministres et les dirigeants d'organismes devraient toujours s'assurer :

- qu'un suivi rigoureux de l'exécution du contrat est mis en place;
- que toutes les informations et les observations sur le déroulement du contrat ainsi que sur les problèmes rencontrés sont consignées au dossier;
- qu'ils sont avertis en temps utile avec une documentation appropriée de toute situation problématique nécessitant une intervention rapide;
- que les contrats contiennent des dispositions permettant de régler les différends, lors de l'exécution ou à la suite d'un contrat, à l'amiable ou en faisant intervenir la médiation volontaire au fur et à mesure que ces différends se présentent.

ANNEXE

Seuils relatifs au mode d'appel d'offres en matière contractuelle

Types de contrats	Contrats gré à gré ou invitation	Appel d'offres	
		Sur invitation	Public
Approvisionnement	0 - 5 000 \$	5 000 - 25 000 \$	25 000 \$ et plus
Services auxiliaires	0 - 10 000 \$	10 000 - 25 000 \$	25 000 \$ et plus
<u>Déneigement de routes :</u>			
Fichier	---	10 000 - 100 000 \$	100 000 \$ et plus ⁽¹⁾
Autres, s'il y a lieu	0 - 10 000 \$	---	---
<u>Services professionnels :</u>			
Si spécialité au fichier	0 - 25 000 \$	25 000 \$ et plus	Sans objet
Spécialité non au fichier	0 - 25 000 \$	Sans objet	25 000 \$ et plus
Construction	0 - 25 000 \$	Sans objet	25 000 \$ et plus

⁽¹⁾ L'appel d'offres public est limité aux fournisseurs qui sont inscrits au niveau approprié du fichier.

