

Décision ordonnant à la Commission scolaire Crie d'annuler l'appel d'offres public 1274348 (art. 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics)

No décision : 2019-02

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29, 53, 55

1. Mission de l'Autorité des marchés publics

En vertu du premier paragraphe de l'article 21 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics* (la « Loi »), l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a notamment pour fonction d'examiner les processus d'adjudication ou d'attribution de contrats publics à la suite du dépôt de plaintes par des personnes intéressées, d'une communication de renseignements, ou d'une intervention.

En vertu de l'article 53 de la Loi, l'AMP peut notamment, de sa propre initiative ou sur demande du président du Conseil du trésor ou du ministre responsable des Affaires municipales, examiner un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public ou examiner l'exécution d'un tel contrat lorsque l'organisme public concerné n'apparaît pas agir, à l'égard de ce processus ou de ce contrat, en conformité avec le cadre normatif.

2. Faits

Le 11 juin 2019, l'AMP reçoit un renseignement à l'égard d'une problématique concernant l'appel d'offres publié par la Commission scolaire Crie (la « CS Crie ») au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEO »), sous le numéro de référence 1274348 et ayant pour objet le remplacement des équipements informatiques (serveurs) pour les écoles faisant partie de la CS Crie.

Le 19 juin 2019, à la suite d'une analyse préliminaire du dossier, l'AMP informe la CS Crie qu'elle amorce une intervention relativement à l'appel d'offres mentionné précédemment, puisque la CS Crie n'apparaît pas agir en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable. Elle l'invite alors à lui faire parvenir ses observations. L'AMP entend ainsi examiner si certaines conditions des documents d'appel d'offres n'assurent pas un traitement équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents de participer à l'appel d'offres, bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés ou encore ne sont pas autrement conformes au cadre normatif.

a) Manquement relevé

L'analyse effectuée par l'AMP des documents d'appel d'offres permet de constater que la CS Crie a ciblé des produits spécifiques de marque Hewlett-Packard Enterprise (« HPE »). Les documents d'appel d'offres ne contiennent aucune description des caractéristiques propres aux biens que la CS Crie cherche à obtenir par le biais de cet appel d'offres. En fait, le document « Cahier de charge EQ-3000-014 » est le seul

¹ RLRQ, c. A-33.2.1.

document identifiant les besoins de la CS Crie. Il énumère les équipements informatiques d'HPE ainsi que les quantités requises pour chaque item. Les biens identifiés ne le sont que par les noms des items tirés du catalogue de produits HPE et aucune autre information ne permet aux soumissionnaires potentiels d'identifier les besoins techniques de la CS Crie.

Une lecture des documents de cet appel d'offres n'a révélé aucune indication à l'effet que des biens présentés à titre d'équivalents ou de substituts à ceux indiqués au cahier des charges peuvent être acceptés.

b) Observations reçues de la CS Crie

Le 25 juin 2019, l'AMP reçoit les observations de la CS Crie. Cette dernière justifie son recours aux produits spécifiques de marque HPE, par les raisons suivantes :

- ils seraient robustes, fiables et durables, ce que la CS Crie considère comme essentiel eu égard aux conditions nordiques difficiles caractérisant son environnement. Elle invoque également une relation d'affaires de près de 20 ans avec HPE, sa satisfaction quant au rendement de ces produits ainsi que l'aisance de son personnel à utiliser ces produits;
- ils lui permettraient de bénéficier d'une part, du soutien sur place d'un distributeur régional et d'autre part, du service client d'HPE qui lui permet également d'obtenir ce soutien ainsi que des pièces de remplacement le jour même, et ce, sans frais additionnels de livraison, ce qu'elle estime essentiel considérant l'isolement de certains établissements scolaires dispersés sur son territoire;
- elle bénéficie d'une entente particulière par le biais de laquelle son personnel peut procéder aux réparations nécessaires sans que la présence d'un représentant d'HPE soit requise. Elle soulève également qu'aucun autre fournisseur ne serait en mesure de lui offrir ce même avantage;
- elle est d'avis que le recours à des équipements équivalents pourrait compromettre la compatibilité et l'intégrité de son réseau, ainsi que la fiabilité et l'optimisation des opérations de maintenance.

Le 28 juin 2019, l'AMP transmet à la CS Crie une demande de production de renseignements et de documents afin notamment de vérifier les démarches entreprises par cette dernière lui permettant de justifier son refus d'accepter les produits équivalents à ceux d'HPE.

Le 2 juillet 2019, dans sa réponse à cette demande, la CS Crie reprend essentiellement les mêmes éléments mentionnés dans ses observations. Quant à son refus d'accepter les équivalences, elle le justifie en déclarant qu'il n'existe pas de réels produits équivalents disponibles. À ce sujet, la CS Crie invoque, sans toutefois produire de documents le démontrant, qu'il y a absence d'autres distributeurs régionaux et difficulté d'obtenir du soutien sur place. L'AMP ne peut donc conclure, à la face même de cette réponse, que la CS Crie a entrepris des démarches objectives avant de refuser d'accepter des équivalences aux produits HPE. Il ressort plutôt des

échanges que la CS Crie se base sur sa longue relation d'affaires satisfaisante avec HPE pour n'accepter que les produits provenant de ce manufacturier dans ses documents d'appel d'offres et refuser la reconnaissance d'équivalence.

3. Cadre normatif applicable

La CS Crie est une commission scolaire au sens de la *Loi sur l'instruction publique*², ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (5) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*³ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, la CS Crie est tenue de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des directives qui en découlent.

Les principes fondamentaux qui gouvernent la passation des contrats publics sont énumérés à l'article 2 de cette loi.

« 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 de 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;
- 4° la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui tient compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable et d'environnement;
- 5° la mise en œuvre 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.

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 ». (*Nos soulignements*).

De plus, en application du premier alinéa de l'article 2 de la LCOP, la CS Crie doit également respecter les dispositions des accords de libéralisation des marchés publics auxquels elle est assujettie, le cas échéant. En l'espèce, l'avis de publication précise que les accords de libéralisation ci-après trouvent application : l'Accord Québec-Ontario (l'« ACCQO »), l'Accord Québec-Nouveau-Brunswick (l'« AQNB »),

² Art 703 et 704, RLRQ, c. I-13.3.

³ RLRQ, c. C-65.1.

l'Accord de libre-échange canadien (l' « ALEC ») et l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (l'« AMP »)⁴.

À ce titre, lors de l'élaboration des documents d'appel d'offres, la CS Crie doit notamment respecter les règles de l'article 509⁵ de l'ALEC, reproduit ci-dessous :

- « 1. Une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.
2. Lorsqu'elle prescrit les spécifications techniques pour les produits ou les services faisant l'objet du marché, une entité contractante, s'il y a lieu :
 - a) d'une part, indique la spécification technique en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives;
 - b) d'autre part, fonde la spécification technique sur des normes, dans les cas où il en existe.
3. Une entité contractante ne prescrit pas de spécifications techniques qui exigent ou mentionnent une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou modèle, un type, une origine déterminée, un producteur ou un fournisseur déterminé. Si les spécifications techniques sont utilisées de cette façon, l'entité contractante indique qu'elle prendra en considération les soumissions portant sur des produits ou des services équivalents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux prescriptions du marché, en utilisant des termes tels que « ou l'équivalent » dans la documentation relative à l'appel d'offres. [...] »

4. Analyse

Considérant les principes énoncés à l'article 2 de la LCOP et à l'ALEC, l'AMP considère qu'un organisme public doit privilégier la rédaction des spécifications techniques en termes de performance et d'exigences fonctionnelles.

Cette approche appuie les principes fondamentaux à la base de la LCOP et des accords de libéralisation, notamment le principe d'accès aux contrats publics, d'équité entre les concurrents et de transparence. Elle a pour effet de permettre à davantage de soumissionnaires potentiels d'avoir accès aux contrats publics ainsi l'organisme public bénéficie d'une véritable concurrence et obtient de meilleurs prix, ce qui contribue à une saine gestion des deniers publics, objectif que doit rechercher tout organisme public.

⁴ Après vérification, l'AMP est d'avis que cet accord ne trouve pas application en l'espèce, car il ne s'applique pas aux organismes du réseau de l'éducation.

⁵ Des dispositions similaires existent dans les autres accords de libéralisation identifiés par la CS Crie dans son avis d'appel d'offres public : 9.11 (4) de l'ACCQO, 2.1 de l'ACNB.

Il est généralement reconnu que l'organisme public jouit d'une grande discrétion au moment d'élaborer le contenu de l'appel d'offres et notamment lorsqu'il détermine les spécifications techniques et les exigences propres à ses besoins. Ce faisant, la CS Crie bénéficie de la latitude nécessaire afin de préciser aux soumissionnaires potentiels tous les impératifs de robustesse, de fiabilité, de durabilité qu'elle estime nécessaires, compte tenu de sa situation particulière, ainsi que la nécessité de pouvoir obtenir un soutien technique adéquat.

L'AMP reconnaît que la CS Crie fait face à des besoins particuliers en raison de sa localisation et de son isolement, et comprend des prétentions soumises par cette dernière que les produits et le service client HPE répondent à ses besoins. Cependant, l'AMP est d'avis que ceux-ci auraient pu et auraient dû être décrits en termes objectifs afin de permettre à un plus grand bassin de soumissionnaires de répondre à l'appel d'offres et de faire jouer la concurrence dans un marché ouvert.

Un organisme public peut recourir à l'utilisation d'un nom commercial et spécifier des produits dans ses documents d'appels d'offres, bien que cela ne soit pas la première approche à privilégier en matière de passation des marchés publics. Cependant, lorsqu'il le fait, c'est à titre d'indication et il doit d'accepter les équivalences, principe auquel la CS Crie a fait défaut de se conformer.

Les réponses fournies par la CS Crie ne permettent pas de démontrer que seule HPE est en mesure de répondre à ses besoins. En effet, aucune démarche n'a été portée à l'attention de l'AMP afin de confirmer que la CS Crie s'était souciée de ne pas restreindre indûment le marché. Sur la base des faits et arguments présentés, l'AMP ne peut que conclure que la CS Crie n'a pas examiné le recours possible à d'autres fournisseurs de façon objective et qu'elle fonde son appréciation qu'HPE est le seul fournisseur à pouvoir répondre à ses besoins sur la base d'une longue relation d'affaires positive avec ce dernier.

Par ailleurs, la CS Crie semble également justifier le refus d'accepter les équivalences sur la base d'enjeux de compatibilité et d'intégrité du système en place. Encore une fois, la CS Crie n'a pas démontré à l'AMP qu'elle avait effectué des démarches sérieuses pour appuyer ses prétentions voulant qu'aucun autre produit ne soit compatible.

Finalement, il est vrai que les changements d'équipements peuvent engendrer des besoins en matière de formation des effectifs. Toutefois, cette considération ne saurait justifier le recours à un appel d'offres dirigé.

L'AMP est d'avis que la CS Crie aurait minimalement dû permettre la reconnaissance d'équivalences, en l'absence de démarches sérieuses préalables justifiant une telle fermeture du marché aux seuls fournisseurs de produits HPE. D'autres joueurs auraient ainsi pu être en mesure de soumissionner et de proposer leurs produits.

5. Autres considérations

Par ailleurs, la CS Crie avance qu'elle bénéficie d'un statut particulier eu égard à la Convention de la Baie-James et du Nord québécois (la « CBJNQ »).

À ce sujet, elle a informé l'AMP qu'un groupe de travail composé de représentants du Secrétariat du Conseil du trésor et de divers représentants cris a été mis sur pied afin d'échanger sur les irritants vécus par ces derniers en matière d'approvisionnement, considérant que les organismes publics de cette région sont géographiquement isolés et dispersés. Bien que l'AMP soit intéressée à connaître les résultats de ces travaux, il demeure toutefois que dans l'attente d'une position à l'effet contraire, la CS Crie demeure tenue de respecter le cadre normatif qui lui est applicable et, ce faisant, elle est soumise à la LCOP ainsi qu'au pouvoir de surveillance de l'AMP.

6. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes d'égalité de traitement et d'accès aux marchés publics, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU le bien-fondé de recourir à l'appel d'offres public afin d'assurer une saine gestion des fonds publics, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU le choix de la CS Crie de recourir à l'utilisation de la marque HPE afin d'identifier les produits recherchés, sans offrir la possibilité aux soumissionnaires de proposer des équivalences;

VU l'absence de démarches sérieuses préalables de la part de la CS Crie justifiant une telle fermeture du marché aux seuls fournisseurs de produits HPE;

VU l'absence de justification adéquate de la part de la CS Crie quant à la conformité du processus d'adjudication au cadre normatif applicable,

VU l'ampleur des correctifs à apporter aux documents d'appel d'offres par la CS Crie afin de se conformer au cadre normatif applicable et les conséquences de telles modifications sur les soumissionnaires potentiels;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 29 (1) de la Loi, l'AMP

ORDONNE à la CS Crie d'annuler l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1274348 au SEAO et d'y inscrire sans délai les mentions nécessaires afin d'y donner suite.

Conformément à l'article 67 de la Loi, tout contrat public par la CS Crie en contravention de la présente ordonnance pourrait être résilié de plein droit à compter de la réception par la CS Crie et son contractant, d'une notification de l'AMP à cet effet.

Fait le 5 juillet 2019

Denis Gallant, Ad. E.
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ