

Décision ordonnant au Centre de services partagés du Québec de modifier l'appel d'offres public 1310962 (art. 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics)

No décision : 2019-04

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29, 40, 50

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 publics¹ (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.

2. Faits

Le 9 novembre 2019, l'AMP reçoit une première plainte portant sur l'addenda 2 de l'appel d'offres public (l'« AOP ») publié le 8 octobre 2019 par le Centre de services partagés du Québec (le « CSPQ ») et identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEAO ») sous le numéro de référence 1310962. Cet appel d'offres vise à obtenir des services de nature technique pour la destruction de documents confidentiels pour les parties au regroupement d'achats pour les régions de l'Estrie, de Montréal, de Laval, de Lanaudière, des Laurentides et de la Montérégie.

Le 12 novembre 2019, l'AMP reçoit une deuxième plainte, émanant du même plaignant, portant sur l'addenda 4 de l'appel d'offres ci-dessus mentionné.

a) Motifs soulevés par le plaignant

Le plaignant expose, dans sa première plainte, que certaines réponses obtenues du CSPQ dans l'addenda 2 sont susceptibles de mettre son entreprise en difficulté financière, voire en faillite. Il mentionne qu'un organisme public participant au regroupement a la possibilité de pouvoir commander gratuitement des bacs et des cabinets de façon illimitée, et ce, sans augmentation de la valeur du contrat. Le plaignant souligne que, selon les conditions des documents d'appel d'offres (les « DAO »), la rémunération ne s'effectuera que lors du déchetage du contenu des bacs ou des cabinets. Le plaignant porte également à l'attention de l'AMP que 90 points de services se seraient ajoutés en cours de publication.

La deuxième plainte, quant à elle, invoque l'absence de réponse à certaines questions posées à l'addenda 4. De plus, le plaignant soutient qu'il n'obtient pas de réponses claires et précises de la part du CSPQ et demande conséquemment l'annulation de l'AOP.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1.

b) Observations reçues du CSPQ

Dans ses observations acheminées à l'AMP, le CSPQ soulève, entre autres, les points suivants :

Quant aux services additionnels requis d'un organisme public participant au regroupement

- « [...] le CSPQ a obtenu, avant la publication de l'appel d'offres, un engagement écrit des organismes publics intéressés à être membres du regroupement, et ces engagements indiquaient au CSPQ les besoins estimés de ceux-ci selon l'évaluation adéquate et rigoureuse qu'ils ont effectuée. »
- « C'est l'essence même d'un contrat à exécution sur demande, tel que prévu à l'article 30 du RCS [Règlement sur certains contrats de services des organismes publics], de ne pas être en mesure de déterminer précisément une limite d'équipements dans les documents d'appel d'offres. »
- « Par ailleurs, le CSPQ considère qu'il y a une différence d'interprétation entre les termes "aucune limite" d'équipement et nombre d'équipement "illimité". Aucune limite d'équipement signifie que le CSPQ ne peut imposer lui-même de limite au nombre d'équipements requis par les parties au regroupement eu égard à l'estimation qu'ils font de leurs besoins, lesquels peuvent varier dans le temps. Ce qui ne veut pas dire que le nombre d'équipements pour la totalité de l'appel d'offres est illimité et permettrait de formuler des demandes abusives. »
- « Dans les faits, et conformément à l'article 3.6 de la Directive [Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics], lorsque le CSPQ reçoit une demande d'un organisme public pour se joindre au regroupement d'achats, il doit, avant de l'accepter, notamment s'assurer que l'ajout envisagé constitue un accessoire au contrat et qu'il ne dénature pas celui-ci, conformément à l'article 17 de la LCOP [Loi sur les contrats des organismes publics]. »
- « Si le rythme de la consommation ne permet pas d'ajouter au regroupement un organisme, la demande d'ajout sera refusée par le CSPQ car cela ne constituerait pas un accessoire. »

Quant aux réponses fournies par le CSPQ

- « [...] certaines questions posées et répondues à l'addenda 4 allaient au-delà d'une demande de précisions. Plusieurs des questions posées portaient sur des situations purement hypothétiques qui pourraient potentiellement survenir dans le cadre de l'exécution du contrat. »
- « Malgré ce fait, et dans un souci de grande transparence, le CSPQ a répondu à ces questions en indiquant pourquoi il refusait d'y répondre ou en référant à une règle d'interprétation bien connue, à savoir que les mots s'interprètent selon leur sens usuel. »

3. Cadre normatif applicable

Le CSPQ, dans le cadre de cet AOP, est l'organisme responsable du regroupement des organismes publics et des personnes morales de droit public qui ont manifesté leur intérêt à joindre le regroupement et à y participer, tel que prévu à l'article 15 de la Loi sur les contrats des organismes publics² (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CSPQ est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des directives qui en découlent. Ainsi, les principes fondamentaux énumérés à l'article 2 de la LCOP, qui gouvernent la passation des contrats publics, lui sont applicables.

Conformément à l'article 40 de la Loi, le rôle de l'AMP est de déterminer si les modifications aux DAO prévoient des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents de participer à un processus d'adjudication bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés, ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif.

4. Analyse

Le processus d'adjudication, dans le cadre de cet AOP, vise l'obtention d'un contrat à exécution sur demande pour la destruction de documents confidentiels. Un contrat à exécution sur demande, tel que prévu aux articles 30 à 32 du Règlement sur certains contrats de services des organismes publics³, revêt des modalités particulières; il permet la conclusion d'un contrat avec un ou plusieurs prestataires de services « lorsque des besoins sont récurrents et que le nombre de demandes, le rythme ou la fréquence de leur exécution sont incertains »⁴. Rappelons que les DAO doivent également préciser l'étendue des prestations de services qui seront demandées ou la valeur monétaire approximative du contrat⁵.

Quant aux services additionnels requis d'un organisme public participant au regroupement

Tel que reproduit ci-dessous, les questions suivantes, publiées aux addenda 2 et 4, ont été posées au CSPQ par le plaignant :

« Addenda 2

8. Question :

Étant donné qu'un organisme peut se rajouter en cours de contrat, quel (*sic*) est la limite de bac ou cabinet (*sic*) auquel il aurait droit? Exemple : un CIUSSS qui regroupe plusieurs sites pourrait avoir besoin de centaines de bacs.

Réponse :

Aucune limite. » (Notre soulignement)

² RLRQ, c. C-65.1

³ Ibid, r. 4

⁴ Ibid, art. 30

⁵ Ibid, art. 31

Addenda 4

2. Question :

Le prestataire de services doit être en mesure de fournir sans frais l'ensemble des bacs demandés par un organisme public. Quelle est l'étendue de cette phrase? Quelle est la limite du raisonnable à ce qu'un client a le droit d'exiger?

Réponse :

Veillez-vous référer à la réponse à la question 8 de l'addenda 2. »

Le quatrième paragraphe de l'article 2 de la LCOP oblige les organismes publics, tel que mentionné précédemment, à effectuer une évaluation adéquate et rigoureuse des besoins, et ce, préalablement à la publication de l'AOP. Cette étape préalable s'inscrit dans un processus contractuel de mise en concurrence afin que l'organisme public puisse obtenir les meilleurs prix selon les besoins exprimés dans les DAO.

Ce faisant, dans le cadre de sa stratégie d'acquisition, l'organisme public responsable de l'AOP au bénéfice d'un regroupement doit s'assurer que cette évaluation préalable se reflète adéquatement dans les DAO. En effet, c'est à partir de cette même évaluation qu'un soumissionnaire potentiel déterminera sa capacité à déposer une soumission et le prix qu'il peut offrir.

Il est vrai qu'il est de l'essence même d'un contrat à exécution sur demande que celui-ci offre une certaine flexibilité en ce qui concerne les quantités estimées lorsque « les besoins sont récurrents et que le nombre de demandes, le rythme ou la fréquence de leur exécution sont incertains ». Cependant, cette flexibilité n'est toutefois pas sans limite. La détermination des besoins par le biais d'estimations ne peut avoir pour effet d'empêcher l'évaluation par les soumissionnaires de l'étendue des obligations à venir auxquelles ils se proposent de souscrire.

L'article 17 de la LCOP, quant à lui, édicte qu'il est possible d'effectuer une modification à un contrat. Il faut toutefois que cette modification constitue un accessoire et n'en change pas la nature. Dans le cadre de cette analyse, il faut alors considérer les circonstances particulières de chaque situation, et ce, afin de ne pas dénaturer le contrat ou en changer une modalité essentielle.

Par ailleurs, l'article 3.6 de la Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics⁶ (la « Directive ») permet également que des organismes publics puissent demander de s'ajouter au regroupement en cours d'exécution du contrat. Il faut, pour ce faire, que cette possibilité ait été prévue dans les DAO, ce qui est le cas en l'espèce. Cette acceptation doit également faire l'objet d'une évaluation préalable par le CSPQ afin que la modification du contrat qui en résulte puisse être qualifiée d'accessoire, qu'elle n'en change pas la nature et respecte, le cas échéant, toutes les autres conditions prévues dans les DAO.

⁶ C.T. 220866 du 7 mai 2019.

En l'espèce, les réponses soumises aux questions reproduites ci-dessus sont incompatibles avec la notion de modification qualifiée d'accessoire. La valeur « approximative » des quantités estimées dans le cadre d'un contrat à exécution sur demande ne peut pas avoir pour effet d'être « sans limite ». L'exercice rigoureux d'évaluation préalable des besoins auquel chaque organisme participant au regroupement doit se soumettre avant la publication de l'AOP s'en trouverait éludée puisqu'en cours d'exécution du contrat, un organisme public partie au regroupement pourrait augmenter sans limite les services requis.

En effet, une telle réponse laisse supposer que les quantités estimées au bordereau de prix n'auraient aucune valeur, ce qui va à l'encontre des principes énoncés à l'article 2 de la LCOP et à la Directive, et ne peut être conciliable avec le caractère accessoire d'une modification conforme au cadre normatif.

Quant aux points de services ajoutés par addenda

La Directive, adoptée par le Conseil du trésor, prescrit, à son article 3.2, que l'organisme public qui procède à un appel d'offres au bénéfice d'un regroupement d'organismes publics doit, avant la publication de l'avis d'appel d'offres, obtenir un engagement écrit de chaque entité désirant, dès le départ, être partie au regroupement, et mentionne qu'un tel engagement doit notamment indiquer les besoins estimés de chaque entité.

Cette obligation de l'organisme public responsable du regroupement supporte le respect du principe de l'évaluation adéquate et rigoureuse des besoins que l'on trouve à l'article 2 de la LCOP. En effet, on conçoit que l'organisme public partie au regroupement est le mieux placé pour définir ses propres besoins. Ce faisant, en obligeant celui-ci à fournir une estimation de ses besoins au responsable du regroupement avant la publication de l'AOP, la Directive s'assure qu'une telle estimation soit faite en temps opportun et de façon diligente.

En disposant ainsi d'un portrait qui se rapproche le plus fidèlement possible des véritables besoins des entités participantes, le regroupement est à même de rédiger des DAO qui renseignent adéquatement les soumissionnaires potentiels, ce qui leur permet d'évaluer leur capacité à répondre à cet AOP et, le cas échéant, de soumettre leurs meilleurs prix.

Le principe de transparence dans les contrats publics commande également que l'organisme public responsable du regroupement publie les addendas requis afin d'informer les soumissionnaires potentiels des modifications apportées aux DAO lorsque les besoins estimés par les parties au regroupement varient. Ce faisant, ces rectifications peuvent aussi contribuer au dépôt de soumissions complètes, conformes, et qui répondent adéquatement aux besoins exprimés.

En l'espèce, il appert que l'engagement de certains établissements ait été accepté après la publication de l'avis d'appel d'offres. Toutefois, en ce qui a trait aux observations reçues du CSPQ, l'AMP constate que les modifications quantitatives apportées par ces ajouts ne sont pas significatives au regard de l'ensemble des besoins exprimés par les établissements.

Quant aux réponses fournies par le CSPQ

La période de publication de l'AOP permet à tout soumissionnaire de poser des questions à l'organisme public responsable du regroupement afin de parfaire sa compréhension des DAO ou de faire préciser le contenu de ceux-ci par la publication d'addendas.

Cette période permet également à l'organisme public de fournir toute l'information qu'il estime pertinente aux soumissionnaires potentiels, et ce, sans discrimination ni favoritisme. Cette communication vise également à rendre accessibles des renseignements essentiels quant à la portée des exigences décrites aux DAO, et ce, de façon équitable. En l'espèce, les informations reçues du plaignant ainsi que les observations fournies par le CSPQ ne permettent pas à l'AMP de conclure que le refus du CSPQ de répondre à certaines questions qu'il considère hypothétiques va à l'encontre du devoir d'information qui lui est imposé.

5. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes de transparence, d'accès aux contrats publics et d'évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU l'obligation de renseignement qui incombe au CSPQ à titre d'organisme responsable du regroupement;

VU l'obligation d'obtenir l'engagement écrit de tout organisme public et de toute personne morale de droit public avant la publication de l'AOP, ainsi que les besoins estimés de chaque entité partie au regroupement conformément à l'article 3.2 de la Directive;

VU le bien-fondé de recourir à l'appel à la concurrence afin d'assurer la bonne utilisation des fonds publics, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU les manquements au cadre normatif;

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

ORDONNE au CSPQ de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les documents de l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1310962 au SEAO pour y apporter les précisions nécessaires afin que les informations transmises, en lien avec les estimations fournies dans les DAO :

- respectent les obligations du cadre normatif auquel le CSPQ est assujéti, dont l'article 3.6 de la Directive qui énonce les conditions à respecter lorsqu'une demande d'ajout au regroupement lui est soumise, notamment que la modification qui découle de celle-ci soit accessoire;
- permettent aux soumissionnaires potentiels de déterminer l'étendue de leurs obligations.

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

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 2 décembre 2019

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