

Décision ordonnant au Centre de services partagés du Québec de modifier l'appel d'offres public 1333019 (Article 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics)

No décision : 2020-04

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 publics*¹ (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 20 avril 2020, l'AMP reçoit une plainte portant sur un appel d'offres public (« AOP ») publié le 10 janvier 2020 par le Centre de services partagés du Québec (le « CSPQ ») et identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») sous le numéro de référence 1333019. Cet AOP vise l'acquisition de services point à point (« SPAP »).

a) Motifs soulevés par le plaignant

Le plaignant invoque que le processus d'adjudication, ainsi que l'attribution des commandes prévues à l'AOP, ne sont pas transparents et n'assurent pas un traitement intègre et équitable des soumissionnaires. Il est également mentionné dans la plainte que les 13 addendas publiés² ont « [...] mis en relief des contradictions quant au processus contractuel sans pour autant apporter les éclaircissements requis » et « qu'il subsiste toujours des incertitudes et des contradictions ».

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

² Au moment de la décision, 14 addendas sont publiés.

À l'appui de ces affirmations, trois sujets principaux sont abordés, soit :

- 1- Les frais de construction prévus aux documents d'appel d'offres (« DAO ») :
 - a. L'incertitude du plaignant quant à leur inclusion ou non au bordereau de prix;
 - b. L'absence de précision aux DAO quant au processus d'attribution des commandes lorsque celles-ci comportent des frais de construction, ce qui aurait pour effet de laisser à la discrétion du CSPQ l'acceptation de ces frais et, selon le plaignant, de créer un second processus d'évaluation des fournisseurs.
- 2- Le délai de livraison d'un service avec construction :
 - a. La possibilité que le CSPQ s'accorderait le droit de déroger au délai de construction prévu aux DAO;
 - b. L'absence des modalités d'application de cette dérogation aux DAO.
- 3- Les modalités de mise en place du cadre de gestion :
 - a. L'absence de date ou de délai maximal quant à l'exigence de la mise en place du cadre de gestion;
 - b. Le manque de précision, selon le plaignant, sur les éléments essentiels aux DAO.

Finalement, le plaignant affirme qu'il n'est « pas en mesure d'établir avec certitude une tarification applicable aux services demandés et, par conséquent, de déposer une soumission qui tienne compte des coûts qui devront réellement être supportés par le CSPQ » et que le « soumissionnaire ayant soumis « le prix le plus bas », au moment de l'adjudication, n'est pas assuré d'avoir une commande lors de l'attribution de ces dernières ». Conséquemment, le plaignant demande la révision de l'AOP pour y apporter les modifications nécessaires afin de le rendre conforme au cadre normatif ou de procéder à son annulation.

b) Observations reçues du CSPQ

Dans ses observations acheminées à l'AMP, le CSPQ affirme notamment ce qui suit :

Quant aux frais de construction

- « [...] l'estimation préalable des besoins a démontré que des frais de construction ne pourraient être requis que dans une minorité de cas. »
- « De par son approche, l'appel d'offres pour des SPAP vise à optimiser l'utilisation des réseaux existants, que ce soit auprès de fournisseurs nationaux ou de fournisseurs régionaux, minimisant ainsi les risques que ces frais inhabituels surviennent. Il importe de mentionner que l'appel d'offres pour des SPAP donne la liberté aux fournisseurs de soumissionner sur le ou les volets de services de son [sic] choix, ainsi que sur la ou les zone(s) régionale(s) de son [sic] choix. »

- « [...] Le bordereau de prix ne contient aucune ligne permettant au soumissionnaire d'inscrire des frais de construction, mais uniquement des frais mensuels et des frais de service. Tel que mentionné à la section 3.3.3 du devis administratif, le CSPQ s'attend à ce que tous les frais soient inclus à la soumission. »
- « Uniquement les frais mensuels et les frais de service servent à déterminer le classement des fournisseurs afin de déterminer le prix le plus bas. Les frais de construction ne sont pas pris en considération lors de ce classement. »
- « Si le fournisseur exige des frais de construction pour une commande spécifique, le CSPQ passera au fournisseur du rang suivant, le cas échéant. »

Quant au délai de livraison d'un service avec construction

- « Le fournisseur doit respecter le délai imparti de 45 jours pour se voir attribuer une commande, à moins d'être le seul fournisseur disponible. Les niveaux de services exigés tels que les délais d'installation font l'objet d'un suivi mensuel avec le (ou les) fournisseurs. »

Quant aux modalités de l'exigence de la mise en place du cadre de gestion

- « Il n'y a pas comme tel d'exigence de délai pour la mise en place du "cadre de gestion". Ce qui est demandé est d'être en mesure de répondre aux appels de services au moment de la première commande, ce qui est un strict minimum. »
- « Les exigences concernant la mise en place du cadre de gestion ne sont pas prises en compte lors de l'attribution des commandes. Cependant, le fournisseur s'engage à respecter les exigences de l'appel d'offres en déposant sa soumission. »

3. Cadre normatif applicable

Le CSPQ est un organisme public au sens de l'article 4 (4) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*³ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CSPQ est 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.

³ RLRQ, c. C-65.1

4. Analyse

Le processus d'adjudication, dans le cadre de cet AOP, vise l'obtention d'un contrat à commandes pour l'acquisition de SPAP. Un contrat à commandes, tel que prévu aux articles 41 à 44 du *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*⁴ (« Règlement »), revêt des modalités particulières; il permet la conclusion d'un contrat avec un ou plusieurs fournisseurs « lorsque des besoins sont récurrents et que la quantité de biens, le rythme ou la fréquence de leur acquisition sont incertains⁵ ». Rappelons que les DAO doivent également préciser les quantités approximatives des biens susceptibles d'être acquis ou, à défaut, la valeur approximative du contrat et, le cas échéant, les lieux de livraison⁶.

Il est également possible de prévoir aux DAO, lorsque le contrat à commandes est conclu avec plusieurs fournisseurs, que l'attribution des commandes soit effectuée à l'un des fournisseurs retenus dont le prix soumis à l'égard du bien à acquérir n'excède pas le prix le plus bas de plus de 10 %. Cette règle particulière a été prévue dans les DAO dont fait l'objet la présente décision.

Quant aux frais de construction

Les DAO prévoient que certaines commandes nécessiteront des frais de construction, tel qu'il est mentionné au paragraphe 4.2.2.6 :

« 4.2.2.6 GESTION DES DEMANDES DE SERVICES EN TÉLÉCOMMUNICATION

[...]

Traitement des commandes reçues du CSPQ

Le fournisseur doit traiter comme des commandes toutes les demandes d'approvisionnement du CSPQ, dont les demandes de confirmation (étude) des coûts, incluant les frais de construction s'il y a lieu, la disponibilité du service et les délais.

[...]

Charte des délais

[...] suite à la validation administrative d'une commande, le fournisseur dispose de cinq (5) jours ouvrables afin de déterminer s'il peut offrir le service, et ce, aux coûts mensuels et frais de services présentés dans cet appel d'offres (sans construction). Dans le cas où une construction est nécessaire, il doit indiquer s'il peut offrir le service, mais avec des frais supplémentaires, il dispose alors de dix (10) jours afin d'en confirmer les coûts. Il dispose alors de 45 jours ouvrables suite à l'approbation du CSPQ pour la livraison du service. » (Nos soulignements)

⁴ RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1

⁵ Ibid, art. 41

⁶ Ibid, art. 42

Le bordereau de prix, servant à titre de calcul aux fins de déterminer le prix le plus bas, fait quant à lui mention de deux éléments, soit le tarif mensuel soumis (selon la zone et le volet) et les frais de service. C'est à partir de ces informations que le rang des fournisseurs sera établi. Mentionnons qu'aucune indication spécifique pour les frais de construction n'y est faite.

Le CSPQ, au cours de la publication de cet AOP, a publié de nombreux addendas. Cette période de publication a permis, jusqu'à ce jour, à tout soumissionnaire potentiel de poser des questions à l'organisme public afin de parfaire sa compréhension des DAO ou de faire préciser le contenu de ceux-ci. Toutefois, les réponses fournies par le CSPQ à ce sujet ne permettent pas aux soumissionnaires potentiels de comprendre comment les frais de construction doivent être pris en considération : doivent-ils être inclus dans le tarif mensuel du bordereau de prix ou plutôt être facturés en sus au moment de l'attribution des commandes, conformément au paragraphe 4.2.2.6, tel que mentionné précédemment?

À titre d'exemple, il est reproduit ci-après deux questions/réponses, illustrant l'ambiguïté soulevée par le plaignant :

« Addenda 5 – question 12, publié le 26 février 2020

Cas 1

Selon notre compréhension des réponses de l'addenda 3, nous avons des cas concrets à vous soumettre pour comprendre comment ces réponses s'appliqueront. Voici les exemples de cas pour lesquels nous voulons connaître comment les commandes seront octroyées :

Cas 1 :

- 2 fournisseurs pour lesquels le prix soumis sont en deçà de 10 %, donc 2 fournisseurs de premier rang.
- Un des fournisseurs a des frais de construction de 10 000 \$, l'autre des frais de 5 000 \$ [...]

Réponse cas 1

Le rang est établi à partir des tarifs mensuels et des frais d'installation fournis au bordereau. Dans le cas décrit, les deux fournisseurs, bien que de premier rang, ne seraient pas considérés comme respectant les critères de l'appel d'offres. Voir à cet effet les réponses aux questions 3.5 et 4.3 de l'addenda 3.

Addenda 6 – Question 10, publié le 27 février 2020

Question

Le CSPQ précise que le "fournisseur doit traiter comme des commandes toutes les demandes d'approvisionnement du CSPQ, dont les demandes de confirmation (étude) des coûts, incluant les frais de construction s'il y a lieu, la disponibilité du service et les délais". Le CSPQ peut-il préciser le processus par lequel il entend faire l'analyse et l'octroi des commandes aux fournisseurs dans le cas où des coûts de construction sont nécessaires pour fournir un service?

Réponse

L'octroi se fait toujours selon le rang déterminé par le résultat de cet appel d'offres et la disponibilité des services annoncée par le fournisseur par le biais de l'annexe B. Les frais de construction n'entrent pas dans cette analyse. Se référer également aux réponses 3.5 et 4.4 de l'addenda 3, publié le 14 février 2020, ainsi que celles de la question 12 de l'addenda 5, publié le 26 février 2020. »

Ainsi, il semble que, d'une part, les frais de construction soient permis selon l'article 4.2.2.6 des DAO (non modifié à ce jour) et, d'autre part, que la proposition de tels frais lors d'une commande puisse avoir pour conséquence de rendre la proposition du soumissionnaire non conforme. Cette absence de clarification et de cohérence des DAO peut nécessairement avoir pour conséquence que les soumissionnaires potentiels soient susceptibles d'avoir des interprétations différentes quant au traitement des frais de construction dans leur soumission.

Par ailleurs, bien que les DAO précisent que des frais de construction puissent être proposés par le fournisseur lors de l'attribution d'une commande, il est également prévu que ceux-ci requièrent l'approbation du CSPQ. Il n'est toutefois pas possible pour un soumissionnaire potentiel de connaître les modalités d'attribution d'une commande lorsque de tels frais sont soumis. Ce manque d'information aux DAO laisse donc supposer que le CSPQ pourra exercer une discrétion quant à l'acceptation de tels frais, sans toutefois la définir et en limiter l'exercice. Ainsi, cette approche a pour conséquence que l'attribution de la commande pourrait non seulement se faire sur la base du rang établi lors de l'adjudication et d'une proposition conforme, mais qu'elle pourrait également être influencée par l'appréciation du CSPQ à l'égard des frais de construction soumis. Il s'agit donc d'un processus qui n'assure pas un traitement intègre et équitable des soumissionnaires, contrevenant ainsi aux principes de l'article 2 de la LCOP et de la règle d'adjudication de l'article 43 du Règlement.

À la suite des échanges survenus entre l'AMP et le CSPQ, l'AMP prend note de l'intention de celui-ci de procéder à la publication d'un addenda afin d'apporter les clarifications requises aux enjeux ci-dessus mentionnés.

Quant au délai de livraison d'un service avec construction

Les délais de livraison des services sont également prévus à la section 4.2.2.6 – Gestion des demandes de services en télécommunication de l'annexe 11 du devis technique des DAO. Ce délai « correspond à la période comprise entre la date de réception de la commande chez le fournisseur et la mise en service par celui-ci ».

Plus précisément, le tableau 12 – Charte des délais de livraison des services (jours ouvrables) des DAO fait état des délais prévus selon le service requis. Par exemple : le délai de mise en service sans construction est de 20 jours, tandis que celui comprenant un volet de construction est de 45 jours. Le respect de ces délais constitue une exigence de l'AOP et des mécanismes d'application des pénalités sont prévus en cas de retard⁷.

La réponse donnée par le CSPQ à la question 2 de l'addenda 2, publié le 11 février 2020, a eu pour effet d'accorder aux fournisseurs une prolongation du délai de la mise en service d'une commande sans construction, soit de 20 jours à 25 jours,

⁷ Section 2.2.5.3 des DAO, et section 4.6 de l'annexe 11.

et a réaffirmé le maintien du délai de 45 jours pour la livraison d'un service avec construction.

Toutefois, l'addenda 9 – Question 27, publié le 10 mars 2020, fait état d'une ouverture du CSPQ quant à l'acceptation d'une commande qui outrepasserait l'exigence du délai de 45 jours. La question 27 se lit comme suit :

« 4.2.2.6 Gestion des demandes de services en télécommunication

Si la construction nécessaire à l'exécution d'une commande excède les 45 jours impartis à la clause 4.2.2.6, est-ce que le CSPQ encourage le fournisseur à répondre tout en proposant le délai réel supérieur à 45 jours, ou est-ce que le CSPQ préfère que le fournisseur refuse de telles commandes à cause du délai de livraison?
(Nos soulignements)

Réponse

Le CSPQ encourage le fournisseur à répondre tout en proposant le délai réel. »

Ainsi, la réponse donnée par le CSPQ a pour effet de changer la teneur de l'exigence des délais de livraison prévus aux DAO. Le CSPQ passe outre à une exigence qu'il a par ailleurs confirmée par addenda. L'exercice d'une telle discrétion pourrait résulter en l'attribution d'une commande de façon non conforme et qui devrait par ailleurs être refusée. Il est à noter que, bien que l'alinéa 2 de l'article 43 permette à un organisme public d'attribuer une commande à l'un des fournisseurs retenus dont le prix soumis à l'égard du bien à acquérir n'excède pas le prix le plus bas de plus de 10 %, cette règle ne saurait permettre au CSPQ de passer outre à une non-conformité.

Quant aux modalités de l'exigence de la mise en place du cadre de gestion

Le plaignant soulève qu'aucune date ou qu'aucun délai maximal de mise en place du cadre de gestion n'est prévu aux DAO et il invoque que les réponses obtenues du CSPQ quant aux exigences minimales à respecter dans sa mise en place, avant l'attribution d'une commande, ne sont pas satisfaisantes.

Les sections 4.1 à 4.4 de l'annexe 11 du devis technique font état des modalités de mise en place d'un cadre de gestion par les fournisseurs, l'implantation d'un tel cadre constituant une exigence de l'appel d'offres.

Considérant le grand nombre de mesures devant être mises en place, plusieurs questions de soumissionnaires ont été rapportées dans les addendas à ce sujet. Ces questions concernent principalement le moment où la mise en place de ce cadre de gestion doit être complétée; soit à l'adjudication ou lors de l'attribution de la première commande.

En réponse à celle-ci, la question 21 de l'addenda 9 du 10 mars 2020 précise ce qui suit :

« 21. Question

Si un fournisseur d'un rang donné complète la mise en place les [sic] éléments décrits aux articles 4.1, 4.2, 4.3 et 4.4 de l'appel d'offres avant le ou les autres fournisseurs de rang précédant, est-ce que celui-ci recevra toutes les commandes avant le ou les autres fournisseurs de rang précédant tant que ceux-ci ne sont pas conformes aux exigences de l'appel d'offres? Par exemple : le fournisseur de 3^e rang complète la mise en place des exigences avant les fournisseurs de rang 1 et rang 2, nous comprenons que le fournisseur de rang 3 sera le seul à recevoir les commandes, et ce, tant et aussi longtemps que les fournisseurs de rang 1 ou de rang 2 n'auront pas complété la mise en place des exigences.

Réponse

Dans l'exemple mentionné, les fournisseurs de rang 1 ou 2 ne seraient pas considérés comme respectant les critères de l'appel d'offres et seraient donc exclus. »

À titre d'explications additionnelles fournies en réponse à la demande d'observations de l'AMP, le CSPQ a réitéré que, par le dépôt de sa soumission, le fournisseur s'engage à mettre en place un cadre de gestion. Il lui est loisible de commencer les travaux de sa mise en œuvre dès l'adjudication du contrat. À cette fin, les sections 4.1 à 4.4 de l'annexe 11 du devis technique, énonçant les mesures devant être mises en place, donnent également des indications quant aux moments où celles-ci doivent être opérationnelles. Par ailleurs, nous comprenons de la réponse ci-dessus que la mise en place des exigences liées au cadre de gestion doit être complétée afin qu'une commande puisse être attribuée.

Ainsi, l'AMP est d'avis que l'addenda 9 répond aux préoccupations du plaignant à cet égard.

5. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes de transparence dans les processus contractuels, de traitement intègre et équitable des concurrents et d'accès aux contrats 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 au SEAO sous le numéro de référence 1333019 afin d'y apporter les précisions nécessaires quant aux frais de construction et aux modalités applicables dans l'attribution des commandes lorsqu'elles comprennent des frais de construction;

ORDONNE au CSPQ de modifier les documents d'appel d'offres afin de clarifier les exigences relativement à la Charte des délais de mise en service;

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 5 juin 2020

Nathaly Marcoux
Présidente-directrice générale par intérim
ORIGINAL SIGNÉ