

Décision ordonnant au Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est-du-Québec d'annuler l'appel d'offres public 1335682 (art. 29 (1) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No décision : 2020-05

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29, 37, 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 16 juillet 2020, l'AMP reçoit une plainte portant sur un appel d'offres public (« AOP ») publié le 21 mai 2020 par le Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est-du-Québec (le « GACEQ ») et identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») sous le numéro de référence 1335682. Cet AOP vise l'acquisition d'appareils d'anesthésie avec moniteur physiologique intégré.

a) Motifs soulevés par le plaignant

Le plaignant invoque que l'inclusion de l'exigence obligatoire pour l'anesthésie inhalatoire à objectif de concentration (« AINOC ») dans les documents d'appel d'offres (« DAO ») aura un effet sur la capacité de sa clientèle de compléter sa flotte d'équipements actuelle et qu'en « [...] raison des spécifications particulières telles que le recrutement pulmonaire² (« MRA ») en combinaison avec l'AINOC, supprime par conséquent toute concurrence pour cet AO », excluant ainsi l'ensemble des autres fournisseurs disponibles, à l'exception d'un seul.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

² Aussi appelé « manœuvre de recrutement alvéolaire » (MRA).

Le plaignant se questionne également quant au modèle d'AOP choisi par le GACEQ, soit un « modèle d'appel d'offres basé sur le ratio qualité/plus bas prix », qu'il qualifie d'inadapté à la situation : « [...] l'analyse ne doit pas se faire uniquement sur la qualité, mais aussi sur la performance [...]. Il serait nécessaire d'étudier de façon quantitative les données en consommation de gaz et d'halogénés faites lors des essais. Dans [l]es annexes « Mesures et Essais », pour les trois lots, on dénombre certains points de contrôle pour le moniteur hémodynamique, mais rien pour la table d'anesthésie. » Selon lui, l'AOP publié devrait être basé sur l'innovation et sur la performance, afin que les appareils proposés ne soient pas pénalisés lors de l'évaluation de la qualité.

Par conséquent, le plaignant demande une refonte complète de l'AOP afin que celui-ci soit basé sur l'innovation et sur la performance, ou le retrait de l'exigence obligatoire de l'AINOC aux DAO.

b) Observations reçues du GACEQ

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

- « Les exigences demandées sont formulées par un comité d'experts, notamment composé de médecins spécialistes nommés par la Fédération des médecins spécialistes du Québec »;
- La MRA constitue un « élément sur lequel les membres de comité de sélection souhaitent porter un jugement »;
- « Le fait de dissocier la gestion des bas débits de gaz frais et la recherche d'une fraction expirée constante n'est pas logique selon le comité et crée une confusion. Ces deux variables sont indissociables. Selon le comité, il est faux de dire que le simple réglage manuel est aussi efficace que l'AINOC pour maintenir une fraction expirée d'halogénée constante en essayant d'avoir un débit de gaz frais minimal »;
- « Toujours selon le comité formé à cet effet, [...] il est indiscutable qu'au quotidien, dans des hôpitaux surchargés, les gaz halogénés sont gaspillés par plusieurs manipulations de l'appareil d'anesthésie dans les différentes étapes du séjour d'un patient en salle d'opération »;
- « L'étude de Wetz a démontré que l'AINOC : 1) accélère la vitesse à laquelle la profondeur d'anesthésie est atteinte au début de la procédure, 2) favorise la précision d'administration de gaz anesthésique et 3) contribue à la sécurité du patient »;
- Le document explicatif *Anesthésie inhalatoire à objectif de concentration (AINOC)*, rédigé en 2015 par Frédérique Servin du Service d'anesthésie-réanimation chirurgicale de l'Hôpital Bichat de Paris, « contient les explications sur ce qu'est l'AINOC et démontre la pertinence de l'inclusion de cette fonctionnalité dans l'appel d'offres faisant l'objet des présentes.

Ce document conclut que l'AINOC diminue la consommation des agents, simplifie le travail des anesthésistes et rend aux halogénés leur maniabilité péroperatoire. Il mentionne également que cette technique représente l'avenir de l'administration des halogénés ».

3. Cadre normatif applicable

Le GACEQ est un groupe d'approvisionnement en commun visé à l'article 435.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³, ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁴ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le GACEQ 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 37 de la Loi, le rôle de l'AMP est de déterminer, à la suite d'une plainte relativement à un processus d'adjudication, si les 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

Aux fins de compréhension, voici un bref historique du dossier :

- Le 7 juillet 2017, un AOP est publié afin de procéder à l'acquisition de tables d'anesthésie et de moniteurs physiologiques. Le mode d'adjudication pour ce dossier a fait l'objet d'une dérogation qui a été approuvée par le Conseil du trésor;
- Le 22 octobre 2019, un appel d'intérêt est publié « dans le but d'établir un portrait du marché et des évolutions technologiques depuis le dernier appel d'offres effectué en 2017 », tel que mentionné dans les observations reçues du GACEQ;
- Le 21 mai 2020, un AOP est publié et vise à procéder à l'acquisition d'appareils d'anesthésie avec moniteur physiologique intégré.

Quant aux notions de la MRA et de l'AINOC dans les DAO

L'inclusion de la modalité de la MRA combinée avec l'exigence de l'AINOC dans les DAO sont deux des éléments qui sont au cœur des revendications du plaignant.

³ RLRQ, c. S-4.2

⁴ RLRQ, c. C-65.1

La MRA

Le 21 mai 2020, au moment de la publication de l'appel d'offres, la MRA faisait partie des exigences de conformité auxquelles les soumissionnaires potentiels devaient se conformer. Constatant l'impact possible de cette exigence sur la concurrence, le GACEQ a publié un addenda 3 aux fins de retirer celle-ci des critères de conformité pour plutôt l'intégrer dans la grille détaillée des critères de qualité. Au soutien de cette décision, le GACEQ mentionne, dans ses observations à l'AMP : « Nous avons changé celle-ci (de conformité à qualité) afin notamment de ne pas rendre non conforme la compagnie Draëger puisqu'elle nous a informés que son équipement ne répond pas à l'exigence. Toutefois, les membres du comité ont considéré important de conserver cette notion dans l'appel d'offres et ont décidé que le critère "manœuvre de recrutement alvéolaire" devait faire l'objet d'une évaluation qualitative. »

Le plaignant, se disant satisfait du retrait de cette exigence, évoque toutefois le fait que sa soumission sera à nouveau pénalisée, et ce, lors de l'évaluation qualitative. Il mentionne que de nouvelles exigences de cybersécurité sont imposées par Santé Canada et par la Food and Drug Administration, ayant pour effet de retarder la disponibilité logicielle de l'option de la MRA sur l'appareil qu'il pourrait présenter lors du dépôt de sa soumission. Il devra donc répondre à l'AOP avec un appareil qu'il qualifie de « technologiquement beaucoup plus avancé et fiable », et ce, avec la conséquence qu'il ne pourra pas vendre l'appareil « à un prix compétitif, sans risquer de mettre en péril [sa] compagnie, une machine qui, en termes d'innovation et de technologie, est largement supérieure » à celle de son concurrent.

Au soutien du maintien de cette notion dans la grille de l'évaluation de la qualité, le GACEQ a mentionné à l'AMP que « des études récentes ont démontré que la ventilation à faible volume courant associé à un PEP (pression expiratoire positive) ainsi qu'à des manœuvres de recrutements [sic] intermittentes tendent à protéger le poumon. Il semble que cette stratégie de ventilation évite une réaction inflammatoire pulmonaire probablement associée à un cisaillement des parois alvéolaires » et qu'une autre étude, dont l'AMP a également obtenu copie, « a démontré une diminution de la mortalité post opératoire [sic] avec l'utilisation de cette stratégie de ventilation durant des chirurgies digestives ». Ainsi, selon le GACEQ, « il est raisonnable de penser que le mode de ventilation de protection pulmonaire soit la norme éventuellement ».

L'AINOC

L'AINOC est un « mode d'administration des halogénés par lequel l'anesthésiste désigne la concentration télé-expiratoire qu'il souhaite obtenir (cible, consigne), charge le respirateur de l'atteindre et de la maintenir stable dans le temps, jusqu'à modification de la consigne »⁵.

⁵ Frédérique SERVIN, *Anesthésie inhalatoire à objectif de concentration (AINOC)*, 2015, p. 1

Cette exigence se trouve dans les DAO, au point 5.37 de la section *DEVIS ET FORMULAIRE DE DÉCLARATION DE CONFORMITÉ – appareil d'anesthésie*, et se lit comme suit :

« 5.37 L'appareil d'anesthésie doit performer l'AINOC (Anesthésie Inhalatoire à objectif de concentration) basé sur le maintien automatisé d'une fraction expirée d'halogénés. »

Le plaignant, au sujet de cette exigence, énonce que « la modalité AINOC à travers le monde ne représente pas plus de 20 % du parc des machines d'anesthésie » et « qu'aucun standard en anesthésie, à notre connaissance, ne recommande d'avoir de l'AINOC pour augmenter la sécurité du patient durant la chirurgie ». Il allègue aussi être « extrêmement déçu que le GACEQ ait choisi de publier cet AOP sous cette forme, qui ne permet pas de soumettre des propositions alternatives ».

L'équipement que le plaignant désire proposer comprend un système assisté et non automatisé, tel que requis dans les DAO. Il soutient, au moyen d'une étude, que les performances entre les deux systèmes seraient équivalentes et déplore que l'AOP ne soit pas basé sur l'innovation et sur la performance, mais plutôt sur un rapport qualité/prix ajusté le plus bas. Le plaignant est affirmatif quant à l'obtention des mêmes résultats que l'appareil automatisé de son concurrent « en terme[s] de consommation de gaz, de nombre de manipulations et de cinétiques pharmacologiques » et il affirme qu'en mesurant de façon quantitative les consommations en gaz et halogénés lors des essais, ceux-ci démontreraient les économies générées et auraient ainsi une grande incidence dans l'évaluation de la qualité des appareils.

Il est à noter que la publication de l'AOP en 2017 ne comprenait pas cette exigence. Celle-ci requerrait plutôt un « système intégré qui permet d'optimiser l'administration de la concentration des gaz et donnant les consommations facilitant ainsi l'anesthésie à bas débit »; c'est en remplaçant l'AINOC par cette exigence que le plaignant désire que les DAO soient modifiés.

Les observations reçues du GACEQ sont fermes quant à l'intention du regroupement de conserver l'AINOC aux DAO. Selon les observations reçues, c'est en décembre 2019 que les travaux relatifs à la rédaction du devis ont débuté et, « à la lumière des discussions et des différents consensus établis, que le besoin d'avoir ces fonctionnalités » a été jugé essentiel. Le GACEQ précise à l'AMP que les membres experts du comité participant aux travaux sont nommés par la Fédération des médecins spécialistes du Québec et qu'ils sont « tous des spécialistes dans le champ d'activité relatif à l'équipement faisant l'objet du processus de mise en concurrence et, ainsi, ce sont eux qui seront les principaux utilisateurs de l'équipement ».

Le GACEQ a soumis à l'AMP plusieurs études à l'appui de cette exigence, dont quelques extraits ont été cités plus haut, ainsi qu'un document intitulé *Motifs au soutien de la décision du comité suivant l'appel d'offres lancé par le GACEQ*. Il est mentionné notamment dans ce document que « [l']AINOC prévient les variations dangereuses d'oxygènes et d'agents anesthésiants volatils durant les interventions.

Ce système diminue les interventions de surveillance et d'ajustement de la fraction inspirée des gaz et de leurs débits par les anesthésiologistes. Ultimement, cette sécurité permet que plus de temps soit alloué à d'autres aspects de soins du patient, en plus d'augmenter l'adhérence à la prestation d'une anesthésie avec bas débit de gaz frais ».

Le GACEQ invoque également que, « durant le maintien de l'anesthésie, la méthode automatisée nous permet de viser un faible débit de gaz frais avec un minimum de manipulation requise par l'anesthésiologiste. Ceci devrait se traduire systématiquement par une économie considérable des gaz anesthésiques ». Aussi, « [l]e comité estime qu'il est raisonnable d'exiger d'un appareil d'anesthésie moderne qu'il soit équipé d'un système d'administration de gaz anesthésiques offrant la possibilité de prodiguer l'AINOC, basé sur le maintien automatisé d'une fraction expirée constante d'halogénés. Ceci, pour optimiser l'exécution du travail en salle d'opération, pour la sécurité du patient, pour des économies de fonctionnement et pour la protection de l'environnement ».

Pour ce qui est de l'évaluation de la consommation de gaz et d'halogénés des appareils, le GACEQ appuie sa décision de ne pas en tenir compte dans les critères d'évaluation des DAO sur sept études « qui ont fait l'objet de la comparaison de la consommation de gaz entre les différents appareils (ceux qui ont la fonctionnalité AINOC et ceux qui ne la détiennent pas) ».

Finalement, le GACEQ mentionne que, selon les informations recueillies par le comité d'experts, le plaignant est en mesure de répondre aux besoins identifiés dans les DAO avec l'un de ses équipements disponibles sur le marché.

Les observations soumises par le GACEQ ont permis à l'AMP d'apprécier la raisonnable de la démarche préalable de l'organisme public au regard de l'AOP concerné. Il a également été possible de constater l'identification et l'évaluation préalables adéquates et rigoureuses des besoins, selon les particularités propres à l'acquisition d'appareils d'anesthésie avec moniteur physiologique intégré.

Le GACEQ, dans le cadre du présent dossier, agit à titre de mandataire pour les établissements participants. 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 l'évaluation préalable des besoins des établissements participants et les travaux du comité d'experts se reflètent adéquatement dans les DAO. L'AMP prend acte que le GACEQ a obtenu la confirmation du bien-fondé de l'AINOC des 19 médecins de l'établissement qui n'était pas représenté au sein du comité. Ils sont « unanimes et fermes » quant à son maintien comme élément de conformité. Le cadre normatif commande qu'une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse soit effectuée par les organismes publics, et ce, pour chaque AOP publié. Il est donc tout à fait normal que les exigences diffèrent entre l'AOP publié en 2017 et celui de 2020. Qui plus est, les établissements participants au regroupement ne sont pas les

mêmes. L'AMP constate également que le GACEQ a procédé au changement de l'exigence de la MRA (de la conformité vers la qualité) au moyen de l'addenda 3, afin de permettre une mise en concurrence des soumissionnaires potentiels.

Un organisme public bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il détermine le contenu de ses documents d'appel d'offres. Les conditions, les exigences, les spécifications et autres critères qu'il détermine sont fonction des besoins qu'il aura préalablement définis. Ainsi, il revient à l'organisme public d'adopter la stratégie d'acquisition qui lui permettra de répondre à ses besoins tout en respectant les principes fondamentaux énumérés à l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁶.

Par conséquent, l'AMP est d'avis que les éléments soulevés par le plaignant ne constituent pas une entorse au principe de traitement intègre et équitable des soumissionnaires et ne sont pas de nature à créer une barrière empêchant des concurrents qualifiés de prendre part au processus d'appel d'offres.

Cela dit, l'examen de la plainte a toutefois révélé un manquement au cadre normatif. Le GACEQ a, le 21 mai 2020, procédé à la publication d'un appel d'offres public comprenant des conditions différentes de celles permises par le cadre normatif applicable, et ce, sans que celles-ci aient été autorisées par le Conseil du trésor, suivant l'article 25 de la LCOP.

Le mode d'adjudication créé par le GACEQ dans l'appel d'offres publié le 7 juillet 2017 avait été approuvé par le Conseil du trésor par l'émission d'un CT général. Le GACEQ avait alors demandé au Secrétariat du Conseil du trésor (« SCT ») « de recourir à des modalités d'appels d'offres différentes de celles prévues à la réglementation en vigueur dans le cadre de contrat pour l'acquisition d'appareils médicaux », et ce, conjointement avec deux autres regroupements. Cette demande approuvée était valide pour une période de 36 mois, soit jusqu'au 13 mars 2020, et ne visait que certains dossiers d'approvisionnement énumérés à l'annexe A de la demande. L'AMP a pu prendre connaissance du détail de la demande qui avait alors été autorisée.

L'AOP actuellement publié comporte à nouveau certaines caractéristiques qui ne sont pas permises par le cadre normatif. À titre d'exemples :

- Le GACEQ se réserve la possibilité d'adjuger le contrat à plus d'un fournisseur à la suite d'une évaluation de la qualité selon la règle qualité/prix ajusté le plus bas;
- Bien qu'il ne le qualifie pas d'un contrat à commandes, le GACEQ utilise la règle prévue à l'article 18 (2) du *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics* avec un pourcentage de 15 %.

Lorsque questionné à ce sujet par l'AMP dans le cadre du traitement de la plainte, le GACEQ précise « qu'une nouvelle demande de dérogation est en préparation et

⁶ RLRQ, c. C-65.1

devrait être déposée au ministère de la Santé et des Services sociaux et au SCT dans les jours qui suivront » et que « [n]ous avons obtenu différentes informations au cours des derniers mois afin d'apporter des corrections à notre demande de dérogation autant en ce qui a trait à la forme qu'au fond ».

Les travaux en lien avec cet AOP ont débuté à l'automne 2019, soit plusieurs mois avant sa publication. Le processus pour l'obtention de l'autorisation quant à l'utilisation d'un mode d'adjudication non prévu au cadre normatif aurait dû être complété en amont de la publication de l'AOP.

L'obtention d'une autorisation de dérogation du SCT fait l'objet d'un processus décisionnel, et ce, pour chaque dossier. Ce n'est pas parce qu'une dérogation a été obtenue en 2017 que celle-ci fera l'objet d'une approbation automatique lors du dépôt d'une nouvelle demande trois ans plus tard. L'AMP ne peut cautionner cette façon de procéder du GACEQ, soit de publier un AOP non conforme au cadre normatif et de procéder, en cours de publication, à l'envoi d'une demande de dérogation au SCT.

5. Conclusion

VU que le mode d'adjudication prévu à l'AOP publié ne respecte pas le cadre normatif applicable;

VU l'obligation d'obtenir une dérogation du Conseil du trésor préalablement à la publication de l'AOP lorsqu'applicable;

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

ORDONNE au GACEQ d'annuler l'appel d'offres public identifié au SEAO sous le numéro de référence 1335682 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 conclu par le GACEQ en contravention de la présente ordonnance pourrait être résilié de plein droit à compter de la réception, par le GACEQ et son contractant, d'une notification de l'AMP à cet effet.

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 24 août 2020

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ