

Décision ordonnant au Centre hospitalier universitaire de Montréal de modifier l'appel d'offres public 1412091 (Article 29 (1) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No décision : 2020-08

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1, a. 29, 37, 50

1. Mandat 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 18 novembre 2020, l'AMP reçoit une plainte portant sur l'appel d'offres public (l'« AOP ») publié le 2 octobre 2020 par le Centre hospitalier universitaire de Montréal (le « CHUM ») et identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEO ») sous le numéro de référence 1412091. Ce processus vise l'octroi d'un contrat à commandes à un seul fournisseur pour l'acquisition de vêtements compressifs sur mesure pour la clientèle des grands brûlés.

a) Motifs soulevés par le plaignant.

Les motifs de plainte peuvent être résumés comme suit :

- Les documents d'appel d'offres (les « DAO ») précisent que le fournisseur retenu doit avoir au moins un point de service (ou un lieu où il doit dispenser les soins) situé dans un rayon de moins de 10 kilomètres du CHUM et de l'Hôpital de réadaptation Villa Médica, et que les prises de mesures des patients doivent se faire à l'intérieur de ce point de service. Le plaignant soutient que de telles exigences de proximité sont arbitraires, qu'elles favorisent indûment les concurrents déjà présents à l'intérieur de ce rayon et que, de ce fait, elles rompent l'équilibre entre les concurrents;

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

- Les DAO permettent aux soumissionnaires de proposer des biens en remplacement de ceux identifiés par le CHUM dans son document « Bordereau de prix »², en autant que ceux-ci présentent des caractéristiques équivalentes ou supérieures à celles identifiées aux DAO. Il y est également indiqué que le soumissionnaire doit joindre à sa soumission toute l'information requise pour que le CHUM soit en mesure de juger, à sa seule discrétion, du caractère équivalent des biens proposés et qu'à défaut, une soumission peut être rejetée. Le plaignant est d'avis qu'un tel processus d'évaluation des équivalences est arbitraire et qu'il est difficilement compatible avec l'acquisition de vêtements compressifs sur mesure. De plus, il soulève que certaines exigences relatives aux biens identifiées au document « Devis »³ sont vagues et ambiguës, notamment celle prévoyant que les vêtements compressifs doivent, en tout temps, « respecter et répondre à la demande de l'équipe interdisciplinaire ». En bref, il soumet qu'il est, à toutes fins pratiques, impossible pour un concurrent de soumettre une demande d'équivalences et d'espérer que celle-ci soit acceptée.

b) Observations soumises par le CHUM.

Quant à la présence d'un point de service dans un rayon déterminé

Le CHUM explique d'abord qu'en plus de fournir les biens demandés, le soumissionnaire retenu doit assurer la prise des mesures nécessaires, et ce, sans frais. En ce qui concerne le patient hospitalisé, la prise des mesures se fait directement au lieu où le patient reçoit ses soins. Dans les autres cas, le patient quitte le centre de soins et se rend au point de service identifié afin d'effectuer la prise des mesures avant de retourner à son domicile.

Questionné quant aux raisons justifiant le fait d'exiger que la prise des mesures des patients se fasse à un point de service déterminé plutôt que de laisser les patients se rendre au point de service de leur choix parmi les points de service du soumissionnaire retenu, le CHUM précise, dans un premier temps, que cette décision vise à favoriser un continuum de soins aux patients. L'établissement considère qu'« en plus d'être gravement brûlée, la clientèle desservie [est] dans un état physique fragile, [a] subi un événement traumatisant et est financièrement vulnérable (dépourvue d'assurances, etc.) ». Il estime donc « déraisonnable que le point de service soit éloigné du centre de soins et difficilement accessible par transport en commun ». Il est également d'avis que la proximité du point de service peut avoir un impact sur l'adhésion du patient à son traitement.

Par ailleurs, le CHUM soulève également que le rôle de l'équipe interdisciplinaire, composée de professionnels de la santé en charge du patient, est de se consacrer d'abord aux soins de ce dernier. Pour cette raison, la proximité du point de service facilite la gestion des services et des parties prenantes. De plus, le CHUM précise que le rayon de 10 kilomètres identifié en l'espèce a été déterminé après avoir vérifié qu'un nombre suffisant de fournisseurs était en mesure de répondre à cette exigence. Finalement, il rappelle que les DAO permettent aux soumissionnaires d'identifier un sous-traitant chargé de la prise des mesures, dans le rayon indiqué.

² Aux fins de la présente décision, les termes « Bordereau de prix » réfèrent au document identifié au SEO sous le nom « Bordereau de prix_v2 (devis) ».

³ Aux fins de la présente décision, le terme « Devis » réfère au document identifié au SEO sous le nom « DEVIS_v2 ». La clause E.00 de ce document traite des exigences relatives aux biens.

Quant au processus d'évaluation des équivalences

Le CHUM explique que les exigences relatives aux biens ont été déterminées en consultant plusieurs professionnels du domaine de la santé (p. ex. infirmières, plasticiens, ergothérapeutes, physiothérapeutes), ainsi que des ouvrages pertinents en la matière.

Questionné quant à la façon dont il entend procéder à l'analyse de la conformité des équivalences proposées, le CHUM précise que cette évaluation se fera selon les règles de l'art, dans le respect des dispositions pertinentes des DAO⁴, c'est-à-dire que leur conformité sera analysée à la fois à la lumière des informations que l'on trouve au Bordereau de prix et des exigences relatives aux biens énumérés au Devis. Il soulève également qu'en application de la clause « Adjudication conditionnelle »⁵ contenue aux DAO, les produits seront soumis à une période de vérification de 90 jours afin de bien les analyser et « qu'une évaluation rigoureuse de la conformité des produits sera faite, les données seront colligées et documenter [sic] et un audit auprès des patients des grands brûlés sera fait ».

Il soulève également avoir considéré le fardeau administratif engendré par la préparation d'une demande d'équivalence au moment de déterminer la durée de la période de publication de l'AOP, qu'il a établie à 49 jours.

3. Cadre normatif applicable

Le CHUM est un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁶, ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁷ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CHUM 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

Quant à la présence d'un point de service dans un rayon déterminé

Dans un premier temps, il doit être mentionné qu'il revient à chaque organisme public d'assurer l'organisation des services sous sa gouverne de la façon qui lui semble la plus efficace afin de répondre à la mission qui lui a été confiée. Ainsi, la stratégie d'acquisition d'un organisme public peut être influencée par les impératifs découlant de l'organisation de ses services.

⁴ Clause 1.04.22 du document identifié au SEAO sous le nom « Régie ».

⁵ *Id.*, clause 1.12.04

⁶ RLRQ, c. S-4.2

⁷ RLRQ, c. C-65.1

En l'espèce, le CHUM a démontré que l'exigence relative à la présence d'un point de service à proximité de son centre de service se justifie au regard de l'état de santé de la clientèle desservie et de l'objectif d'adhésion des patients aux traitements. De plus, les vérifications effectuées par le CHUM en amont du lancement de l'appel d'offres ont démontré que le rayon de 10 kilomètres identifié aux DAO n'avait pas pour effet d'éliminer toute concurrence et qu'un nombre suffisant de fournisseurs seraient en mesure de répondre à cette exigence de proximité. Par ailleurs, l'exigence préalablement mentionnée n'a pas pour effet d'empêcher le plaignant de déposer une soumission.

Quant au processus d'évaluation des équivalences

Ni la LCOP ni la réglementation qui en découle n'encadrent de façon expresse le déroulement du processus d'évaluation des équivalences. Ainsi, les obligations à la charge de l'organisme public ou du soumissionnaire qui souhaite soumettre des produits équivalents à ceux requis par l'organisme public seront définies dans les DAO. La jurisprudence a établi, d'une part, que l'appréciation de la conformité d'un produit équivalent revient à l'organisme public et, d'autre part, qu'il est de la responsabilité du soumissionnaire de démontrer que l'alternative offerte est équivalente à ce que l'organisme public exige.

Il demeure tout de même que l'évaluation de la conformité des équivalences, comme toute autre étape du processus d'octroi, doit respecter les principes de l'article 2 de la LCOP, notamment ceux relatifs à la transparence et à l'équité entre les concurrents, et ce, afin que la décision de l'organisme public d'accepter ou de refuser une équivalence soit prise de façon objective.

En l'espèce, le contrat en cause est un contrat à commandes. La réglementation prévoit que, pour l'adjudication d'un tel contrat, l'organisme public peut solliciter soit uniquement un prix, soit une démonstration de la qualité et un prix⁸. Dans ce dernier cas, l'adjudicataire sera le soumissionnaire dont le prix est le plus bas parmi ceux ayant satisfait au niveau minimal de qualité exigé. Dans le cadre du présent AOP, le CHUM a choisi de ne pas solliciter une démonstration de la qualité. Ce faisant, le contrat doit être adjugé sur la base du prix uniquement.

Par ailleurs, il est loisible à l'organisme public de requérir les biens des soumissionnaires afin de procéder, avant l'adjudication du contrat, à des essais de conformité. Ces essais sont d'abord réalisés à l'égard des biens proposés par l'adjudicataire présomptif. La réglementation prévoit également que ce n'est que lorsque les biens proposés ne réussissent pas les essais de conformité que l'organisme public peut alors passer au fournisseur suivant et effectuer ces mêmes essais à l'égard des biens qu'il propose⁹.

Le but visé par de telles vérifications est de s'assurer de la conformité des biens aux exigences techniques des DAO. À ce sujet, un bulletin d'interprétation publié par le Secrétariat du Conseil du trésor souligne qu'il ne faut pas confondre la vérification d'un produit et l'évaluation de sa qualité¹⁰.

⁸ *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, art. 10 et 16.1

⁹ *Id.*, art. 12

¹⁰ Secrétariat du Conseil du trésor, *Bulletin d'interprétation des marchés publics : Modes d'adjudication, évaluation de la qualité d'une soumission et possibilité de requérir les biens des soumissionnaires dans le cadre des contrats d'approvisionnement*, 2014-08-22

Il doit être mentionné que les DAO du CHUM précisent que les marques et les codes des biens spécifiés au Bordereau de prix indiquent aux soumissionnaires que ces biens répondent aux exigences du CHUM en fonction de l'usage auquel il les destine. De plus, le soumissionnaire peut proposer un bien de remplacement dès lors que ce dernier présente des caractéristiques équivalentes ou supérieures à celles indiquées dans les DAO¹¹.

Le CHUM a aussi affirmé que l'évaluation de la conformité des équivalences proposées tiendrait également compte des exigences relatives aux biens indiquées au Devis. Pour plus de commodité et à titre indicatif uniquement, quelques-unes de ces exigences sont reproduites ci-après :

E.00 EXIGENCES QUANT AU(X) BIEN(S)

Pour atteindre l'objectif recherché par le vêtement compressif, qui est essentiellement de contribuer à l'amélioration d'un ensemble de signes fonctionnels, par une action sur les signes de l'inflammation (prurit, douleur, érythème) et de contribuer à la réduction de l'épaisseur des cicatrices, le vêtement compressif doit répondre aux exigences suivantes :

- a) Le vêtement compressif doit en tout temps respecter et répondre à la demande de l'équipe interdisciplinaire et respecter tout autre niveau de performance exigé dans les Documents d'Appel d'Offres;
- b) Le vêtement compressif doit être sécuritaire tel que l'exige un équipement médical spécialisé; [...]
- e) Le vêtement compressif doit favoriser l'autonomie du patient, notamment en lui permettant de se vêtir sans aide (sauf exception ex: handicap du patient);
- f) Le vêtement compressif, doit être confortable afin de favoriser l'adhérence au port dudit vêtement. Il doit notamment permettre la mobilité du ou des membres traités selon les recommandations de l'équipe interdisciplinaire, permettre de produire chaque mouvement avec justesse et constance, doit s'ajuster au corps (notamment en respectant les arches de la main et du pied) ainsi qu'à ses mouvements; [...]

En l'espèce, l'AMP est d'avis que certaines exigences identifiées à la clause E.00 du Devis ne sont pas suffisamment objectives et précises pour correspondre à une analyse de la conformité et ainsi permettre au CHUM de faire les vérifications de conformité qu'il se propose de faire. De plus, considérant ce qui précède, l'AMP est d'avis que ce manque de transparence constitue un obstacle pour les soumissionnaires qui souhaitent proposer des biens autres que ceux identifiés par le CHUM et qui doivent démontrer leurs équivalences.

En terminant, l'AMP rappelle que le cadre normatif offre divers outils aux organismes publics qui souhaitent s'assurer de la conformité des biens. Ainsi, avant le lancement d'un appel d'offres, un organisme public peut procéder à l'homologation de biens lorsqu'il souhaite s'assurer de leur conformité à une norme ou à une spécification technique détaillée¹².

En outre, tel que mentionné précédemment, un organisme public peut évaluer la qualité minimale d'un produit dans le cadre de l'octroi d'un contrat à commandes, auquel cas, la création d'un comité de sélection est requise.

¹¹ Clause 1.04.22 du document *Régie*

¹² *Id.*, art. 30

5. Conclusion

VU le choix du mode d'adjudication retenu par le CHUM, qui ne comporte aucune évaluation de la qualité;

VU le manque de précision des exigences relatives aux biens;

VU le principe de transparence dans les processus contractuels;

VU les manquements constatés au cadre normatif;

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

ORDONNE au CHUM de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les documents de l'appel d'offres identifié au SEAO sous le numéro de référence 1412091 afin que le processus d'évaluation des produits équivalents se fasse dans un cadre transparent.

Fait le 16 décembre 2020

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ