

**Recommandations formulées au dirigeant
du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux
du Nord-de-l'île-de-Montréal concernant
le processus d'adjudication du contrat CNIM2018-072
(Article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)**

No recommandation : 2021-02

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1, a. 31, 35, 56, 59, 60

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 un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public à la suite d'une communication de renseignements effectuée en vertu du chapitre VI de la Loi.

2. Vérification effectuée par l'AMP

En novembre 2019, l'AMP reçoit une communication de renseignements de la part d'un membre du public concernant l'adjudication, par le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Nord-de-l'île-de-Montréal (le « CIUSSS-NIM »), du contrat numéro CNIM2018-072 (le « Contrat ») à la suite de l'appel d'offres public (l'« AOP ») publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEAO ») sous le numéro de référence 1254070. Cet AOP a pour objet la conclusion d'un contrat de service de nature technique en transcription médicale pour l'Hôpital Fleury, l'Hôpital Jean-Talon et l'Hôpital du Sacré-Cœur-de-Montréal.

Les renseignements transmis à l'AMP concernent le fait que le CIUSSS-NIM a adjudgé ce contrat à l'entreprise Archi-Médic inc. (« Archi-Médic »), et ce, bien que ce dernier ne respectait pas l'une des conditions de conformité prévue aux documents d'appel d'offres (« DAO »), soit d'avoir réalisé au moins trois projets semblables d'une volumétrie de 26 500 lignes par semaine.

En juin 2020, l'AMP transmet au président-directeur du CIUSSS-NIM un avis l'informant qu'elle entame une vérification afin de déterminer si le processus d'octroi du contrat préalablement mentionné s'est effectué conformément au cadre normatif applicable. Dans le cadre de ses démarches de vérification, l'AMP demande au CIUSSS-NIM de produire plusieurs documents et renseignements².

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

² Loi, art. 23

Elle discute également avec l'agente en approvisionnement et le directeur de l'approvisionnement et logistique du CIUSSS-NIM (le « Directeur »), ainsi qu'avec deux des trois membres du comité technique formé par le CIUSSS-NIM créé dans le but de juger de la conformité de la soumission au regard de l'exigence faisant l'objet de la communication de renseignements.

3. Cadre normatif applicable

Le CIUSSS-NIM est un établissement public visé par 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 CIUSSS-NIM 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.

4. Faits révélés dans le cadre des vérifications de l'AMP

Le 4 juin 2019, le CIUSSS-NIM publie un AOP au SEAO pour des services de nature technique, à exécution sur demande, en transcription médicale. Selon les conditions de cet AOP, le mode d'adjudication de ce contrat est le plus bas prix conforme.

Cet AOP contient une grille de conformité technique qui énonce les critères minimaux recherchés par le CIUSSS-NIM pour la réalisation du mandat. Cette grille de conformité, ainsi que ses annexes (« Grille de conformité »), doivent être remplies par le soumissionnaire et présentées avec sa soumission.

Le CIUSSS-NIM crée un comité technique composé de trois personnes (le « Comité ») pour l'évaluation des soumissions en fonction des critères inclus dans la Grille de conformité. Cette Grille de conformité a été préalablement établie par le Comité, en collaboration avec l'agente en approvisionnement.

Chaque membre du Comité représente un des requérants du service en transcription médicale, soit un représentant de l'Hôpital Fleury, un de l'Hôpital Jean-Talon et un de l'Hôpital du Sacré-Cœur-de-Montréal.

Au terme du processus de l'AOP, le CIUSSS-NIM reçoit deux soumissions. Une de l'entreprise Archi-Médic, d'un montant de 559 328,00 \$, et une de l'entreprise Centre Transmet Center inc., d'un montant de 643 227,20 \$.

Le 12 juillet 2019, l'agente en approvisionnement transmet aux membres du Comité la plus basse soumission afin que ceux-ci l'analysent au regard de la Grille de conformité. Le courriel de transmission précise que, si la soumission satisfait à tous les critères de conformité, la prochaine étape est l'adjudication du contrat et que, en cas de doute sur un ou plusieurs critères, une conférence téléphonique aura lieu pour discuter de ces points.

³ RLRQ, c. S-4.2

⁴ RLRQ, c. C-65.1

Le 18 juillet 2019, une rencontre du Comité a lieu pour discuter de l'évaluation de la soumission du prestataire de services. Celle-ci a lieu entre 12 h 30 et 13 h 30 en présence des trois membres du Comité et de l'agente en approvisionnement.

Les sujets qui y sont abordés concernent, notamment, la volumétrie de la soumission d'Archi-Médic à l'égard du critère mentionné à la clause 1.2 de l'annexe 7.00 F du document Formulaire de soumission inclus dans les DAO :

« 1.2 Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit avoir réalisé au moins TROIS (3) projets semblables à celui décrit dans le Devis. Détailler les projets (volumétrie minimum de 26 500 lignes de transcription par semaine et qu'il a soutenu cette volumétrie pendant plusieurs semaines consécutives). »

Pour ce dernier critère, Archi-Médic présente dans sa soumission trois projets. Le projet 1 est d'une volumétrie de 20 000 lignes par semaine, le projet 2 d'une volumétrie de 18 000 lignes par semaine, et le projet 3 d'une volumétrie de 22 000 lignes par semaine. Il doit être mentionné que ce dernier projet est en cours de réalisation auprès du CIUSSS-NIM.

Le 22 juillet 2019, le CIUSSS-NIM transmet à Archi-Médic une demande de précision quant à la volumétrie indiquée dans sa soumission à l'égard du projet 3 compte tenu du fait qu'après vérification d'une facture de ce contrat en cours, le CIUSSS-NIM conclut à une volumétrie moyenne de 28 570 lignes par semaine.

Les 22 juillet 2019, Archi-Médic confirme au CIUSSS-NIM une erreur de calcul à l'égard du projet 3, qui aurait dû se lire « 28 000 lignes par semaine » au lieu de « 22 000 lignes par semaine ».

Le 23 juillet 2019, Archi-Médic confirme au CIUSSS-NIM que la volumétrie spécifiée dans sa soumission pour les projets 1 et 2 ne contient aucune erreur et ajoute notamment :

« [...] comme mentionné lors de la rencontre d'information, une volumétrie comme la vôtre est rare dans le réseau de la santé [...]. Tous clients confondus, nous transcrivons en moyenne 92 000 lignes par semaine. »

L'agente en approvisionnement affirme que, suivant les explications d'Archi-Médic, il a été déterminé que même s'il n'avait pas présenté trois projets ayant une volumétrie de 26 500 lignes, sa capacité avait été jugée acceptable.

Le Directeur affirme que le Comité n'a pas effectué d'évaluation finale de la soumission d'Archi-Médic après la réception des réponses aux demandes de précision du CIUSSS-NIM et que : « Lors du comité du 18 juillet [sic] il avait été entendu que si l'avis juridique était positif au fait de donner le contrat à Archi-Médic [sic] personne n'y verrait d'inconvénient. » Cette évaluation finale a, selon lui, été effectuée par la chef de service du CIUSSS-NIM après consultation d'un avocat.

Par lettre datée du 29 juillet 2019, le contrat est adjugé à Archi-Médic.

Un rapport de justification daté du 9 septembre 2019 signé par l'agente en approvisionnement comprend, entre autres, les informations suivantes :

- Lors des rencontres préparatoires entre le responsable du dossier à la gestion contractuelle et les principaux intervenants aux dossiers, une des clientes [...] qui représentait alors la radiologie de l'hôpital de Sacré-Cœur de Montréal [...] tenait absolument à exiger 3 mandats avec une volumétrie minimale de 26.5 K lignes par semaine et personne ne s'y est opposé;
- Lors de la séance d'information, le seul fournisseur présent, Archi-Médic, nous précise qu'il est difficile pour lui de présenter 3 projets similaires sur une longue période et nous demande de réduire la durée à 6 mois, ce qui a été accepté [par la représentante de l'hôpital du Sacré-Cœur-de-Montréal]. Cette dernière a par contre insisté pour conserver la quantité minimale de 26.5 K lignes par semaine, ce qui n'a pas été revendiqué par les autres clients participants [sic] au dossier. Un addenda a été alors publié à ce sujet;
- Après validation de la conformité administrative et juridique, la soumission d'Archi-Médic a été envoyée au comité technique pour la validation de la conformité technique vu qu'elle représentait le prix le plus bas. Tous les éléments de conformité sont rencontrés [sic] sauf celui de la volumétrie;
- Après discussion avec [la chef du service de la gestion contractuelle], il a été convenu de communiquer avec [l'avocat consulté par le CIUSSS-NIM] pour avoir un conseil juridique. [L'avocat consulté par le CIUSSS-NIM] nous conseille de gérer le risque puisqu'il y a possibilité de plainte des deux fournisseurs; Archi-Médic en raison qu'un seul fournisseur pouvait répondre à toutes les exigences puisque Centre Transmed est fournisseur de presque tous les établissements de santé au Québec, et Centre Transmed parce qu'Archi-Médic n'est pas en mesure de présenter 3 projets de volumétrie similaire. Ayant le courriel de justification d'Archi-Médic, [l'avocat consulté par le CIUSSS-NIM] défends [sic] la capacité d'Archi-Médic à réaliser le mandat et nous conseille de lui octroyer le contrat (conseil juridique verbal). Archi-Médic étant déjà notre fournisseur en place et réalisant une volumétrie plus élevée que celle exigée dans l'appel d'offres, il serait mal vu de rejeter sa soumission.

5. Analyse

Conformité de la soumission de l'entreprise Archi-Médic

La preuve recueillie dans le cadre des vérifications effectuées a permis à l'AMP de constater que le CIUSSS-NIM n'a pas agi en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable.

Le manquement identifié par l'AMP est le non-respect de l'une des conditions essentielles de l'AOP, entraînant un accroc au principe de traitement équitable des soumissionnaires prévu à l'article 2 de la LCOP dans le cadre du processus d'appel d'offres.

Il convient, dans un premier temps, de citer les extraits pertinents dans les DAO :

La clause 1.2 de l'annexe 7.00 F – Conformité technique du Formulaire de soumission des DAO prévoit l'exigence suivante (l'« Exigence ») :

« 1.2 Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit avoir réalisé au moins TROIS (3) projets semblables à celui décrit dans le Devis. Détailler les projets (volumétrie minimum de 26 500 lignes de transcription par semaine et qu'il a soutenu cette volumétrie pendant plusieurs semaines consécutives). »
(Nos soulignements)

En réponse à une demande de précision des termes « pendant plusieurs semaines » de la part d'un soumissionnaire potentiel, le CIUSSS-NIM a publié ce qui suit dans l'addenda 2 :

« Les projets présentés doivent avoir été réalisés sur une période d'environ 6 mois et plus. »

Dans l'annexe 7.00 F – Conformité technique du Formulaire de soumission, le contenu de la colonne « Détails » vis-à-vis de l'Exigence édicte : « Voir annexe 7.00 G », laquelle se lit comme suit :

« ANNEXE 7.00 G – Expérience et expertise du soumissionnaire

Le SOUMISSIONNAIRE doit démontrer qu'il possède au moins trois (3) années d'expérience dans le domaine de la transcription médicale. Il doit aussi présenter trois (3) projets semblables à celui décrit au devis en démontrant entre autres son habileté à travailler avec nos différents systèmes. Les projets présentés doivent minimalement décrire le type de service, l'envergure du contrat et la durée du contrat. »

La clause C.01 du devis mentionne, quant à elle :

« C.01 Expérience

Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit posséder au moins TROIS (3) années d'expérience dans le domaine de la transcription de rapports médicaux. Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit avoir réalisé au moins TROIS (3) projets semblables à celui décrit dans le Devis.

L'addenda 1 suivant précise, pour la clause C.01 Expérience :

« C.01 Expérience

Les projets semblables demandés, doivent l'être en termes de volumétrie hebdomadaire et réalisés dans le réseau public de la santé et des services sociaux.
(Nos soulignements)

Pour que la soumission d'Archi-Médic soit conforme, selon les termes utilisés dans cet AOP, il faut notamment conclure que cette entreprise a réalisé au moins trois projets semblables à celui décrit dans le devis.

L'AMP est d'avis que la soumission d'Archi-Médic ne satisfait pas à ce critère selon le langage utilisé dans les DAO. En effet, les DAO n'exigent pas un projet, mais trois projets semblables et ces derniers doivent, selon l'addenda 1, l'être en termes de volumétrie hebdomadaire. Le devis fait état d'une volumétrie de 26 360 lignes par semaine à sa clause E.02.

Aussi, l'annexe 7.00 F du formulaire de soumission réitère cette nécessité d'avoir réalisé trois projets et précise, entre parenthèses :

« volumétrie minimum de 26 500 lignes ».
(Nos soulignements)

L'AMP s'interroge, par ailleurs, sur les termes utilisés, soit « doit avoir réalisé », puisque le projet 3 d'Archi-Médic est en cours de réalisation; ce dernier n'est donc pas finalisé. La formulation utilisée pour l'Exigence peut porter à confusion et être interprétée par un soumissionnaire potentiel comme exigeant des projets terminés.

L'AMP a, en outre, pris connaissance de la Grille de conformité remplie par les membres du Comité dans le cadre de leur analyse individuelle de la soumission d'Archi-Médic. Aucun des membres ne conclut, sans annotation particulière, à la conformité de la soumission au regard de l'Exigence.

L'AMP note que le CIUSSS-NIM avait constaté l'irrégularité de la soumission d'Archi-Médic. Il doit être rappelé que le rapport de justification-adjudication d'appels d'offres daté du 9 septembre 2019 du CIUSSS-NIM précise notamment que la soumission d'Archi-Médic était conforme à tous les éléments de conformité, à l'exception de celui portant sur la volumétrie.

Dans le cadre de leurs appels d'offres, les organismes publics jouissent d'une certaine latitude dans l'analyse de la conformité des soumissions qu'elles reçoivent. Cette latitude n'est cependant pas absolue.

Les tribunaux de droit commun (les « Tribunaux ») ont, de façon générale, conclu à la latitude du donneur d'ouvrage d'accepter une soumission qui contient des irrégularités mineures dans la mesure où celle-ci n'a pas d'incidence sur le prix ou sur le traitement équitable des soumissionnaires.

Cependant, les irrégularités dites « majeures », qui résultent d'un manquement à une exigence essentielle ou substantielle de l'appel d'offres, entraînent le rejet de la soumission et un donneur d'ouvrage ne peut y renoncer sans contrevenir au principe du traitement équitable des soumissionnaires.

Afin de déterminer si une exigence est impérative, il est pertinent de considérer le test élaboré par les Tribunaux⁵.

Aussi, divers facteurs ont été retenus par les Tribunaux afin de considérer si une dérogation est mineure ou majeure⁶.

En somme, le donneur d'ouvrage peut renoncer à une exigence de l'AOP dans la mesure où il ne s'agit pas d'une exigence essentielle.

L'AMP, selon l'exercice proposé par les Tribunaux, en arrive au résultat suivant :

⁵ Tapitec inc. c. Ville de Blainville, 2017 QCCA 317, par. 20

⁶ Entreprises QMD inc. c. Ville de Montréal, 2020 QCCS 3, par. 54

1. L'Exigence est-elle d'ordre public?

L'Exigence ne constitue pas une exigence d'ordre public. En effet, celle-ci a été intégrée dans les DAO par le CIUSSS-NIM sans qu'elle ne soit prévue au cadre normatif applicable.

2. Les DAO indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel?

La clause 1.2 de l'annexe 7.00 F – Conformité technique emploie le terme « doit » à l'égard des 3 projets semblables, ainsi que le terme « minimum » pour la volumétrie demandée.

Cette clause est, par ailleurs, devancée des deux extraits de textes suivants :

« Le tableau ci-dessous énonce les critères minimaux recherchés pour la réalisation du mandat. »

« IMPORTANT

- Les soumissionnaires doivent obligatoirement répondre à chacune des questions. Tous les critères énumérés sont des exigences de conformité. Pour être acceptable, la solution proposée doit répondre dans l'affirmative à chacun des énoncés. Une réponse négative entraînera automatiquement le rejet de la soumission. [...] »
(Nos soulignements)

La clause 1.10 des DAO prévoit :

1.10 Conformité

1.10.1 Cas de rejet automatique

Une Soumission est automatiquement rejetée pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :

[...]

- g) si toute autre condition de conformité indiquée dans les Documents d'Appel d'Offres comme entraînant le rejet automatique d'une Soumission n'est pas respectée. »

1.10.02 Autres cas

Toute Soumission comportant un manquement à une exigence autre que celles visées à la clause 1.10.01 entraîne le rejet de la Soumission selon les modalités suivantes :

- a) dans le cas d'une irrégularité majeure, soit celle qui peut entraîner une modification du prix soumis ou avoir une incidence sur l'égalité des SOUMISSIONNAIRES, l'ORGANISME PUBLIC doit rejeter la Soumission;
- b) dans le cas d'une irrégularité mineure, si le SOUMISSIONNAIRE ne remédie pas à l'irrégularité que lui indique l'ORGANISME PUBLIC, dans le délai qu'il fixe.
(Nos soulignements)

Ainsi, les DAO précisent que l'Exigence est une condition de conformité et que le défaut de s'y conformer entraînera automatiquement le rejet de la soumission, donc visée par la clause 1.10.1 des DAO.

Compte tenu de ce qui précède, l'AMP est d'avis que le CIUSSS-NIM a expressément indiqué, dans ses DAO, que l'Exigence de la volumétrie constituait un élément essentiel.

3. À la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'Exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres?

3.1 La formulation utilisée

Comme mentionné précédemment, les termes utilisés dans les DAO suggèrent fortement que l'Exigence est impérative. En effet, les termes « doit », « minimum » et « critères minimaux » sont employés. Aussi, l'avis qui précède l'Exigence précise que les critères énumérés sont des exigences de conformité importantes et que le défaut de s'y conformer entraînerait automatiquement le rejet de la soumission.

3.2 La présence d'une clause de réserve

Nous avons établi que le CIUSSS-NIM se réserve le droit de passer outre à un manquement, dans la mesure où ce manquement n'est pas visé à la clause 1.10.01 du DAO, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

3.3 L'incidence de la dérogation sur le prix de la soumission et l'intégrité du processus

Dans un premier temps, l'AMP se questionne sur l'incidence qu'a eue l'Exigence sur le prix des soumissions reçues par le CIUSSS-NIM.

En effet, le rapport de justification du CIUSSS-NIM daté du 9 septembre 2019 fait notamment état d'une possibilité de plainte de la part d'Archi-Médic en raison du fait « [...] qu'un seul fournisseur pouvait répondre à toutes les exigences [...] ».

Aussi, l'agente en approvisionnement a affirmé, lors de la vérification, croire que leur devis était dirigé au bénéfice de l'entreprise Transmed. Si tel était le cas et que cette dernière entreprise était au courant, quel a été l'impact réel de l'Exigence sur le prix de sa soumission?

Cela étant, le libellé des DAO semble indiquer que l'Exigence est impérative. L'AMP est d'avis que ceux qui prennent connaissance de cet AOP peuvent y voir là une condition essentielle et s'abstenir, par conséquent, de déposer une soumission. Aussi, un soumissionnaire qui décide de consacrer temps et énergie à en préparer une et à la déposer peut prendre pour acquis que leurs concurrents seront limités aux entreprises qui respectent cette Exigence.

Cela dit, l'AMP est d'avis que l'intégrité du processus d'appel d'offres est atteinte lorsque le CIUSSS-NIM décide de renoncer à cette Exigence au profit de l'un des soumissionnaires.

3.4 Le caractère accessoire, secondaire ou facilement remédiable de l'irrégularité

L'AMP estime qu'aucune démarche ne peut être effectuée pour remédier à une absence de l'expérience exigée dans les DAO au moment de l'ouverture des soumissions.

3.5 L'intérêt public

L'objectif d'un AOP est d'obtenir le meilleur service au meilleur prix, en accédant à un bassin de concurrents et en éliminant le favoritisme. Or, dans l'optique où certaines entreprises ont pu être dissuadées de soumissionner parce qu'elles ne détenaient pas l'expérience demandée, le CIUSSS-NIM n'a pas agi dans l'intérêt public. Aussi, l'AMP est d'avis que le fait de renoncer à cette Exigence porterait atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires potentiels qui auraient pu se qualifier s'ils avaient su que le CIUSSS-NIM renoncerait à l'Exigence.

Il en est de même si l'Exigence ne peut être respectée que par un soumissionnaire en particulier.

3.6 La consultation d'experts

L'AMP note le fait que le CIUSSS-NIM a consulté un avocat avant l'adjudication du contrat et qu'une telle consultation constitue un indice de sa bonne foi.

3.7 La conduite du CIUSSS-NIM

Dans le cadre de l'élaboration de l'AOP, l'agente en approvisionnement affirme que plusieurs rencontres ont eu lieu avec les requérants des services de transcription médicale afin d'établir les besoins, de pallier les problèmes rencontrés lors de l'AOP de 2016 publié au SEAO sous le numéro 960581 et de bonifier le devis de cet ancien appel d'offres.

Relativement à la volumétrie incluse à l'Exigence, l'agente en approvisionnement affirme que celle-ci était un critère important. C'est pourquoi le CIUSSS-NIM a demandé à ce que les soumissionnaires démontrent leur capacité à transcrire 26 500 lignes par semaine en énumérant dans leur soumission trois projets de la même volumétrie et plus pendant plusieurs semaines.

Lorsque questionnée sur les lacunes rencontrées dans l'AOP de 2016, l'agente en approvisionnement précise notamment que l'adjudicataire de ce contrat n'a pas toujours respecté les exigences, telles que la volumétrie, bien que le prestataire de service a pris peu de temps avant de prendre son « air [sic] d'aller ».

L'AMP note que, dans le cadre de l'AOP de 2016, les DAO prévoient ce qui suit dans le devis :

« C.01 Expérience – Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit posséder au moins TROIS (3) années d'expérience dans le domaine de la retranscription de rapports médicaux. Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit avoir réalisé au moins TROIS (3) projets semblables à celui décrit dans le Devis. »

L'AMP constate que la clause E.02 du devis de l'AOP de 2016 fait état d'une volumétrie totale pour la durée du mandat et non d'une volumétrie par semaine. Ce dernier contrat avait été adjugé à Archi-Médic. L'AMP note que cette exigence a été modifiée dans l'AOP de 2018 afin de pallier les problèmes rencontrés dans l'AOP de 2016.

Pour sa part, le Directeur a avoué avoir été impliqué dans les discussions avec l'avocat consulté par le CIUSSS-NIM en ce qui concerne le contrat CNIM2018-072 octroyé à Archi-Médic.

À la suite de ces discussions, le Directeur a compris qu'il y avait des chances de poursuite judiciaire de part et d'autre. Il précise à l'AMP certaines considérations internes problématiques lorsque le CIUSSS-NIM a recours à un AOP au lieu de procéder à un contrat de gré à gré. Ainsi, il avait de la difficulté à justifier le fait d'annuler cet AOP et de recommencer le processus.

Il devait rapidement trouver une solution et c'est la raison pour laquelle il a pris la décision de demeurer avec le présent adjudicataire. Il a avoué qu'il s'agissait d'une situation où le CIUSSS-NIM a dû gérer son risque en choisissant l'option qu'il considérait comme la moins dommageable.

À la lumière de ce qui précède, l'AMP est d'avis que l'Exigence est une condition essentielle de l'AOP de 2018 à laquelle le CIUSSS-NIM ne pouvait renoncer sans porter atteinte à l'intégrité du processus de l'appel d'offres et au traitement intègre et équitable des concurrents.

Autres constats de l'AMP

La vérification de l'AMP a, par ailleurs, permis les constats suivants :

- une confusion entre les termes utilisés et les termes applicables en matière de contrats publics;
- plusieurs critères inclus dans les DAO sont parfois utilisés par d'autres organismes publics pour l'évaluation qualitative d'une soumission avec comité de sélection;
- le fait que l'Exigence n'a pas permis au CIUSSS-NIM d'atteindre les objectifs visés.

La vérification de l'AMP lui a permis de constater une certaine confusion entre les termes utilisés et les termes applicables en matière de contrats publics, notamment quant à la différence entre une condition d'admissibilité et une condition de conformité, et entre un critère dans le cadre d'une évaluation qualitative d'une soumission et une condition d'admissibilité ou de conformité.

Le règlement sur certains contrats de service des organismes publics (le « Règlement ») prévoit ce qui suit⁷ :

5. Un organisme public doit prévoir dans ses documents d'appel d'offres :
[...]

⁷ Paragraphe 3 de l'article 5, chapitre C-65.1, r. 4

3° les conditions d'admissibilité exigées d'un prestataire de services et les conditions de conformité des soumissions;

[...]

(Nos soulignements)

Les exigences réglementaires précisent, par ailleurs, les conditions d'admissibilité et de conformité obligatoires⁸.

En somme, les conditions d'admissibilité sont celles relatives au soumissionnaire, à son entreprise, alors que les conditions de conformité sont liées à la soumission à proprement dite. Or, les termes « conformité technique », « critères de conformité » et « conforme – oui/non » dans l'annexe 7.00 F du formulaire de soumission sont utilisés dans une section qui précède la sous-section relative aux « exigences relatives au prestataire de services ».

Par ailleurs, la Grille de conformité incluse dans les DAO énonce les critères minimaux recherchés par le CIUSSS-NIM pour la réalisation du mandat.
(Nos soulignements)

Le terme « critère » est, dans le cadre normatif, associé à l'évaluation de la qualité d'une soumission⁹.

Le cadre normatif applicable prévoit qu'un contrat de service de nature technique peut être adjudgé selon le prix le plus bas ou suivant une évaluation de la qualité de la soumission.

Lorsqu'un organisme public choisit d'opter pour une évaluation de la qualité de la soumission, il doit préciser les critères qui feront l'objet d'une évaluation et indiquer, pour chacun de ceux-ci, les éléments de qualité requis pour l'atteinte d'un niveau de performance acceptable, lequel correspond à ses attentes minimales pour le critère. Cette évaluation qualitative doit, par ailleurs, être effectuée par un comité de sélection¹⁰.

Peu importe le mode d'adjudication choisi, les DAO d'un AOP doivent, par ailleurs, inclure les conditions d'admissibilité et de conformité obligatoires mentionnées précédemment. Le cadre normatif applicable n'empêche pas l'ajout, dans les DAO, de conditions d'admissibilité ou de conformité additionnelles.

La distinction entre une condition d'admissibilité ou de conformité d'un critère est très importante. En effet, le cadre normatif circonscrit notamment, pour une adjudication suivant une évaluation de la qualité, le choix des membres d'un comité de sélection, la façon dont ce dernier doit être constitué, la désignation du secrétaire de comité de sélection, la façon dont l'analyse de la qualité de la soumission doit être effectuée, etc.

Il comprend également l'obligation d'effectuer l'évaluation qualitative avant l'ouverture des enveloppes de prix des soumissions, ce qui favorise l'intégrité et l'impartialité du processus de sélection d'un soumissionnaire dans un contexte où un jugement est requis.

L'AMP note que plusieurs critères inclus dans les DAO sont parfois utilisés par d'autres organismes publics pour l'évaluation qualitative d'une soumission avec comité de sélection.

⁸ Règlement, articles 6, 7, 7.0.1 et 7.1

⁹ Règlement, articles 5, 16, 28, Annexes 1 et 2

¹⁰ Règlement, articles 26 et 33

Comment faire la distinction entre un critère d'évaluation et une condition d'admissibilité ou de conformité?

Les guides publiés sur l'extranet des marchés publics, ainsi que les formations offertes par le Secrétariat du Conseil du trésor (« SCT »), précisent notamment que :

« Les critères d'évaluation et les éléments de qualité doivent entraîner un jugement. Ils sont donc par nature très différents des conditions d'admissibilité et de conformité qui, elles, font l'objet d'un simple constat objectif¹¹. »
(Nos soulignements)

En l'espèce, le CIUSSS-NIM a choisi un mode d'adjudication selon le prix le plus bas, donc sans évaluation de la qualité de la soumission et, par conséquent, sans critère à être évalué par un comité de sélection, ce que le cadre normatif applicable lui permet de faire.

Le CIUSSS-NIM a, par ailleurs, inclus des « critères de conformité » dans les DAO et formé un comité technique pour l'évaluation de ces derniers. L'importance de ne pas confondre un comité technique d'un comité de sélection doit être soulignée.

Contrairement au comité de sélection défini précédemment, le comité technique est, dans la terminologie des marchés publics, associé à la consultation d'un expert dans un domaine en particulier, notamment pour valider l'estimation des coûts lors d'acquisitions complexes ou d'envergure, ou pour valider la conformité technique d'un bien aux spécifications techniques requises exprimées dans les DAO. À cet égard, la documentation publiée sur le site Web du SCT mentionne ce qui suit :

« Un comité technique peut être requis lorsque des éléments très spécialisés sont nécessaires pour évaluer les soumissions. Ce comité est formé d'experts et a pour mandat de procéder aux essais de conformité prévus à l'appel d'offres. Il doit être indépendant du requérant et du comité de sélection. À la suite de son analyse, le comité remet au conseiller en acquisition, ou au secrétaire de comité de sélection, un rapport établissant les résultats. Le comité technique ne fait aucune recommandation et n'a aucun pouvoir décisionnel¹². »

La terminologie utilisée par le CIUSSS-NIM porte à confusion et l'AMP est d'avis que celle-ci a été utilisée à mauvais escient. L'AMP juge important de souligner ce constat, puisque l'utilisation d'une terminologie inadéquate peut porter à confusion et mener à une mauvaise application du cadre normatif applicable.

Cette confusion a également été constatée dans les échanges que l'AMP a eus avec les membres du Comité. Entre autres, l'un de ceux-ci a affirmé que la performance d'Archi-Médic avait été jugée acceptable même s'il ne répondait pas au critère de volumétrie. Un autre membre croyait que l'Exigence n'était pas un critère éliminatoire.

¹¹ Guide sur les risques et les contrôles en gestion contractuelle, 2014, SCT, (<https://www.marchespublics.tresor.gouv.qc.ca/extranet/pages/p.aspx?nom=documentation>) et formation WEB_SCS2 du 4 novembre 2020 du SCT

¹² Processus de référence en gestion contractuelle pour les contrats d'approvisionnement et de services supérieurs aux seuils d'appels d'offres, p. 24, réalisé par le Centre de services partagés du Québec, (<https://www.marchespublics.tresor.gouv.qc.ca/extranet/documents/processus-reference-gestion-contractuelle.pdf>)

Cela étant, et à des fins de compréhension de ce qui suit, la clause 1.2 de l'annexe 7.00 F du formulaire de soumission (l'Exigence) est, de nouveau, reproduite ci-dessous :

« 1.2 Le PRESTATAIRE DE SERVICES doit avoir réalisé au moins TROIS (3) projets semblables à celui décrit dans le Devis. Détailler les projets (volumétrie minimum de 26 500 lignes de transcription par semaine et qu'il a soutenu cette volumétrie pendant plusieurs semaines consécutives). »

L'Exigence contient également une référence à l'annexe 7.00 G – Expérience et expertise du soumissionnaire :

« Le SOUMISSIONNAIRE doit démontrer qu'il possède au moins trois (3) années d'expérience dans le domaine de la transcription médicale. Il doit aussi présenter trois (3) projets semblables à celui décrit au devis en démontrant entre autres son habileté à travailler avec nos différents systèmes. Les projets présentés doivent minimalement décrire le type de service, l'envergure du contrat et la durée du contrat. »

En réponse aux questions de l'AMP sur la façon dont le nombre de projets a été déterminé par le CIUSSS-NIM à la clause précédente, le Directeur affirme :

« Il était important de s'assurer que les soumissionnaires aient une expérience minimale et qu'ils soient [sic] en mesure de répondre à notre besoin. »

Pour ce qui est des projets semblables exigés, le Directeur affirme que :

« Le but étant d'avoir des soumissionnaires qui comprennent les enjeux et la réalité du réseau public de la santé puisqu'elle est bien différente des cliniques privées. »

En ce qui a trait à la volumétrie minimale de 26 500 lignes, le Directeur affirme que :

« Cette volumétrie représentait la volumétrie minimale réelle du CIUSSS-NIM au moment de la publication de l'appel d'offres et nous voulions nous assurer que les soumissionnaires soient [sic] en mesure de transcrire ce nombre de lignes par semaine. »

L'agente en approvisionnement soutient qu'elle aurait dû diminuer les exigences pour le critère de volumétrie. Elle est en effet d'avis qu'un seul projet de 26 500 lignes par semaine est suffisant.

Le Directeur mentionne, quant à lui, que les exigences de l'AOP apparaissent exagérées et qu'elles devraient être revues.

Cela dit, l'AMP ne dénote pas de mauvaise foi de la part du CIUSSS-NIM dans l'élaboration initiale de l'Exigence.

L'AMP note cependant que le CIUSSS-NIM constate, en rétrospection, que l'Exigence incluse dans l'AOP de 2018 n'est pas nécessaire à l'atteinte de l'objectif visé par son insertion. Elle note également que des problèmes d'exécution du contrat, tels que la volumétrie, ont eu lieu avec des exigences différentes dans les DAO de l'AOP de 2016.

Par conséquent, l'AMP est d'avis qu'il est important que le CIUSSS-NIM révise sa stratégie pour le prochain contrat de service en transcription médicale afin que celle-ci réponde à ses besoins et ne restreigne pas indûment la concurrence.

Contournement du cadre normatif

En l'espèce, l'AMP est d'avis, eu égard aux termes utilisés, au cadre normatif applicable, aux critères inclus, ainsi qu'aux objectifs poursuivis par le CIUSSS-NIM, que la façon dont ce dernier a procédé dans cet AOP constitue une approche permettant, intentionnellement ou non, de contourner le cadre normatif.

En sus des considérations exposées précédemment, l'AMP est d'avis que la lecture de l'offre de services d'Archi-Médec ne permet pas de conclure, sur simple constat objectif, si certaines exigences sont respectées. À titre d'exemple, celle relative à l'expérience du chargé de projet pour des mandats d'envergure similaire¹³.

Ces mandats d'envergure similaire doivent-ils l'être en termes de volumétrie hebdomadaire? En quoi l'expérience du chargé de projet constitue une condition d'admissibilité du soumissionnaire? Aussi, telle que formulée, cette demande ne constitue pas un engagement que le soumissionnaire prend et s'engage à respecter par le simple dépôt de sa soumission.

Ceci dit, contrairement à un bien dont la qualité peut se définir et se mesurer objectivement, notamment sur la base de caractéristiques fonctionnelles et de performances recherchées préalablement définies, la qualité d'un service est, par son intangibilité, plus difficile à évaluer.

Lorsque le marché est connu ou qu'il existe une certification attestant le niveau de qualité attendue, une approche sur le prix le plus bas peut être la plus intéressante.

Dans le cas contraire, l'AMP est d'avis que la terminologie utilisée dans les DAO pour une condition d'admissibilité ou de conformité doit, à défaut pour l'organisme public d'opter pour l'évaluation qualitative d'une soumission avec comité de sélection, être suffisamment précise pour permettre, sur simple constat et de façon objective, la présence ou l'absence de la condition exigée afin de s'assurer de ne pas contourner le cadre normatif applicable.

6. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes fondamentaux prévus à l'article 2 de la LCOP, notamment le traitement intègre et équitable des concurrents;

VU le manquement constaté au cadre normatif relativement au traitement intègre et équitable des soumissionnaires dans le cadre du processus d'appel d'offres par l'acceptation d'une soumission qui contient une irrégularité majeure;

VU l'état d'avancement du contrat CNIM2018-072 conclu le 12 août 2019 pour une période maximale de deux ans;

¹³ Clause 1.7 de l'annexe 7.00 F – Conformité technique du formulaire de soumission; Clauses C.03.02 et F.01.04 du devis

VU la confusion entre les termes utilisés et les termes applicables en matière de contrats publics;

VU que l'inclusion d'une condition dans les DAO n'a pas permis au CIUSSS-NIM d'atteindre les objectifs visés par l'inclusion de cette dernière et que celle-ci restreint l'accessibilité des concurrents aux marchés publics;

VU le contournement du cadre normatif applicable;

EN CONSÉQUENCE et conformément à l'article 31 (2) de la Loi, l'AMP

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-NIM de mettre en place des procédures efficaces et efficientes qui prévoient précisément un mécanisme de rejet d'une soumission qui comprend une irrégularité majeure;

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-NIM d'assurer la formation des employés impliqués dans la préparation d'un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public afin qu'ils disposent des connaissances et des outils nécessaires à l'accomplissement de leur travail, dans le respect du cadre normatif applicable, notamment eu égard à la terminologie à utiliser dans les documents d'appel d'offres et à la distinction à effectuer entre un mode d'adjudication selon le prix le plus bas et le mode d'adjudication avec une évaluation de la qualité de la soumission;

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-NIM de s'assurer de réviser la stratégie du CIUSSS-NIM pour le prochain contrat de service en transcription médicale afin que celle-ci réponde à ses besoins, respecte le cadre normatif applicable et ne restreigne pas indûment la concurrence;

REQUIERT du dirigeant du CIUSSS-NIM de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 90 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 20 janvier 2021

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ