

**Recommandations formulées au conseil des commissaires
de la Commission scolaire Eastern Townships concernant
le processus d'adjudication identifié sous le numéro de référence
1365680 (art. 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)**

No de la recommandation : 2021-20

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

1. Aperçu

L'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu des communications de renseignements à l'égard du processus d'adjudication identifié sous le numéro de référence 1365680 au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec.

Le 22 avril 2020, la Commission scolaire Eastern Townships (la « Commission scolaire ») publiait un appel d'offres public visant à faire l'acquisition d'équipements informatiques, soit des commutateurs de couche 2 pour l'accès du réseau, ainsi que des commutateurs de couche 3 pour la gestion du cœur et de la distribution de son réseau, avec les modules optiques correspondants.

Les signalements reçus soulèvent essentiellement le manque de transparence de la Commission scolaire, notamment son défaut de répondre à des questions posées par les soumissionnaires. Au terme de son examen, l'AMP conclut que la Commission scolaire a manqué à son obligation de répondre à des questions posées au cours de la période de publication.

Aussi, l'examen réalisé par l'AMP a permis de constater que la Commission scolaire a omis d'inscrire, dans l'avis de publication de son appel d'offres, la date limite de dépôt des plaintes auprès de la Commission scolaire.

En l'espèce, l'AMP juge également pertinent d'aborder, à titre de considérations additionnelles, le sujet de la communication préalable au lancement de l'appel d'offres, ainsi que celui du traitement diligent des demandes de précision des soumissionnaires.

2. Questions en litige

Les questions sur lesquelles l'AMP doit se prononcer sont les suivantes :

- La Commission scolaire était-elle tenue d'indiquer une date limite de réception des plaintes dans l'avis de publication de son appel d'offres? Le cas échéant, a-t-elle contrevenu à son obligation?
- La Commission scolaire a-t-elle contrevenu aux principes de transparence, d'équité et d'accessibilité en omettant de répondre à des demandes de précision de soumissionnaires?

3. Analyse

La Commission scolaire est un organisme public au sens de l'article 4 (5) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, la Commission scolaire est notamment tenue de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1 La Commission scolaire était-elle tenue d'indiquer une date limite de réception des plaintes dans l'avis de publication de son appel d'offres?

La Commission scolaire a omis d'indiquer, dans l'avis de publication de son appel d'offres, la date limite de réception des plaintes auprès de la Commission scolaire, alors qu'elle était tenue de le faire en vertu de la réglementation découlant de la LCOP.

À ce sujet, les explications fournies à l'AMP dans le cadre de sa vérification lui ont permis de constater des lacunes dans les connaissances de la Commission scolaire relativement à l'application du mécanisme de plainte introduit au chapitre V.0.1.1 de la LCOP; plus précisément, l'absence d'indication de date limite pour porter plainte était due à la croyance erronée que ce mécanisme ne s'appliquait pas aux contrats d'approvisionnement.

À titre d'organisme public assujetti à la LCOP, la Commission scolaire doit indiquer, dans l'avis de publication de chacun de ses appels d'offres prévoyant l'adjudication d'un contrat comportant une dépense égale ou supérieure au seuil minimal d'appel d'offres public applicable, une date limite de réception des plaintes².

En l'espèce, le montant de la dépense estimé par l'équipe informatique de la Commission scolaire, en amont de la publication de l'appel d'offres public, se situait au-dessus du seuil d'appel d'offres de 105 700 \$. Ce faisant, une date limite devait être déterminée et publiée.

¹ LCOP, c. C-65.1

² Art. 4 (6.1), *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2

Le fait de ne pas inscrire une telle date peut avoir pour effet de priver des soumissionnaires potentiels de leur recours au mécanisme de plaintes mis à leur disposition depuis le 25 mai 2019. Ce mécanisme permet notamment aux soumissionnaires de porter à l'attention des organismes publics et de l'AMP les enjeux rencontrés dans le cadre d'un processus d'octroi visé. Il peut mener à l'apport de correctifs de façon à favoriser, entre autres, l'accès aux marchés publics.

3.2. La Commission scolaire a-t-elle contrevenu aux principes de transparence, d'équité et d'accessibilité en omettant de répondre à des demandes de précision d'entreprises?

La Commission scolaire a manqué à ses obligations en ne répondant pas à des questions posées en temps utile par des entreprises. En l'espèce, le processus d'adjudication a fait l'objet de 16 questions de la part d'au moins trois soumissionnaires potentiels distincts, celles-ci se rapportant aux exigences techniques, au bordereau de prix et à la date de dépôt des soumissions. De ces questions, sept n'ont pas fait l'objet d'une réponse par la Commission scolaire, dont deux parce qu'elle les a erronément jugées hors-délai, et une parce qu'elle l'estimait non pertinente.

Questionné à ce sujet, le gestionnaire de l'appel d'offres responsable de recevoir les demandes de précision répond qu'outre les questions tardives et celles jugées redondantes, toutes les demandes de précision soumises ont fait l'objet de réponses.

Au cours de la période de publication d'un appel d'offres public, tout soumissionnaire potentiel peut poser à l'organisme public concerné des questions visant notamment à parfaire sa compréhension des exigences prévues aux documents d'appel d'offres. D'une part, les réponses fournies permettent aux soumissionnaires de décider s'ils entendent ou non déposer une offre et, d'autre part, elles favorisent le dépôt de soumissions adaptées aux besoins décrits par l'organisme public, ce qui lui permet ensuite de faire la meilleure acquisition possible, au meilleur prix. Ainsi, lorsqu'il traite une demande de précision, l'organisme public doit répondre aux questions qui lui sont adressées, sous réserve des questions frivoles et de celles n'ayant pas été acheminées en temps utile. D'ailleurs, dans ce dernier cas, l'organisme public doit être sensibilisé au fait qu'une question tardive peut tout de même s'avérer légitime³.

À la condition qu'il l'ait préalablement indiqué dans ses documents d'appel d'offres, l'organisme public peut se réserver la possibilité de ne pas considérer une demande de précision formulée moins de trois jours ouvrables avant le moment du dépôt des soumissions⁴.

³ Sous-secrétariat aux marchés publics, Info-conseil : Questions des entreprises durant la période de publication des appels d'offres.

⁴ Art. 9, *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r.2

En l'espèce, la Commission scolaire ne s'est pas prévalu de la possibilité de se réserver une telle discrétion. Ses documents d'appel d'offres indiquaient simplement que toute question ou toute demande de clarification devait lui être transmise par écrit avant la date limite fixée pour la réception des soumissions, soit le 22 mai 2020. Dans les faits, des questions ont toutefois été soumises au personnel de la Commission scolaire avant cette date et n'ont pas fait l'objet de réponses. À titre d'exemple, une des questions reçues et à laquelle la Commission scolaire n'a pas répondu visait à clarifier laquelle de deux exigences techniques jugées contradictoires devait prévaloir. Dans le cas présent, une telle clarification était requise. Les explications fournies à ce sujet par la Commission scolaire indiquent que cette décision était motivée par le désir d'éviter le report de la date limite de réception des soumissions. Or, une telle approche a pour effet de limiter la période de questions et n'est pas conforme aux principes de transparence, d'équité et d'accessibilité auxquels la Commission scolaire est assujettie.

Il s'avère également qu'à au moins une reprise, le personnel de la Commission scolaire a pris connaissance d'une demande de précision cinq jours après sa réception. Dans ce cas précis, il ne restait alors que deux jours avant la date limite de réception des soumissions. Afin d'assurer la transmission aux soumissionnaires de réponses adéquates en temps utile, un organisme public doit porter attention à la réception des demandes de précision, de sorte qu'il puisse en commencer le traitement dans les meilleurs délais.

Dans le cadre de ce processus d'acquisition, la Commission scolaire a reçu plusieurs questions qu'elle estimait redondantes. Au moment de juger du caractère redondant d'une question, un organisme public doit notamment vérifier que la réponse offerte antérieurement répond pleinement à la question. Par ailleurs, lorsqu'une question se révèle redondante, il est préférable de référer le demandeur à la réponse préalablement fournie plutôt que de le laisser dans l'incertitude.

4. Considérations additionnelles

Communication en amont de la publication de l'appel d'offres

Dans le cadre de sa vérification, l'AMP a pu constater des rencontres et des échanges fréquents entre le manufacturier Cisco et la Commission scolaire en amont du lancement de l'appel d'offres en cause, certains de ces échanges ayant d'ailleurs pris place très peu de temps avant la publication des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, l'AMP note que Cisco est le seul manufacturier avec lequel la Commission scolaire a eu de tels échanges.

Il est opportun de rappeler que, dans le cadre des travaux d'évaluation de ses besoins et d'élaboration de ses documents d'appel d'offres, un organisme public doit préserver l'équité entre les soumissionnaires et ne doit pas partager de renseignements qui, une fois l'appel d'offres publié, pourraient nuire à une saine compétition. En effet, un avantage informationnel consenti à une entreprise pourrait avoir pour effet de rompre l'équité entre les soumissionnaires et de rendre nul le processus d'adjudication.

De plus, ces travaux préalables doivent être menés de manière transparente et être documentés, de façon à ce que l'organisme public puisse en démontrer l'objectivité et s'assurer qu'aucun avantage indu n'a été consenti dans le cadre de son approche.

Par ailleurs, l'AMP rappelle qu'un organisme public qui a besoin d'aide dans l'élaboration de ses documents d'appel d'offres ou qui estime préférable de faire réaliser ceux-ci par un tiers indépendant et désintéressé peut conclure un contrat de service à cette fin. Le cas échéant, l'entité ayant participé à l'élaboration des documents d'appel d'offres ne pourra prendre part à l'appel d'offres.

Traitement diligent des demandes de précision

La vérification de l'AMP a révélé qu'au cours de la période de publication, la Commission scolaire a reçu plusieurs questions de la part d'entreprises distinctes concernant une spécification technique relative à la capacité de la mémoire des commutateurs, indiquant essentiellement que celle-ci constituait un obstacle.

Voici, à titre d'exemple, une de ces questions :

Question : Au point 1.3 et 1.4 Pour les commutateurs de couche 2 et de couche 3. Vous demandez « une capacité de mémoire d'au moins de 8 Go et de 16 Go » pour les commutateurs de couche 3 et d'au moins de 4 Go pour les commutateurs de couche 2. Si nous vous proposons une autre solution avec des capacités de mémoire inférieure, mais qui garantit la performance [serait-ce] acceptable? Si non, pouvez-vous nous préciser pourquoi?

Réponse : Nous maintenons nos prérequis à cet égard afin de s'aligner [*sic*] avec notre vision d'infrastructure répondant à nos besoins actuels et futurs.

Dans le cadre de sa vérification, l'AMP a questionné de la Commission scolaire sur les raisons pour lesquelles une telle exigence était inscrite au devis, ainsi que celles motivant son refus de considérer la solution alternative proposée dans la question reproduite ci-dessus. Les explications obtenues à ce sujet indiquent que cette décision reposait principalement sur le fait que les ressources techniques de la Commission scolaire étaient déjà familiarisées avec le réseau Cisco en place et que les nouveaux commutateurs devaient venir s'ajouter à celui-ci. Il ressort également du témoignage du gestionnaire de l'appel d'offres qu'il ne donnerait probablement plus la même réponse à cette question maintenant et qu'il serait davantage enclin à assouplir les exigences relatives notamment à la capacité de mémoire des commutateurs.

Il est reconnu qu'un organisme public jouit d'une grande discrétion lorsqu'il détermine les spécifications techniques et les exigences qu'il entend inclure dans ses documents d'appel d'offres. Toutefois, l'introduction de toute spécification technique ou de toute exigence doit se justifier par rapport à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution, autrement elle pourrait mener à une discrimination injustifiée entre les soumissionnaires. En l'espèce, les explications obtenues de la Commission scolaire ne permettent pas d'établir que certaines exigences, notamment celle relative à la capacité de la mémoire des commutateurs, étaient bel et bien justifiées par ses besoins.

En outre, la période de publication, au cours de laquelle des questions peuvent être transmises à l'organisme public, permet notamment à ce dernier d'être informé des lacunes ou des enjeux des documents d'appel d'offres identifiés par les soumissionnaires. Lorsque la présentation de produits équivalents est permise – comme dans le cas présent – il est normal que l'organisme public reçoive des demandes de précision à ce sujet. En l'espèce, la réponse reproduite ci-dessus a pour effet de maintenir une exigence estimée restrictive. Pourtant, lorsque questionnée à ce sujet, la Commission scolaire n'est pas en mesure d'en justifier le maintien. Lorsqu'il permet la présentation de produits équivalents, l'organisme public ne doit pas, par le biais de réponses non fondées, limiter inutilement le recours à ce mécanisme, dont l'objectif premier est l'ouverture à la concurrence. En agissant de la sorte, la Commission scolaire pourrait vraisemblablement se priver de plusieurs offres de soumissionnaires potentiels.

5. Conclusion

VU le droit des concurrents de se prévaloir du mécanisme de plainte prévu au chapitre V.0.1.1 de la LCOP;

VU l'obligation de renseignements des organismes publics dans le cadre des processus d'octroi des contrats publics;

VU le droit des concurrents de se prévaloir du mécanisme de demandes de précision et les conséquences, pour les soumissionnaires, des réponses apportées par la Commission scolaire sur la préparation des soumissions;

VU les manquements constatés;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*⁵, l'AMP

RECOMMANDE au conseil des commissaires de la Commission scolaire d'Eastern Townships d'améliorer ses procédures, de les rendre plus efficaces et efficientes afin de s'assurer que les demandes de précision sont colligées et traitées avec diligence;

RECOMMANDE au conseil des commissaires de la Commission scolaire d'Eastern Townships d'assurer la formation des employés impliqués dans la préparation des processus d'adjudication ou d'attribution afin qu'ils disposent des connaissances et des outils nécessaires à l'accomplissement de leur travail, notamment en ce qui concerne le nouveau mécanisme de traitement des plaintes;

⁵ RLRQ, c. A-33.2.1

REQUIERT du conseil des commissaires de la Commission scolaire d'Eastern Townships, ou d'une personne qui en relève directement, de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 60 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 27 mai 2021

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ