

**Décision ordonnant au Centre universitaire de santé McGill
de ne pas donner suite à son intention de conclure le contrat
de gré à gré identifié sous le numéro de référence 1487229
(art. 29 (2) de la *Loi sur l’Autorité des marchés publics*)**

No de l’ordonnance : 2021-04

Loi habilitante : *Loi sur l’Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. c. A-33.2.1, a. 29, 38, et 50

1. Aperçu

Le 11 mai 2021, le Centre universitaire de santé McGill (le « CUSM ») publiait un avis d’intention identifié au système électronique d’appel d’offres du gouvernement (« SEO ») sous le numéro de référence 1487229. Cet avis d’intention a pour objet de permettre au CUSM d’octroyer un contrat d’approvisionnement de gré à gré à l’entreprise qu’elle a retenue pour la consolidation et la mise à niveau de son parc d’équipements de systèmes vidéo endoscopiques accompagné d’une portion de services pour l’entretien des endoscopes (le « contrat »).

L’avis d’intention de 10 pages décrit brièvement l’objet du contrat, une liste sommaire concernant la norme de désinfection du CUSM, les documents requis aux fins d’évaluation de la proposition, ainsi que trois annexes :

- L’annexe 1 fait état de la liste des équipements qui sont conservés;
- L’annexe 2, aussi appelée « Devis technique », est constituée d’un tableau des équipements à acquérir comprenant les spécifications requises pour chacun d’eux;
- L’annexe 3 énumère les critères de conformité essentiels pour le service d’entretien.

L’avis d’intention précise que le CUSM se prévaut du régime d’exception du contrat conclu de gré à gré pour des raisons de consolidation et de compatibilité. Il est également précisé ceci à l’avis d’intention en cas de non-compatibilité : « [...] les compagnies intéressées à soumissionner devront tenir compte des coûts d’impact de remplacement de nos équipements et s’engager à remplacer notre parc d’équipements par des équipements neufs et de qualité équivalente. »

Le 17 juin 2021, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu une plainte d'une entreprise (le « plaignant ») ayant manifesté son intérêt au CUSM et qui est en désaccord avec la décision de celui-ci de maintenir son intention de conclure un contrat de gré à gré. Essentiellement, il est allégué par le plaignant qu'il a la capacité de réaliser le contrat et qu'il serait dans l'intérêt public de lancer un appel d'offres public (« appel d'offres ») plutôt que de procéder en mode gré à gré.

Après examen, il appert que la plainte est fondée; les faits consignés au dossier permettent à l'AMP de conclure que le plaignant a la capacité de réaliser le contrat et qu'il n'est pas justifié pour le CUSM de recourir au régime d'exception d'octroi d'un contrat de gré à gré.

2. Questions en litige

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

1. Est-ce que le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, sa capacité à réaliser le contrat visé par l'avis d'intention du CUSM et, ce faisant, la nécessité de recourir à un appel d'offres public afin qu'il puisse y participer?
2. Est-ce que le CUSM est en mesure de démontrer qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public pour le contrat qu'il veut octroyer de gré à gré?

3. Analyse

Le CUSM étant un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹, il est un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (la « LCOP »)². Lorsqu'il conclut un contrat public, le CUSM est tenu de respecter les dispositions de la LCOP, les règlements et les accords pris pour son application, ainsi que les directives qui en découlent.

3.1 Est-ce que le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, sa capacité à réaliser le contrat visé par l'avis d'intention du CUSM et, ce faisant, la nécessité de recourir à un appel d'offres public afin qu'il puisse y participer?

Bien que le plaignant ne réponde pas à l'ensemble des exigences formulées par le CUSM dans son avis d'intention, l'AMP estime que celui-ci a établi sa capacité à réaliser le contrat envisagé et adhère aux arguments formulés dans la manifestation d'intérêt soumise par ce dernier.

Le gré à gré est un mode d'attribution de contrat permettant à un organisme public d'attribuer un contrat à une entreprise visée sans procéder par la publication d'un appel d'offres. Ce mode d'attribution de contrat constitue une dérogation à la règle générale de

¹ RLRQ, c. S-4.2

² RLRQ, c. C-65.1

l'appel d'offres prévue par l'article 10 de la LCOP et n'est autorisé que dans des situations exceptionnelles prévues à l'article 13 de cette loi.

En vertu de l'article 13.1 de la LCOP, un organisme public doit publier un avis d'intention faisant état notamment du nom de l'entreprise avec qui il envisage de conclure un contrat de gré à gré. Par la suite, toute entreprise intéressée peut déposer une manifestation d'intérêt à réaliser ce contrat auprès de l'organisme public dans le but de lui démontrer sa capacité à le réaliser et, ce faisant, d'établir que l'appel d'offres servirait davantage l'intérêt public. Dans le cas où l'organisme public maintient sa décision de conclure un contrat de gré à gré, une plainte peut être déposée à l'AMP, selon l'article 13.2 de la LCOP.

L'AMP doit établir si le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, sa capacité de réaliser le contrat visé par l'avis d'intention du CUSM, selon les besoins et les obligations qui y sont exprimés³.

En l'espèce, le CUSM rejette la manifestation d'intérêt du plaignant pour plusieurs raisons, lesquelles se résument aux éléments suivants :

- Le CUSM désire assurer la compatibilité des équipements déjà en place au sein de ses trois établissements;
- Le CUSM veut consolider ses acquis par l'achat de divers endoscopes, dont un modèle dit « pédiatrique », qui est de taille plus petite que les endoscopes de format régulier et qui possède un système de guidage.

Dans la réponse qu'il a envoyée au plaignant à la suite du dépôt de sa manifestation d'intérêt, le CUSM indique ceci : « [...] la proposition est certes un élément intéressant, mais le fait que nous n'avons ni l'autorisation du MSSS⁴ ni les fonds à court et moyen terme [*sic*], rend votre proposition malheureusement non valable. » Il mentionne « [qu]'il semblerait que le système de guidage sur les colonos pédiatrique[s] sont trop important [*sic*] pour être négligés. Cela représente sept (7) endoscopes sur 56 ou 13 % (ce qui est non négligeable...) ». Le CUSM affirme, de plus, ce qui suit : « Quant à notre parc d'équipement qui sera remplacé, nous avons raison de croire que celui-ci, nous sera utile à court et à moyen terme [*sic*]. C'est pour cela, que nous ne pouvons pas nous départir de l'ensemble de notre parc d'équipements. »

Pour sa part, le plaignant soutient qu'il est dans l'intérêt public que le CUSM procède par appel d'offres. Il mentionne, dans sa manifestation d'intérêt, avoir des produits endoscopiques concurrentiels, et désire avoir la possibilité de procéder à une présentation officielle de ses appareils au personnel médical. En ce qui concerne l'endoscope pédiatrique avec système de guidage, le plaignant affirme qu'aucune entreprise n'a la capacité de proposer des produits ayant un diamètre identique à celui mentionné dans

³ L'AMP a récemment eu l'occasion de se prononcer plus en détail sur le mécanisme de l'avis d'intention, tel qu'il est prévu à l'article 13.1 de la LCOP, et d'y énoncer les principes applicables dans la décision publiée le 16 juin 2021 ([Ordonnance 2021-03](#)). Il n'est donc pas opportun de les reproduire à nouveau puisque ceux-ci trouvent application dans le cas présent.

⁴ Ministère de la Santé et des Services sociaux

l'avis d'intention puisqu'il s'agit d'un produit exclusif de l'entreprise pressentie et qui est actuellement implanté au sein des trois établissements desservis par le CUSM. Finalement, le plaignant affirme être intéressé à se prévaloir d'un processus de rachat du matériel en place dans le cadre d'un appel d'offres en cas de non-compatibilité des équipements du CUSM avec ceux qu'il désire proposer.

Plusieurs sujets d'intérêt ont été abordés dans cet avis d'intention et l'AMP croit opportun de les examiner.

L'avis d'intention publié par le CUSM aborde deux sujets principaux, soit la compatibilité et la consolidation. L'AMP considère que ces sujets, bien que différents, sont interreliés et peuvent constituer des obstacles à une réelle mise en concurrence entre soumissionnaires potentiels.

Le CUSM prévoit, dans son avis d'intention, deux scénarios distincts quant à la compatibilité, soit le cas où une manifestation d'intérêt propose des produits équivalents et celui où l'entreprise se montre intéressée à procéder à un rachat des équipements en cas de non-compatibilité :

« Toute personne ou tout organisme qui peut fournir des produits équivalents à ceux d'Olympus devront s'assurer de la compatibilité de leurs équipements avec nos processeurs, nos sources lumineuses, nos ordinateurs de traitement des images et information populationnelle ainsi que nos endoscopes. En cas de non-compatibilité, les compagnies intéressées à soumissionner devront tenir compte des coûts d'impact de remplacement de nos équipements et s'engager à remplacer notre parc d'équipements par des équipements neuf[s] et de qualité équivalente. La validation de la conformité sera effectuée par l'utilisateur lors d'un essai clinique. »

Quant à l'aspect de l'équivalence des produits proposés par le plaignant à ceux de l'adjudicataire pressenti, la manifestation d'intérêt du plaignant a été écartée au motif que celui-ci n'est pas en mesure de fournir sept endoscopes pédiatriques. Les endoscopes pédiatriques, selon l'annexe 2 de l'avis d'intention, doivent être dotés d'un diamètre de 12 millimètres et moins. Or, le modèle régulier proposé par le plaignant, doté d'un système de guidage, fait 12,8 millimètres. Le CUSM a rejeté la manifestation d'intérêt du plaignant sur ce motif, bien qu'il soit qualifié et en mesure de fournir des produits équivalents pour l'ensemble des autres endoscopes à acquérir. Pour réaliser son analyse, le CUSM s'est notamment fondé sur le fichier Excel soumis par le plaignant lors de sa manifestation d'intérêt afin de prouver sa capacité à répondre aux besoins exprimés dans l'avis d'intention, et a déclaré le plaignant inapte à réaliser le contrat.

Le plaignant a tenté de faire valoir sa proposition au CUSM, invoquant la qualité de ses produits et l'argument suivant : « [...] un compromis pourrait être cliniquement acceptable en vous offrant les nouveaux endoscopes Fuji avec navigation qui sont 1 mm de diamètre de plus [que le manufacturier pressenti, dont le produit fait 11.8 mm], mais qui offrent un canal de travail de 0.6 mm plus grand. »

À ce sujet, les explications cliniques reçues du CUSM lors de la vérification de l'AMP ne permettent pas d'établir pourquoi l'exigence d'un diamètre de 12 millimètres et moins est requise, et ne démontrent pas qu'une différence de 0,8 millimètres entre le produit demandé et celui proposé par le plaignant rend sa proposition inacceptable. Elles tendent plutôt à démontrer que le CUSM désire acquérir un endoscope de plus petite taille que les endoscopes de format régulier et doté d'un système de guidage. Il doit être mentionné que l'endoscope proposé par le plaignant a un diamètre plus petit que l'endoscope de taille régulière actuellement utilisée par le CUSM et qu'il est doté d'un système de guidage. Au surplus, l'AMP note que, dans le cadre de ce processus, le plaignant n'a pas eu l'occasion de présenter ses produits au personnel médical afin qu'il procède à un essai clinique.

Questionné par l'AMP quant à la possibilité que les équipements du plaignant puissent être interopérables, voire compatibles, avec le matériel existant, le CUSM mentionne : « Tous les équipements que Vantage propose (100 %) seront incompatibles avec nos équipements [...]. » Ce constat est également partagé par le plaignant, celui-ci proposant, dans sa manifestation d'intérêt, de procéder au rachat de l'ensemble des équipements du CUSM.

Bien que la possibilité de procéder au rachat des équipements non compatibles ait été prévue par le CUSM lui-même dans l'avis d'intention publié, les observations reçues indiquent qu'il n'envisage pas réellement cette solution. En effet, le CUSM mentionne que le coût d'impact serait trop élevé pour tout manufacturier autre que l'actuel et que de procéder par un contrat de gré à gré est inévitable.

Au surplus, le CUSM invoque son désir d'effectuer la consolidation de son parc d'équipements puisque 24 des endoscopes qu'il possède n'ont pas atteint leur fin de vie utile : « [...] nous ne voulons pas nous départir de notre ancien parc d'équipement, le coût d'impact associé au remplacement d'équipements par une autre compagnie qu'Olympus nous semble injustifié, et la stratégie de l'avis d'intention nous semble donc inévitable. »

L'AMP est d'avis qu'il n'est pas du ressort du CUSM de présumer que le coût de rachat des équipements serait trop élevé pour les entreprises autres que celle pressentie. Le plaignant ne dispose pas des informations nécessaires selon le contenu actuel de l'avis d'intention afin d'évaluer adéquatement la valeur du rachat de l'ensemble des équipements et de déposer une offre complète au CUSM. La consolidation et la compatibilité sont des arguments qui peuvent être légitimes; toutefois, le processus d'appel d'offres vise essentiellement à laisser libre cours aux offres concurrentielles du marché, dont la manifestation d'intérêt en est la preuve dans le cas présent. Un appel d'offres permettrait au marché d'obtenir un portrait réel des coûts engendrés par un rachat d'équipements et de déposer une soumission, le cas échéant.

Finalement, questionné par l'AMP quant à la possibilité d'une contrainte particulière du ministère de la Santé et des Services sociaux quant au rachat des équipements, le CUSM répond ceci : « [...] En général, nous décidons de garder nos équipements. Par la suite, on nous demande de proposer aux autres hôpitaux nos anciens équipements. » L'AMP en

conclut donc qu'il est possible pour le CUSM de solliciter la concurrence et d'y inclure cette option dans le cadre d'un appel d'offres, et qu'il ne fait pas preuve d'une réelle ouverture à entamer ce processus alors qu'il a lui-même prévu cette possibilité à l'avis d'intention publié.

Compte tenu des faits et des principes qui précèdent, l'AMP conclut que le plaignant a démontré sa capacité à réaliser le contrat et, par conséquent, qu'il n'est pas justifié pour le CUSM de recourir au régime d'exception d'octroi d'un contrat de gré à gré.

3.2 Est-ce que le CUSM a réussi à démontrer qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public pour le contrat qu'il veut octroyer de gré à gré?

À la lecture de l'avis d'intention du CUSM, de la manifestation d'intérêt du plaignant et des observations recueillies, l'AMP conclut que le CUSM n'a pas réussi à démontrer qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public et qu'il lui était nécessaire de recourir à l'exception que constitue l'octroi de contrat de gré à gré.

Le CUSM justifie l'octroi du contrat de gré à gré en fonction de la règle d'exception établie par l'article 13 (4) de la LCOP, selon laquelle il est permis de déroger au principe de l'appel d'offres public lorsqu'« un organisme public estime qu'il lui sera possible de démontrer, compte tenu de l'objet du contrat et dans le respect des principes énoncés à l'article 2 de la LCOP, qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public ».

Pour déterminer si le CUSM était en droit de recourir à l'exception prévue à l'article 13 (4) de la LCOP, celui-ci doit démontrer que cette décision est justifiée par l'objet du contrat et qu'elle respecte les principes établis par l'article 2 de cette même loi. Les principes établis à l'article 2 de la LCOP ont notamment pour objet de promouvoir « le traitement intègre et équitable des concurrents » et « la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ». L'article 13.1 de la LCOP détaille le contenu qui doit apparaître minimalement à l'avis d'intention.

Les vérifications de l'AMP ont révélé que le CUSM adhère à la thèse du fournisseur unique puisqu'il est d'avis que l'entreprise pressentie est la seule à pouvoir offrir un endoscope pédiatrique avec un système de guidage, bien que cette mention n'apparaisse pas à l'avis d'intention. Or, les explications du plaignant font valoir qu'il est en mesure de fournir un endoscope doté d'un système de guidage, d'un diamètre plus petit que celui de taille régulière actuellement utilisé.

Lorsqu'un organisme public estime qu'il est dans une situation de fournisseur unique, il est requis qu'il procède à une recherche sérieuse et documentée, laquelle viendra confirmer l'unicité de ce fournisseur.

Quant à la recherche sérieuse et documentée⁵ à l'appui de l'unicité du fournisseur, elle doit, entre autres, comprendre des démarches objectives quant à l'appréciation des produits équivalents disponibles sur le marché, ainsi que l'étendue des réflexions et des gestes positifs qu'a fait l'organisme public afin de s'assurer de ne pas éviter la concurrence entre fournisseurs ou de créer une situation discriminatoire. De même, les raisons sur lesquelles s'appuie l'organisme public pour rejeter certains produits qui pourraient être considérés comme équivalents doivent être colligées dans cette recherche. Les vérifications de l'AMP n'ont pas permis de constater qu'une démarche sérieuse et documentée a été réalisée. Qui plus est, les observations reçues du CUSM sont à l'effet qu'une telle concurrence existe pour la majorité des équipements que le CUSM désire acquérir. Cette concurrence a par ailleurs été mentionnée par le Centre d'acquisitions gouvernementales dans une correspondance datée du 26 janvier 2021.

Dans son avis d'intention, le CUSM précise qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public pour des considérations de consolidation et de compatibilité, tel que mentionné dans la sous-section précédente. L'AMP considère que ces motifs sont susceptibles de créer une situation où la concurrence sera éliminée à moyen et à long termes. Des impératifs tels que l'âge des équipements, ainsi que les coûts d'entretien et de réparation varieront indéniablement, créant ainsi un renouvellement partiel du parc d'équipements sous la forme d'une succession de contrats de gré à gré qui se concluront avec la même entreprise, et ce, sans pouvoir profiter des bénéfices d'un appel à la concurrence. De même, l'AMP a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des enjeux de compatibilité; sa position est à l'effet que les organismes publics doivent tendre, au meilleur de leurs capacités, à s'affranchir des contraintes liées à l'absence d'interopérabilité lorsque cela est possible.

Par ailleurs, l'AMP juge que l'inclusion d'options de rachat des équipements à même l'avis d'intention n'est pas appropriée et ne respecte pas l'objectif que vise ce mécanisme en l'espèce. Permettre son application dans le cas présent n'est pas conforme avec les principes de l'article 2 de la LCOP. Si une telle option peut parfois se révéler raisonnable dans le cadre de la passation de contrats publics, encore faut-il que l'organisme public en permette un véritable exercice, ce qui n'a pas été démontré dans le cas présent.

Il est important de rappeler que le mécanisme de l'avis d'intention et celui de l'appel d'offres sont deux outils distincts du cadre normatif et que l'un ne peut se substituer à l'autre. Octroyer un contrat public après avoir fait un appel à la concurrence est une obligation qui s'impose à l'organisme public. Il est donc de son devoir de sonder le marché afin de répondre aux besoins qu'il a préalablement identifiés de façon objective, et il lui appartient de justifier tout contournement à cette règle d'ordre public. L'avis d'intention ne doit pas avoir pour effet de transférer ce fardeau aux entreprises qui manifestent leur intention.

⁵ *Savoir-faire Linux inc. c. Québec (Régie des rentes)*, EYB 2010-174986 (C. S.), *Alstom Canada inc. c. Société de Transport de Montréal*, EYB 2008-127808 (C. S.).

Au surplus, l'appréciation d'une manifestation d'intérêt ne peut avoir les mêmes fins que l'évaluation des soumissions dans le cadre d'un appel d'offres.

Finalement, il est prévu à l'article 13.1 (3) de la LCOP que la date de conclusion de contrat doit être inscrite à l'avis d'intention. Les vérifications de l'AMP ont révélé que cette date n'y apparaît pas et cette omission constitue un manquement au cadre normatif. De même, l'AMP constate que l'autorisation du dirigeant de l'organisme public n'a pas été obtenue préalablement à la publication de l'avis d'intention⁶.

Après vérification, l'AMP considère que le CUSM n'a pas réussi à démontrer que le recours au contrat de gré à gré servirait l'intérêt public, selon l'article 13 (4).

3.3 Autres considérations

L'article 21.0.3 de la LCOP impose aux organismes publics de se doter d'une procédure portant sur la réception et l'examen des plaintes.

La vérification de l'AMP a révélé que la procédure interne de traitement des plaintes dont s'est doté le CUSM, la *Procédure relative au traitement des plaintes en matière de gestion contractuelle*, n'a pas été respectée. Il s'avère que le responsable de l'application des règles contractuelles (RARC) n'a pas été informé de la plainte déposée au CUSM, alors que celui-ci doit être impliqué afin qu'il « coordonne son traitement en fonction des délais applicables et des responsabilités des intervenants ». Or, le RARC en a été informé que lorsque le plaignant a amorcé ses démarches auprès de l'AMP, ce qui contrevient à la procédure du CUSM.

4. Conclusion

VU le principe général de procéder par appel d'offres public pour l'octroi de contrats d'organismes publics, conformément à l'article 10 de la LCOP;

VU la nécessité de respecter les principes de transparence, de traitement intègre et équitable des concurrents et d'accès aux contrats publics, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU les cas d'exception établis par l'article 13 de la LCOP, en vertu desquels il est possible d'octroyer des contrats de gré à gré;

VU la publication de l'avis d'intention de conclure un contrat de gré à gré en vertu de l'article 13 (4) la LCOP;

VU l'article 13.1 de la LCOP, lequel établit le droit des fournisseurs intéressés par l'avis d'intention de déposer une manifestation d'intérêt à réaliser le contrat;

VU l'article 13.1 (4), lequel énonce l'obligation d'inscrire la date prévue de conclusion du contrat;

⁶ Directive concernant la reddition de comptes en gestion contractuelle des organismes publics, C.T. 221194 du 2 juillet 2019, art. 7

VU la manifestation d'intérêt du plaignant par rapport aux besoins et aux obligations du contrat décrit par l'avis d'intention;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 29 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP

ORDONNE au Centre universitaire de santé McGill de ne pas donner suite à son intention de conclure de gré à gré le contrat public identifié au SEAO sous le numéro de référence 1487229, et de recourir à l'appel d'offres public s'il entend conclure ce contrat.

Conformément à l'article 67 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, tout contrat public conclu par le Centre universitaire de santé McGill en contravention de la présente ordonnance pourrait être résilié de plein droit à compter de la réception, par celle-ci, d'une notification de l'AMP à cet effet.

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 19 août 2021

Nathaly Marcoux
Vice-présidente à la surveillance des marchés publics
ORIGINAL SIGNÉ