

Décision ordonnant au ministère de la Cybersécurité et du Numérique de modifier l'appel d'offres public identifié au SEAO sous le numéro 1508865

No de l'ordonnance : 2022-01.1

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1 art. 29, 37, 40 et 50

La décision ordonnant au ministère de la Cybersécurité et du Numérique de modifier l'appel d'offres public identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec sous le numéro 1508865 (n° de l'ordonnance : 2022-01) est réémise sous le numéro de décision 2022-01.1 aux seules fins de retirer deux références à des notes de bas de page qui constituent des erreurs cléricales.

La décision originale a été émise en date du 1^{er} avril 2022.

1. Aperçu

Le 9 juillet 2021, Infrastructures technologiques Québec¹ a lancé un appel d'offres public pour l'acquisition de services multipoints, soit des services IP/MPLS² et des services Internet spécialisés pour toutes les régions administratives du Québec, en vue de conclure des contrats à commandes. Cet appel d'offres public s'inscrit dans le projet du Réseau gouvernemental de télécommunication (« RGT »), lequel fait suite au Réseau intégré de télécommunication multimédia (« RITM »). Ce processus est désormais sous la responsabilité du ministère de la Cybersécurité et du Numérique (« MCN »)³.

¹ Pour des fins de compréhension, l'AMP réfère, dans le cadre de la présente décision, au ministère de la Cybersécurité et du Numérique, bien que l'appel d'offres ait été élaboré et publié par Infrastructures technologiques Québec.

² *Internet protocol/multi-protocol label switching*

³ Le 1^{er} janvier 2022, les responsabilités confiées à Infrastructures technologiques Québec par sa loi constitutive ont été transférées au ministère de la Cybersécurité et du Numérique par l'entrée en vigueur de la *Loi édictant la Loi sur le ministère de la Cybersécurité et du Numérique et modifiant d'autres dispositions*, L.Q. 2021, c. 33.

Cet appel d'offres public comporte quatre volets. Chaque volet vise à desservir un type de clientèle⁴, dont les établissements sont répartis sur le territoire du Québec. Le RGT a pour objet d'offrir une gamme de services en télécommunications, dont ceux des services multipoints, auxquels pourra adhérer la clientèle en fonction de ses besoins. C'est dans cette optique que le MCN a choisi de procéder par octroi de contrats à commandes, qui permettent à la clientèle davantage de flexibilité en ce qui a trait aux solutions technologiques offertes, ainsi qu'au moment et à la durée de son adhésion à celles-ci.

L'AMP a reçu une plainte au sujet de cet appel d'offres public. À la lumière de l'examen réalisé, l'AMP ne retient, pour les raisons qui suivent, que le motif de plainte se rapportant à l'analyse de la conformité des soumissions. Elle conclut que le MCN porte atteinte au cadre normatif, plus précisément au principe de transparence, dans le cadre de son processus contractuel.

2. Questions en litige

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

1. Une évaluation adéquate et rigoureuse des besoins a-t-elle été effectuée avant le lancement de l'appel d'offres public en lien avec les quantités énoncées au bordereau de prix?
2. L'insuffisance de la période de transition à l'entrée porte-t-elle atteinte aux principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents?
3. La nature des mesures prises afin de protéger les informations confidentielles des concurrents, considérant le rôle joué par l'intégrateur dans le cadre du présent contrat, est-il de nature à enfreindre le cadre normatif?
4. Les frais de construction exceptionnels prévus respectent-ils le cadre normatif?
5. Les incohérences en lien avec l'évaluation de la conformité des soumissions entre la position communiquée à l'égard de la desserte de l'ensemble des sites clients et les conditions de conformité prévues à l'annexe G portent-elles atteinte au cadre normatif?

⁴ En résumé, les volets A, B et C visent les services IP/MPLS. Le volet A comprend les services aux ministères et aux organismes, le volet B les services au réseau de la santé et des services sociaux, et le volet C les services aux ministères et aux organismes et au réseau de la santé et des services sociaux pour une seule région administrative (10). Le volet D comprend les services SIS aux ministères et aux organismes, et au réseau de la santé et des services sociaux.

3. Analyse

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

3.1 Une évaluation adéquate et rigoureuse des besoins a-t-elle été effectuée avant le lancement de l'appel d'offres public en lien avec les quantités énoncées au bordereau de prix?

Après analyse, l'AMP conclut que le MCN a évalué ses besoins de façon adéquate et rigoureuse.

Le plaignant a soumis à l'AMP que les écarts entre les quantités énoncées au bordereau de prix et à l'inventaire des sites clients actuellement desservis démontrent que le MCN a effectué une mauvaise évaluation de ses besoins. L'incertitude qui découle de ces écarts, ainsi que l'absence d'acquisitions fermes, ne lui permettent pas d'apprécier les risques liés au dépôt d'une soumission, ce qui nuit à sa capacité de présenter une soumission concurrentielle. Par ailleurs, l'absence d'informations quant aux emplacements à desservir lui cause des difficultés liées à l'évaluation des coûts.

Un organisme public qui réalise une évaluation adéquate et rigoureuse de ses besoins⁶ peut néanmoins conclure, au terme de cet exercice, que ceux-ci comportent une part d'incertitude au regard de certains aspects, notamment de leur récurrence, de la quantité de biens requis, du rythme ou de la fréquence de leur acquisition. Dans le cadre d'un contrat en matière de technologies de l'information, le recours à la modalité d'adjudication qu'est le contrat à commandes⁷ permet à un organisme de combler de tels besoins. Ainsi, l'incertitude des besoins dans de telles circonstances n'est pas nécessairement annonciatrice d'une évaluation lacunaire. Dans tous les cas, l'évaluation des besoins doit être examinée au regard des démarches réalisées, de la nature des besoins à combler et des choix stratégiques effectués par l'organisme public.

Dans le cadre de son processus, le MCN a opté pour la conclusion de contrats à commandes, notamment en raison de la nature incertaine de certains aspects de ses besoins. En effet, son choix d'offrir différents services à sa clientèle en constituant un catalogue nécessitait le recours à une modalité d'adjudication offrant davantage de flexibilité.

⁵ RLRQ, c. C-65.1

⁶ Art. 2 (4) de la LCOP

⁷ Les articles 41 et suivants du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* permettent à un organisme « de conclure un contrat à commandes en matière de technologie [sic] de l'information avec un ou plusieurs fournisseurs lorsque des besoins sont récurrents et que la quantité des biens, le rythme ou la fréquence de leur acquisition sont incertains ».

Par ailleurs, les observations communiquées par le MCN permettent à l'AMP de constater la rigueur de la méthodologie employée et des démarches réalisées aux fins d'établir les quantités prévues au bordereau. Cette évaluation tient compte de l'expérience antérieure du MCN dans le cadre du RITM, d'une projection des services réalisée pour les années 2023-2030, et de l'évolution prévisible des technologies et des services visés par le présent appel d'offres. L'AMP souligne que le MCN s'engage⁸ à consommer 60 % des quantités indiquées au bordereau de soumission pour les volets A, B et C de l'appel d'offres, alors qu'il s'engage à consommer 70 % de celles-ci pour le volet D. Finalement, les documents d'appel d'offres créent trois zones géographiques où les services pourront être dispensés, et le bordereau de prix permet aux soumissionnaires de distinguer leurs prix en fonction de ces zones.

Pour ces raisons, l'AMP ne retient pas ce motif de plainte.

3.2 L'insuffisance de la période de transition à l'entrée porte-t-elle atteinte aux principes de transparence et du traitement intègre et équitable des concurrents?

L'analyse réalisée par l'AMP lui permet de conclure que la période de transition à l'entrée ne porte pas atteinte aux principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents.

Selon le plaignant, la période de transition prévue au début de l'exécution du contrat est insuffisante. Le plaignant a également affirmé qu'avant le lancement du processus, notamment lors de la vitrine technologique inversée et de la publication d'un avis d'intention⁹, le MCN a indiqué aux entreprises intéressées que la durée de cette période serait supérieure à celle actuellement prévue aux documents d'appel d'offres. Au surplus, il a souligné l'absence d'information quant aux conséquences pour le fournisseur du non-respect de cette période de transition. Le plaignant est d'avis que le MCN a ainsi porté atteinte aux principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents.

D'entrée de jeu, l'AMP constate que la durée de la période de transition mentionnée à la vitrine technologique inversée du 2 octobre 2018 diffère de celle qui se trouve aux documents d'appel d'offres. Toutefois, l'AMP rappelle que le recours à la vitrine technologique inversée constitue une bonne pratique, laquelle permet aux organismes publics d'informer les entreprises de ce domaine des projets à venir. Les informations qui sont diffusées à cette occasion le sont à titre indicatif et ne sauraient lier les organismes publics pour l'avenir. Conséquemment, l'AMP conclut que le MCN n'a pas enfreint le principe de transparence à cet égard.

⁸ Addenda 6, publié le 4 mai 2021, p. 1.

⁹ Avis d'intention identifié au système électronique d'appel d'offres sous le numéro 1008387 pour la prolongation des services relatifs à l'exploitation du RITM.

Par ailleurs, l'avis d'intention¹⁰ auquel réfère le plaignant n'est pas lié au présent processus. Cet élément n'est donc pas pertinent aux fins de la présente analyse.

Dans le cadre du présent appel d'offres, le MCN prévoit une période de transition à l'entrée, aussi appelée période de migration et de mise en service, qui doit être complétée en date du 30 septembre 2023. Le MCN indique à l'AMP que, lors de la publication du présent appel d'offres, la durée de la période de transition a été révisée à la baisse. Pour ce faire, le MCN a considéré plusieurs facteurs, dont son expérience lors de la migration du RITM, de même que diverses considérations d'ordre technologique. Le MCN a souligné que la date de fin de la période de transition demeure celle du 30 septembre 2023.

L'AMP remarque que la durée de la période de transition sera inévitablement influencée par la date à laquelle le contrat sera conclu. Toutefois, elle est d'avis que cela ne porte atteinte au principe du traitement intègre et équitable des concurrents.

Dans les observations transmises, le MCN indique qu'il juge que la durée de la période de transition est raisonnable et qu'elle lui permettra de respecter les échéanciers qu'il a établis. Quant aux conséquences en cas de dépassement du délai prévu pour la migration, le MCN précise qu'aucune pénalité ne sera imposée, puisque qu'il considère qu'il est de sa responsabilité d'assurer le respect de ce délai. Finalement, le MCN soulève la possibilité de prolonger la période de migration, advenant le cas où cela se révèle nécessaire. Il affirme qu'il « prendra les décisions appropriées selon les motifs du retard et les responsabilités en cause ».

Considérant les éléments qui précèdent, l'AMP ne retient pas ce motif de plainte.

3.3 La nature des mesures prises afin de protéger les informations confidentielles des concurrents, considérant le rôle joué par l'intégrateur dans le cadre du présent contrat, est-il de nature à enfreindre le cadre normatif?

Après analyse, l'AMP conclut que les principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents n'ont pas été enfreints puisque le MCN a prévu des mesures adéquates afin de protéger les informations concurrentielles des soumissionnaires.

Dans le cas présent, le plaignant a déploré l'absence de directives ou de mesures pour prévenir les conflits d'intérêts et pour assurer la protection de l'information critique sur le plan de la concurrence, dont les renseignements stratégiques des fournisseurs potentiels en lien avec le rôle d'intégrateur joué par un concurrent dans le cadre de la mise en œuvre du RGT. Afin d'éviter que cette problématique porte atteinte aux principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents, il a

¹⁰ Avis d'intention identifié au système électronique d'appel d'offres sous le numéro 1008387 pour la prolongation des services relatifs à l'exploitation du RITM.

notamment suggéré la mise en place d'un mur éthique et de mesures additionnelles de protection pour assurer la confidentialité des informations.

Le projet RGT est composé de plusieurs contrats. L'un de ces contrats, le SIGO¹¹, vise l'obtention de services d'intégration et de gestion opérationnelle. Il s'agit d'un rôle clé dans la mise en place du RGT, qui a été défini et encadré dans le cadre du contrat SIGO lorsque celui-ci a été octroyé. C'est une entreprise de télécommunications (l'« intégrateur »), qui est également un soumissionnaire potentiel dans le cadre du présent processus, qui a obtenu ce contrat. D'autres contrats, comme c'est le cas pour ceux qui seront conclus au terme du présent processus, visent à constituer un catalogue de services accessibles pour la clientèle.

En matière de gestion de la confidentialité de l'information, le MCN a mentionné à l'AMP que le contexte multifournisseurs ne constitue pas une nouveauté pour lui. À cet égard, il a affirmé respecter les règles les plus strictes imposées par le cadre normatif gouvernemental et qu'une attention particulière serait accordée aux renseignements à caractère concurrentiel et hautement stratégiques en sa possession. Il a, par ailleurs, indiqué que le personnel intégrateur n'aurait pas accès à ces informations, et ce, tant dans le cadre de cet appel d'offres que dans les autres contrats du RGT.

En ce qui a trait au cadre normatif gouvernemental et à celui du MCN, diverses politiques et directives encadrent la sécurité de l'information et la gestion des ressources informationnelles.

Le MCN a indiqué à l'AMP qu'il assure également la protection de la concurrence, notamment par la mise en place des cadres de gestion et de sécurité qui s'appliquent à son personnel interne. Ces cadres de gestion sont adaptés en fonction des rôles et des tâches assumés par le personnel, ainsi que des politiques en vigueur. À titre d'exemple, le MCN a prévu la mise en place des mesures suivantes :

- Les accès aux équipements des fournisseurs par les ressources du MCN qui sont autorisées à le faire sont contrôlés et journalisés. Le personnel de l'intégrateur ne fait pas partie des ressources autorisées;
- Les plans des réseaux des fournisseurs ne sont analysés que par les responsables des services impliqués. Encore une fois, le personnel de l'intégrateur ne fait pas partie des responsables de ces services;
- Les informations reçues des fournisseurs sont conservées dans des répertoires sécurisés, lesquels sont uniquement accessibles aux ressources autorisées;

¹¹ Identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec sous le numéro 1390540.

- Les coûts des fournisseurs sont uniquement accessibles aux ressources du MCN dont les fonctions requièrent l'accès à ces informations. Ni la clientèle, ni le personnel de l'intégrateur, ni les autres fournisseurs des différents services du RGT ne peuvent y accéder.

Au surplus, le MCN sensibilise son personnel quant à l'importance de la protection des renseignements confidentiels par la signature annuelle de l'*Attestation de l'obligation de confidentialité et de déclaration de conflit d'intérêts*. Le personnel de l'intégrateur doit également signer l'*Engagement de confidentialité*, tel qu'il a été prévu dans le contrat SIGO.

En ce qui concerne la position avantageuse que l'intégrateur pourrait avoir quant au choix d'un service ou d'un fournisseur pour volet D¹², le MCN a confirmé qu'il supervise lui-même ces tâches et que l'intégrateur n'intervient pas dans l'attribution des commandes. De même, les offres de services préparées par l'intégrateur sous la supervision du personnel interne du MCN seront réalisées à partir d'informations qui auront été préalablement filtrées afin d'assurer la protection des informations confidentielles des fournisseurs. Dans un objectif d'ouverture des marchés, le MCN prévoit attribuer de façon équitable les commandes à l'un ou l'autre des fournisseurs faisant partie de ce volet.

Finalement, le cadre normatif interne du MCN restreint l'accès des ressources externes à tout document en lien avec un appel d'offres à venir.

Conséquemment, l'AMP ne donne pas droit à ce motif de plainte.

3.4 Les frais de construction exceptionnels prévus respectent-ils le cadre normatif?

L'AMP juge que les frais de construction exceptionnels respectent le cadre normatif applicable.

Selon le plaignant, les besoins du MCN à l'égard des frais de construction exceptionnels n'ont pas été évalués de façon rigoureuse. Au surplus, il a soumis que leurs modalités d'application ne sont pas conformes au cadre normatif applicable, en ce qu'elles ne respectent pas les principes énoncés aux articles 15 et 16 du *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de*

¹² Un contrat à commandes, suivant les articles 41 à 44 du *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, revêt des modalités particulières; il permet de prévoir aux documents d'appel d'offres, lorsque celui-ci est conclu avec plusieurs fournisseurs, que l'attribution des commandes soit effectuée à l'un des fournisseurs retenus dont le prix soumis à l'égard du bien à acquérir n'excède pas le prix le plus bas de plus de 10 %.

*l'information*¹³. Finalement, il a indiqué que celles-ci contreviennent à une ordonnance rendue antérieurement par l'AMP¹⁴.

D'abord, l'AMP conclut que le MCN n'a pas choisi de considérer le coût total d'acquisition aux fins de l'adjudication du présent contrat. Le cadre normatif¹⁵ permet aux organismes publics de considérer, aux fins de l'adjudication du contrat, certains éléments qui engendrent des coûts additionnels qu'il devra assumer. Ces éléments, qui sont en lien avec l'acquisition projetée, doivent apparaître aux documents d'appel d'offres, et être quantifiables et mesurables. Le coût total d'acquisition offre aux organismes publics un portrait global, lequel leur permet de retenir la solution la plus avantageuse sur le plan économique.

En l'espèce, les documents d'appel d'offres ne font pas référence à cette notion. Ensuite, les frais de construction prévus ne présentent pas les caractéristiques des éléments qui peuvent être utilisés aux fins du calcul du coût total d'acquisition. En effet, les soumissionnaires doivent soumettre un prix pour ces frais et, par conséquent, ceux-ci leur seront payés et ne servent pas uniquement aux fins de déterminer l'adjudicataire du contrat¹⁶.

Tel que mentionné précédemment, les frais de construction exceptionnels sont inclus aux bordereaux de prix pour chacun des volets du présent appel d'offres. Ainsi, le montant soumis, sur la base d'un nombre de kilomètres estimés par le MCN, sera additionné aux autres montants qui s'y trouvent afin d'établir le montant global de chaque soumission, en fonction duquel la plus basse soumission sera identifiée¹⁷. L'AMP juge que cette façon de faire permet une comparaison des soumissions sur une même base et l'identification de la soumission présentant le prix le plus bas.

À l'égard du nombre de kilomètres inclus aux bordereaux de prix pour chacun des volets, le MCN a affirmé s'être basé, afin de les établir, sur son expérience dans le cadre du RITM et sur sa connaissance des circuits actuellement déployés. Il estime que le nombre de kilomètres indiqué pour chaque volet est suffisant afin de desservir l'ensemble des sites clients. Les observations reçues du MCN à cet égard permettent à l'AMP de conclure qu'une évaluation adéquate et rigoureuse des besoins a été réalisée.

Bien que l'AMP se soit déjà prononcée à l'égard de frais de construction dans le cadre d'un contrat de même nature¹⁸, elle se trouve actuellement devant une situation

¹³ RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1

¹⁴ *Décision ordonnant au Centre de services partagés du Québec de modifier l'appel d'offres public 1333019, 2020-04, rendue le 5 juin 2020.*

¹⁵ Art. 15 du *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*

¹⁶ Art. 15 du *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*

¹⁷ Art. 16 du *Règlement sur certains contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*

¹⁸ *Décision ordonnant au Centre de services partagés du Québec de modifier l'appel d'offres public 1333019, 2020-04, rendue le 5 juin 2020.*

différente. D'une part, les documents d'appel d'offres prévoient clairement l'inclusion des frais de construction exceptionnels dans le bordereau de prix et, par le fait même, dans le montant final soumis. D'autre part, à l'égard du volet D, où plusieurs fournisseurs pourront être retenus, les modalités régissant les frais de construction exceptionnels ne permettent pas d'influencer l'ordre d'attribution des commandes établi en fonction des prix soumis.

Finalement, l'AMP constate que les addendas 6, 10 et 11 publiés par le MCN assouplissent les règles quant aux frais de construction admissibles, et ce, dans l'optique de favoriser la concurrence, de ne pas avantager le fournisseur actuel du RITM, et de partager les risques financiers.

Pour ces motifs, l'AMP ne retient pas ce motif de plainte.

3.5 Les incohérences en lien avec l'évaluation de la conformité des soumissions entre la position communiquée à l'égard de la desserte de l'ensemble des sites clients et les conditions de conformité prévues à l'annexe G portent-elles atteinte au cadre normatif?

Au terme de l'examen réalisé, l'AMP conclut que le MCN a fait une appréciation erronée de la capacité des soumissionnaires potentiels à répondre au présent appel d'offres, tel que libellé. Le manque de cohérence dont il a fait preuve dans la prise en compte de certaines limites inhérentes au marché visé dans le cadre de la détermination des conditions de conformité prévues aux documents d'appel d'offres porte atteinte au cadre normatif, plus précisément au principe de transparence énoncé à l'article 2 (1) de la LCOP.

Le plaignant a souligné que l'appel d'offres requiert des soumissionnaires qu'ils s'engagent à desservir l'ensemble des sites clients répartis sur tout le territoire québécois. Il a cependant indiqué qu'aucun des soumissionnaires potentiels n'a la capacité de le faire sans conclure des ententes de revente et de partage de services avec leurs concurrents. Puisque ces ententes seront vraisemblablement conclues après le dépôt des soumissions, le plaignant soutient que les soumissionnaires potentiels ne peuvent pas affirmer respecter, au moment du dépôt de leurs soumissions, certaines conditions déterminantes aux fins d'établir leur conformité.

Le cadre normatif prévoit que le principe de transparence énoncé à l'article 2 (1) de la LCOP doit guider les actions posées par les organismes publics; celui-ci est au cœur de la procédure d'appel d'offres public. Ce principe, lorsque dûment appliqué, permet de s'assurer que les autres principes fondateurs énoncés à cette disposition soient, eux aussi, respectés. Les organismes publics doivent faire preuve de transparence quant à leurs besoins et s'assurer que ceux-ci sont traduits de façon claire et cohérente dans leurs documents d'appel d'offres. Ils doivent, dans tout processus d'adjudication, considérer la capacité du marché à répondre aux conditions de l'appel d'offres. Ainsi, le respect du principe de transparence contribue à ce que les organismes publics qui sollicitent un appel à la concurrence en retirent tous les bénéfices.

Les entreprises spécialisées dans le domaine des télécommunications pouvant répondre aux volets du présent appel d'offres sont peu nombreuses. Celles-ci se font concurrence sur la majeure partie du territoire québécois mais disposent, dans certaines régions, d'infrastructures leur permettant de desservir celles-ci en exclusivité. Ainsi, dans le cadre de cet appel d'offres public, le soumissionnaire qui ne l'emporte pas pour un volet donné pourra devenir sous-contractant suivant la conclusion d'une entente de revente et de partage de services avec un fournisseur pour la location des infrastructures exclusives que celui-ci possède dans une région donnée.

En l'espèce, les documents d'appel d'offres prévoient qu'aux fins de l'adjudication des volets A, B et C, « le fournisseur a l'obligation de couvrir l'ensemble des sites clients pour chaque volet soumissionné »¹⁹. Afin de présenter une soumission conforme pour l'un de ces volets, les soumissionnaires doivent satisfaire aux conditions contenues à la *Grille d'exigences des services IP/MPLS (Volets A, B et C)* qui se trouve à l'annexe G, et ce, au moment du dépôt de leur soumission. Lorsque les documents d'appel d'offres le permettent, les soumissionnaires pourront nuancer la réponse indiquée à l'égard d'une condition donnée en précisant que celle-ci « sera satisfaite [*sic*] dans l'intervalle de temps indiqué [...] »²⁰. Le non-respect d'une seule des conditions de conformité prévues à la grille mène au rejet de la soumission.

Lorsque questionné au sujet de cette obligation de desservir l'ensemble des sites clients, le MCN a indiqué que les documents d'appel d'offres, incluant la grille de l'annexe G, n'exigent pas que cette condition soit remplie au moment du dépôt des soumissions et, donc, qu'elle ne sera pas évaluée aux fins d'en établir la conformité. Il a plutôt affirmé que le fournisseur s'engage, par le dépôt de sa soumission, à respecter toutes les conditions et les exigences prévues aux documents d'appel d'offres, dont celle de desservir l'ensemble des sites clients.

Par ailleurs, à l'égard de cette obligation de desservir l'ensemble des sites clients, le MCN a confirmé à l'AMP qu'aucun des soumissionnaires potentiels du présent appel d'offres n'a actuellement la capacité de desservir l'ensemble des sites clients. Ils ne pourront y parvenir qu'en concluant des ententes de revente et de partage de services avec des entreprises du même domaine, et celles-ci pourront être conclues avant ou après le dépôt de leurs soumissions. Le MCN a affirmé ne pas vouloir s'immiscer dans ce processus, qu'il juge confidentiel.

Or, pour plusieurs raisons, l'AMP est d'avis qu'il n'est pas souhaitable que ces ententes soient conclues avant la date limite pour le dépôt des soumissions.

Comme mentionné précédemment, les particularités du marché visé impliquent que les soumissionnaires potentiels soient également susceptibles de jouer le rôle de sous-traitant dans le cadre du présent appel d'offres et de son exécution. Le fait que le MCN encourage la négociation de telles ententes implique donc des discussions

¹⁹ AO-396300100, Devis/Document principal, clause 1.7. p. 87 de 415

²⁰ AO-396300100, Devis/Document principal, Annexe G, p. 293 de 415

entre les soumissionnaires potentiels en cours de publication. Une telle situation n'est pas souhaitable puisqu'elle est susceptible de créer un terrain fertile pour la conclusion d'ententes visant à déjouer la concurrence, ce que tout organisme public se doit de contrer.

Pour les soumissionnaires potentiels, de telles négociations imposeraient, du point de vue de la concurrence, la divulgation d'informations sensibles qu'aucune entreprise ne souhaite dévoiler à ses compétiteurs, surtout dans le contexte où ils se trouvent en l'espèce.

Par ailleurs, lorsque questionné sur la conclusion d'ententes de partage par les soumissionnaires potentiels, le MCN a indiqué qu'il « comprend que ces négociations pourront se faire de bonne foi après l'adjudication du contrat ». Ainsi le MCN, bien qu'il n'exclût pas la possibilité que les ententes soient conclues avant l'adjudication du contrat, semble lui-même croire que ces négociations auront plutôt lieu après.

Aussi, l'AMP note que ces ententes ne pourront vraisemblablement être conclues qu'après le dépôt des soumissions. De surcroît, elle se questionne quant à la capacité des soumissionnaires potentiels à établir un prix global sans connaître le coût lié aux ententes de sous-traitance qu'ils devront conclure.

Bien que l'annexe G ne contienne pas de conditions de conformité se rapportant directement à la capacité du fournisseur de desservir l'ensemble des sites clients, certaines d'entre elles requièrent des soumissionnaires qu'ils disposent de connaissances spécifiques à l'égard de l'architecture réseau ou de l'emplacement de certaines infrastructures, lesquelles ils ne pourront obtenir que par la conclusion préalable d'ententes pour pouvoir répondre affirmativement.

À titre d'exemple, en répondant « oui » à la condition 9²¹, les soumissionnaires attestent qu'à la date du dépôt de leur soumission, « l'architecture des services standards IP/MPLS est conforme à toutes les exigences stipulées aux articles et figures en référence ». Bien que le soumissionnaire qui n'a pas encore conclu d'entente de sous-traitance puisse faire cette affirmation à l'égard de l'architecture de son propre réseau, il n'est pas en mesure de la faire pour les parties de réseau qu'il ne peut desservir lui-même et pour lesquelles il devra conclure de telles ententes. À la lecture de la clause²² à laquelle cette condition réfère, il n'est pas fait mention de la possibilité pour les soumissionnaires de nuancer leurs réponses en indiquant que cette condition sera remplie à une date ultérieure à celle du dépôt des soumissions.

La présence d'une telle condition de conformité place les soumissionnaires potentiels dans une position difficile. Pour que leurs soumissions soient jugées conformes, ils doivent y répondre par l'affirmative. Or, s'ils le font sans avoir conclu d'entente, ils fournissent au MCN une information sans avoir les connaissances leur permettant de faire une telle affirmation. S'ils répondent « oui » en précisant le moment où ils seront

²¹ AO-396300100, Devis/Document principal, Annexe G, p.295 de 415

²² AO-396300100, Devis/Document principal, clause 4.1.2. p. 95 de 415

en mesure de faire cette affirmation, ils se trouvent à présenter une soumission conditionnelle²³ puisque les documents d'appel d'offres ne prévoient pas la possibilité que cette condition soit remplie ultérieurement au dépôt des soumissions, à titre d'exemple. Ainsi, leurs soumissions devront être rejetées²⁴. S'ils répondent « non », ils se trouvent à présenter des soumissions non conformes, qui seront également rejetées.

Pour le MCN, chacune de ces situations se révèle également problématique. Si un soumissionnaire répond simplement « oui », le MCN devra faire preuve de vigilance en sachant qu'aucun des soumissionnaires potentiels n'est en mesure de desservir l'ensemble des sites clients sans avoir préalablement conclu d'entente et que ces ententes seront conclues après le dépôt des soumissions. En effet, l'acceptation d'une soumission non conforme par le MCN portera atteinte au principe de traitement intègre et équitable des concurrents. Si un soumissionnaire répond favorablement en proposant « des explications permettant de démontrer l'équivalence des propositions », lesquelles prendront vraisemblablement la forme de conditions additionnelles, le MCN sera alors contraint de rejeter la soumission²⁵. Si un soumissionnaire répond « non », le MCN devra rejeter la soumission, les documents d'appel d'offres le prévoyant expressément²⁶.

L'AMP considère donc que les conditions de conformité prévues aux documents d'appel d'offres doivent permettre aux soumissionnaires n'ayant pas conclu d'ententes de revente et de partage avant la date limite pour le dépôt des soumissions, de déposer une soumission conforme. L'AMP est d'avis que le MCN a commis une erreur dans l'appréciation des limites inhérentes du marché; cet impair est à l'origine du manquement au cadre normatif et, plus précisément, au principe de transparence qu'elle constate en l'espèce.

3.6 Considérations additionnelles

La publication de l'addenda 11²⁷ introduit la clause 2.2.5.4 – laquelle prévoit que le MCN peut, en cas de défaut du fournisseur d'exécuter les services prévus au contrat – exiger que celui-ci s'adjoigne un tiers, que le MCN choisira, pour exécuter les travaux requis. Le plaignant a soulevé que cet ajout est contraire au cadre normatif. En cours d'examen, lorsque questionné au sujet de cette clause, le MCN a signifié à l'AMP son intention de la retirer de ses documents d'appel d'offres.

Par ailleurs, l'examen réalisé par l'AMP dans le cadre de la présente décision l'a amenée à se questionner sur la stratégie adoptée par le MCN afin de desservir sa clientèle sur l'ensemble du territoire du Québec.

²³ Soumission dans laquelle le soumissionnaire ajoute, retire ou modifie des conditions aux documents d'appel d'offres.

²⁴ AO-396300100, Devis/Document principal, clause 3.18.1, p. 21 de 415

²⁵ *Ibid.*

²⁶ AO-396300100, Devis/Document principal, Annexe G, p. 293 de 415

²⁷ Addenda 11, publié le 29 octobre 2021, p. 16.

Comme mentionné précédemment, aucun des soumissionnaires potentiels dans le cadre du présent appel d'offres ne possède un réseau qui permet une telle couverture. Ainsi, le MCN requiert des soumissionnaires qu'ils s'engagent à desservir l'ensemble du territoire et prévoit deux façons pour eux d'y parvenir lors de l'exécution du contrat : par le biais d'ententes de revente et de partage de services ou, à défaut d'entente, par le développement de leurs propres réseaux, à certaines conditions.

En effet, par la facturation au MCN de frais de construction exceptionnels, les fournisseurs pourront développer leurs réseaux en construisant de nouvelles infrastructures. Les documents d'appel d'offres comportent une liste d'exclusion où ces frais ne pourront être réclamés. De plus, afin d'obtenir l'autorisation de réaliser des travaux de construction lorsque le partage d'infrastructures est impossible, un fournisseur devra être en mesure de le justifier auprès du MCN.

À cet égard, le MCN a indiqué à l'AMP que « le gouvernement du Québec, dans le cadre du contrat RITM, a déjà investi plusieurs millions de dollars dans les infrastructures existantes ». Il souligne que, pour ces raisons, « le recours à des frais de construction se doit d'être encadré, notamment afin de favoriser le partage d'infrastructures de télécommunications entre les fournisseurs ». Bien que la possibilité pour les fournisseurs de réclamer des frais de construction exceptionnels soit encadrée dans le cadre du présent processus, et ce, afin de favoriser les ententes de partage des infrastructures, ces réclamations sont néanmoins permises lorsque de telles ententes ne peuvent être conclues.

L'AMP est d'avis qu'il apparaît risqué de s'en remettre à la capacité des fournisseurs de négocier de bonne foi de telles ententes afin de réaliser des économies. Dans l'optique d'une saine gestion des fonds publics, l'AMP est préoccupée par la possibilité que le MCN doive à nouveau payer pour le développement d'infrastructures coûteuses, tel qu'il l'a fait dans le cadre du contrat RITM.

L'AMP soumet, par ailleurs, que la stratégie préconisée par le MCN, bien qu'elle soit privilégiée afin de favoriser la conclusion d'ententes et d'optimiser les investissements dans les infrastructures faits par le passé, ne laisse pas aux soumissionnaires potentiels le libre choix des moyens qui leur permettront de combler les besoins exprimés dans les documents d'appel d'offres, notamment quant aux résultats recherchés. Or, l'AMP souligne que cette stratégie peut parfois se révéler moins avantageuse pour les organismes puisqu'elle n'offre pas de latitude aux entreprises quant au choix de leurs stratégies commerciales.

4. Conclusion

VU l'obligation du MCN de respecter le principe de transparence énoncé à l'article 2 (1) de la LCOP;

VU la connaissance qu'a le MCN des limites du marché visé en ce qui a trait à la possibilité des soumissionnaires potentiels de desservir seuls l'ensemble des sites clients;

VU l'obligation pour les soumissionnaires potentiels de conclure des ententes afin de desservir l'ensemble des sites clients;

VU les particularités du marché visé dans lequel le fournisseur conclurait possiblement ces ententes avec l'un de ses concurrents dans le cadre du présent appel d'offres;

VU l'acceptation du MCN que le fournisseur retenu conclut des ententes afin de desservir l'ensemble des sites clients après le dépôt des soumissions;

VU que cette limitation a été considérée par le MCN lors de la préparation de ses documents d'appel d'offres en n'exigeant pas que les soumissionnaires attestent être en mesure de desservir l'ensemble des sites clients au moment du dépôt de leur soumission;

VU que cette limitation n'a pas été considérée par le MCN lorsqu'il a établi certaines conditions de conformité que doivent remplir les soumissionnaires au moment du dépôt de leurs soumissions;

VU l'impossibilité pour les soumissionnaires d'attester remplir certaines conditions de conformité au moment du dépôt de leurs soumissions sans que de telles ententes aient été conclues;

VU le manquement au cadre normatif;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 29 (1) de la *Loi sur l'autorité des marchés publics*, l'AMP

ORDONNE au MCN de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les conditions contenues à l'annexe G des documents de l'appel d'offres identifié au système électronique d'appel d'offres sous le numéro de référence 1508865 afin qu'elles tiennent compte de l'impossibilité pour les soumissionnaires potentiels d'attester, au moment du dépôt de leurs soumissions, de certaines conditions de conformité s'ils n'ont pas conclu d'ententes leur permettant de desservir l'ensemble des sites clients, et ce, afin de respecter le principe de transparence;

PREND ACTE de la volonté du MCN de retirer la clause 2.2.5.4, qui avait été ajoutée lors de la publication de l'addenda 11.

Fait le 7 avril 2022

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ