

Décision ordonnant au Centre de services scolaire des Affluents de modifier l'appel d'offres public identifié au SEO sous le numéro 1650503 et recommandations formulées au conseil d'administration concernant ce processus

No de l'ordonnance : 2023-02

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. c. A-33.2, art. 29, 31, 35, 53, 55

1. Aperçu

Le 18 octobre 2022, le Centre de services scolaire des Affluents (le « CSSDA ») a publié un appel d'offres public pour la construction d'une école primaire à l'Assomption. Les documents d'appel d'offres prévoient plusieurs exigences, dont certaines concernent le revêtement de plancher athlétique prévu pour la nouvelle école. Dans la section concernée du devis d'architecture (le « Devis »), le CSSDA a indiqué un produit de revêtement à titre de référence, en mentionnant que des demandes pouvaient lui être adressées afin de proposer un produit équivalent. Ces demandes ont été analysées par la firme d'architecture ayant élaboré le devis (la « Firme »).

Le 18 janvier 2023, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») est intervenue dans le processus précité, car le CSSDA n'apparaissait pas agir en conformité avec le cadre normatif applicable. Les vérifications réalisées par l'AMP ont porté sur le traitement des demandes d'équivalence pour les revêtements athlétiques et, plus précisément, sur le traitement de l'une d'entre elles (celle du « Revêtement »).

Le CSSDA a indiqué à l'AMP que la demande d'équivalence du Revêtement, initialement acceptée, a été révisée après que d'autres fournisseurs aient exprimé des doutes quant à l'équivalence du Revêtement et que, ce faisant, un nouvel examen de la demande devait être complété par l'architecte responsable de la Firme afin de satisfaire à ses obligations professionnelles. Selon le CSSDA, l'architecte a alors repris l'examen de la demande d'équivalence, ce qui a conduit à son rejet.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que le CSSDA a contrevenu au principe de transparence auquel il est assujéti dans le cadre du traitement de la demande d'équivalence du Revêtement en ne publiant pas en temps opportun les exigences permettant de combler son besoin.

2. Question en litige

La question sur laquelle l'AMP doit se prononcer est la suivante :

1. Le CSSDA a-t-il respecté le principe de transparence auquel il est assujéti ?

3. Analyse

Le CSSDA 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'il procède à la publication d'un appel d'offres public dans le but de conclure un contrat public, le CSSDA est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent. Le cadre normatif auquel le CSSDA est assujéti comprend également les lignes internes de conduite dont il se dote pour encadrer la gestion de ses processus contractuels². Dans le cadre du présent dossier, le CSSDA doit par ailleurs respecter les dispositions des documents d'appel d'offres qu'il a lui-même édictées.

3.1. Le CSSDA a-t-il respecté le principe de transparence auquel il est assujéti ?

Le CSSDA n'a pas respecté le principe de transparence prévu à l'article 2 (1°) de la LCOP dans le cadre du traitement de la demande d'équivalence du Revêtement. Il a également contrevenu à ce principe en ne modifiant pas ses documents d'appel d'offres par addenda lorsque requis. En effet, la preuve recueillie démontre que le rejet de l'équivalence repose sur des exigences et des motifs qui n'apparaissent pas aux documents d'appel d'offres en temps opportun.

Comme l'AMP l'a déjà souligné par le passé, le principe de transparence des processus contractuels fait partie des pierres d'assise du régime de passation des contrats publics. Le respect de ce principe permet notamment de maintenir la confiance du public, mais aussi celle des différents acteurs du marché impliqués lorsqu'ils sont sollicités pour la réalisation d'un contrat public. Le principe de transparence permet également de diminuer les risques de partialité ou d'apparence de partialité, puisque les acteurs sont alors informés des balises sur lesquelles se fondent les organismes afin d'octroyer leurs contrats.

Bien que la LCOP et ses règlements ne prévoient pas de dispositions régissant spécifiquement les processus d'approbation des équivalences, ces processus, lorsque prévus dans les documents d'appel d'offres, doivent respecter les principes fondateurs de l'article 2 de la LCOP. Ainsi, dans la mesure où un organisme public s'engage à évaluer des demandes d'équivalence, il doit le faire dans le respect du principe de transparence. Pour ce faire, une analyse objective

¹ RLRQ, c. C -65.1.

² *Lignes de conduite du Centre de services scolaire des Affluents concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services, de travaux de construction et en matière de technologies de l'information*, prises conformément à l'article 24 de la *Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*, C.T. 224993 du 21 septembre 2021.

des équivalences doit être effectuée en cohérence avec l'ensemble des informations contenues dans les documents d'appel d'offres au moment de leur évaluation. Par ailleurs, rappelons que bien qu'ils puissent mandater des firmes professionnelles pour les assister dans le cadre de leurs processus contractuels, notamment pour l'analyse des demandes d'équivalence, les organismes publics demeurent imputables du respect du cadre normatif auquel ils sont assujettis.

En l'espèce, un processus d'approbation des équivalences a été mis en place par le CSSDA et l'évaluation des demandes d'équivalence relatives au Devis a été confiée à la Firme. Les documents d'appel d'offres prévoient que les demandes d'équivalence, accompagnées de la documentation requise, doivent être acheminées au gestionnaire du dossier identifié à l'appel d'offres. Il est aussi spécifié que la preuve de l'équivalence repose sur celui qui la présente³. Par ailleurs, les documents d'appel d'offres prévoient que toute question ou demande de précision doit également être acheminée au gestionnaire du dossier identifié. Les lignes internes de conduite du CSSDA prévoient aussi des dispositions visant à encadrer les communications avec les acteurs du marché et l'information diffusée durant les processus d'appel d'offres⁴.

Les vérifications réalisées par l'AMP révèlent que :

- Le 1^{er} novembre 2022, un addenda a été publié dans lequel trois revêtements de plancher athlétique, dont le Revêtement, ont été acceptés à titre de produits équivalents.
- Après l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent, la Firme a reçu des appels de compétiteurs remettant en doute l'équivalence du Revêtement et la fiabilité de son fabricant. Suivant ces informations, la Firme a repris l'analyse de la demande d'équivalence du Revêtement.
- Le 10 novembre 2022, un addenda qui retirait l'équivalence du Revêtement a été publié. Il appert de la preuve recueillie que ce produit a été écarté à ce moment parce que la durée de la garantie du fabricant était de 15 ans, alors que celle demandée au Devis était de 25 ans.
- Quant aux autres produits équivalents, l'un d'entre eux a également été retiré par addenda le 7 novembre 2022, puisque, tel qu'il appert des vérifications réalisées, il n'était pas conforme au Devis quant à l'épaisseur de la couche d'usure demandée. Cet autre produit (l'« Autre produit ») est demeuré accepté

³ Clauses 2.1 de la section 09 64 50 du Devis d'architecture et 1.04.01 et 1.07.22 du Cahier des charges. Il est à noter que bien que cette dernière clause réfère aux soumissionnaires, la preuve révèle que les demandes d'équivalence de manufacturiers et de distributeurs ont été analysées par la Firme et que les demandes acceptées ont fait l'objet d'une modification par addenda. L'AMP note par ailleurs que, selon les réponses qu'il lui a fournies, le CSSDA ne fait pas systématiquement la distinction entre soumissionnaire, manufacturier et distributeur.

⁴ Clauses 3.3.5 et 3.3.6 des *Lignes de conduite du Centre de services scolaire des Affluents concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services, de travaux de construction et en matière de technologies de l'information*, prises conformément à l'article 24 de la *Directive concernant la gestion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics*.

à titre de produit équivalent, et ce, bien que la garantie du fabricant offerte ne soit que d'une durée de 15 ans. Dans les faits, seul le produit ayant été indiqué en référence au Devis dispose d'une garantie du fabricant d'une durée de 25 ans.

- Le CSSDA indique qu'«en acceptant [l'Autre produit] comme produit équivalent, l'acceptation de la garantie de 15 ans [lui] semblait une évidence ».
- Lorsque l'Autre produit a été accepté en date du 1^{er} novembre 2022, la durée de la garantie du fabricant prévue au Devis, de 25 ans, n'a toutefois pas été modifiée pour 15 ans, bien qu'il appert que cette durée était alors devenue acceptable pour le CSSDA.
- Le 15 novembre 2022, en réponse à des questions en lien avec le rejet de l'équivalence du Revêtement, la Firme a transmis au CSSDA de nouveaux motifs de refus qui remettaient en question la fiabilité du fabricant du Revêtement — certaines informations, dont l'adresse du siège social, étant introuvables par la Firme — et indiquaient que les exigences de la clause 1.3 du Devis, section Revêtement de plancher athlétique, « ne semblent pas atteints (sic) ». Le lendemain, le CSSDA a transmis ces motifs à l'entreprise ayant présenté la demande d'équivalence, qui y a répondu à deux reprises en soumettant des informations supplémentaires et en se rendant disponible pour toute question du CSSDA. Il s'agit des dernières correspondances relativement à la demande d'équivalence du Revêtement.
- Dans le cadre de ces échanges, aucune demande n'a été faite par la Firme ou le CSSDA afin d'obtenir des informations supplémentaires pour éclaircir les doutes qu'entretenait la Firme sur l'équivalence du Revêtement.
- Questionnée par l'AMP à plus d'une reprise sur les dispositions des documents d'appel d'offres auxquelles la demande d'équivalence du Revêtement ne répondait pas, la Firme, pour le CSSDA, a référé à la clause 1.3.3 du Devis, section Revêtement de plancher athlétique, et mentionné l'absence de résultats d'essais. Elle a également indiqué que « [l']analyse d'une demande d'équivalence ne se limite pas aux exigences des documents d'appel d'offres ».
- Au moment du refus du Revêtement à titre de produit équivalent, la clause 1.3.3 du Devis prévoyait que les résultats d'essais devaient être disponibles sur demande⁵. Or, il appert de la preuve que ces résultats d'essais n'ont pas été demandés par le CSSDA ou la Firme, contrairement à leurs prétentions.
- Enfin, le 5 décembre 2022, après avoir été contacté par l'AMP, le CSSDA a publié un nouvel addenda et apporté des modifications aux exigences prévues à la section Revêtement de plancher athlétique, notamment pour indiquer que l'adresse du siège social du fabricant ainsi que les rapports

⁵ Clause 1.3.3 de la section 09 64 50 du Devis d'architecture.

d'essais en laboratoire devaient être soumis, en plus de modifier la durée de la garantie du fabricant à 15 ans. Selon le CSSDA, cet addenda visait à clarifier les exigences de la section Revêtement de plancher athlétique du devis. La Firme a par ailleurs mentionné que ces exigences n'étaient pas initialement au devis.

Il ne revient pas à l'AMP de se prononcer sur l'équivalence technique d'un produit. Néanmoins, au regard de ce qui précède, l'AMP conclut que la demande d'équivalence du Revêtement a été rejetée sur la base d'exigences et de motifs qui n'apparaissaient pas aux documents d'appel d'offres.

Dans un premier temps, l'AMP considère que lorsqu'il se ravise quant à son acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent, le CSSDA s'appuie sur une exigence à laquelle il a implicitement renoncé. En effet, le CSSDA a révisé à la négative la demande d'équivalence du Revêtement pour le motif que la durée de 15 ans de la garantie du fabricant proposée n'était pas conforme. Toutefois, il appert que le CSSDA, par l'acceptation de l'Autre produit, a évalué cette durée comme étant acceptable, bien qu'il ne l'ait pas spécifié à ses documents d'appel d'offres à ce moment. En ne diffusant pas l'exigence modifiée en temps opportun et en refusant la demande d'équivalence du Revêtement pour cette raison spécifique, le CSSDA n'a pas agi avec la transparence dont il aurait dû faire preuve.

Dans un deuxième temps, l'AMP conclut que les nouveaux motifs justifiant le refus de l'équivalence du Revêtement soumis par le CSSDA en date du 15 novembre 2022 ne trouvent pas appui dans les documents d'appel d'offres diffusés à ce moment. En effet, l'AMP constate que les nouveaux motifs évoqués au soutien du refus de l'équivalence du Revêtement spécifient que des exigences du Devis ne semblaient pas atteintes, laissant ainsi comprendre que la Firme entretenait des doutes sur l'équivalence.

Lorsque questionnés sur les exigences des documents d'appel d'offres auxquelles la demande d'équivalence du Revêtement ne répondait pas, le CSSDA et la Firme réfèrent à une seule clause du Devis, laquelle requiert que des résultats d'essais soient disponibles sur demande. L'AMP comprend que l'absence des résultats d'essais du Revêtement a été opposée pour justifier le refus de son équivalence, alors que, selon les documents d'appel d'offres, les résultats d'essais devaient, à ce moment, seulement être disponibles sur demande. Bien que le CSSDA et la Firme aient pu, en regard des documents d'appel d'offres, demander lesdits résultats d'essais pour valider la conformité du Revêtement à l'exigence du Devis, le CSSDA n'a pas démontré qu'une telle demande a été formulée, laissant ainsi perdurer le doute de la Firme sur l'équivalence. L'AMP conclut qu'en ne formulant pas de demande pour obtenir les résultats d'essais, le CSSDA n'a pas analysé la demande d'équivalence du Revêtement avec la rigueur nécessaire et n'a pas agi en cohérence avec le contenu de ses documents d'appel d'offres, ce qui est contraire à l'obligation de transparence.

Ce n'est qu'après avoir été contacté par l'AMP, soit après le refus de l'équivalence du Revêtement, que le CSSDA a publié un addenda pour clarifier ses attentes quant au revêtement de plancher athlétique, précisant notamment que l'adresse du siège social du fabricant ainsi que les résultats d'essais devaient être fournis. L'AMP constate que ces nouvelles exigences, qui n'étaient pas présentes au Devis initialement, s'apparentent aux motifs évoqués pour soutenir le refus de l'équivalence du Revêtement. Or, la publication de cet addenda n'a pas pour effet de légitimer la décision du CSSDA sur l'équivalence du Revêtement après le fait.

L'AMP rappelle que les renseignements prévus aux documents d'appel d'offres sont les seules indications auxquelles ont droit les entreprises qui font des demandes d'équivalence. Ces renseignements doivent donc être clairs et complets afin que les entreprises soient en mesure d'évaluer si le produit qu'elles proposent est équivalent ou non et, le cas échéant, d'en faire la démonstration puisque cette preuve leur incombe.

Ainsi, il est faux de dire que l'analyse d'une demande d'équivalence ne se limite pas aux exigences des documents d'appel d'offres, puisque cela viderait de sens l'obligation de transparence à laquelle les organismes publics sont soumis dans le cadre de leurs processus de demande d'équivalence et laisserait place à l'arbitraire. Par ailleurs, la preuve obtenue démontre que l'analyse des demandes d'équivalence faite par le CSSDA s'appuie sur les plans et devis. Le CSSDA ne pouvait donc pas rejeter une demande d'équivalence en se basant sur des barèmes qui n'étaient pas prévus aux plans et devis sans contrevenir à son obligation de transparence.

4. Considérations additionnelles

Comme mentionné précédemment, le CSSDA a indiqué que la Firme a reçu des appels téléphoniques de la part des compétiteurs du Revêtement qui exprimaient des doutes quant à l'équivalence du Revêtement. La CSSDA indique aussi que la révision de sa demande d'équivalence a été réalisée à la suite de ces appels. Sur ce point, l'AMP souhaite souligner que la provenance des informations reçues militait vers une grande objectivité et une analyse rigoureuse des demandes d'équivalence de la part du CSSDA afin de limiter les risques de partialité. Il appert toutefois que le CSSDA a fait preuve d'un niveau de flexibilité variable dans le cadre du traitement des différentes demandes d'équivalence dans le présent dossier.

En effet, la preuve révèle qu'à la connaissance du CSSDA, la Firme a contacté le manufacturier du produit retiré, le 7 novembre 2022, au sujet du refus de sa demande d'équivalence pour vérifier s'il était en mesure de proposer un autre produit équivalent à la place du produit rejeté.

À ce sujet, le CSSDA a indiqué que les échanges avec les manufacturiers sont courants et que, pour les architectes, ce sont les meilleures ressources techniques à consulter pour comprendre, spécifier et choisir des produits, puisque les

manufacturiers sont experts dans leur domaine. En faisant une distinction entre les différents acteurs du marché⁶, la Firme a ajouté que les manufacturiers demeureraient une référence dans le cadre de l'analyse des demandes d'équivalence. Elle a aussi spécifié que c'était dans l'objectif qu'il y ait davantage de concurrence que le représentant du manufacturier du produit rejeté a été questionné sur un autre produit et que le manufacturier du Revêtement, lui, n'a pas été contacté puisque le CSSDA ne disposait pas de l'information utile pour entrer en contact avec lui.

Le CSSDA mentionne avoir rappelé à la Firme que les questions devaient être dirigées au Service d'approvisionnement. Comme mentionné précédemment, les documents d'appel d'offres prévoyaient que toute demande d'équivalence, de précision ou de clarification d'un soumissionnaire devait être transmise par écrit au gestionnaire du dossier, puisqu'il s'agissait de la voie communicationnelle à utiliser.

L'AMP rappelle que selon les bonnes pratiques, lorsqu'un organisme public décide d'analyser des demandes d'équivalence provenant de sous-traitants, il doit accorder un traitement uniforme à toutes les demandes reçues. Les organismes publics s'assurent ainsi que tous disposent de la même information en lien avec les processus contractuels. Cette façon de faire favorise notamment la saine concurrence et une ouverture au marché plus globale, et ce, dans un souci de saine gestion des fonds publics⁷. Dans le contexte où des informations sont échangées lors de conversations à la pièce avec les intervenants du marché, bien qu'ils ne soient pas nécessairement des soumissionnaires potentiels, il devient difficile de s'assurer que certains ne recevront pas d'informations privilégiées. Le respect de la voie communicationnelle mise en place par le CSSDA prend ainsi toute son importance.

De plus, il est important de distinguer les communications faites avec le marché avant la publication de l'appel d'offres de celles qui ont lieu durant ce processus. Bien que les manufacturiers puissent être des ressources utiles dans le cadre de l'évaluation des besoins, dans la mesure où les échanges sont adéquatement encadrés, ils ne devraient pas agir à titre de références lors de l'analyse des demandes d'équivalence reçues pendant la publication de l'appel d'offres. En effet, en sollicitant des acteurs du marché à ce moment autrement que par les documents diffusés, l'organisme public apparaît ne pas avoir l'objectivité et l'impartialité requises pour procéder à l'analyse des demandes d'équivalence.

L'AMP considère que, comme en l'espèce, lorsqu'un manufacturier dépose une demande d'équivalence et que celle-ci est considérée au même titre que celle d'un distributeur, le statut de manufacturier de l'interlocuteur ne devrait pas lui octroyer de privilège.

⁶ « Entrepreneurs soumissionnaires », « manufacturiers/fabricants » et « fournisseurs/installateurs soumissionnaires ».

⁷ LCOP, art. 2 (6).

En terminant, l'AMP note que la Firme a amorcé des démarches, au su du CSSDA, auprès du représentant du produit retiré le 7 novembre 2022 pour trouver un produit alternatif, alors qu'aucune demande d'information n'a été faite auprès de l'entreprise afin d'analyser adéquatement l'équivalence du Revêtement. Bien que les organismes publics n'aient pas l'obligation d'entretenir un dialogue avec ceux qui déposent une demande d'équivalence, ils se doivent de préserver l'équité et l'impartialité de leurs processus contractuels, et ce, même s'ils confient l'analyse de ces demandes à des tiers. L'AMP souligne que, pour ce faire, un traitement uniforme de toutes les demandes d'équivalence est à privilégier.

5. Conclusion

VU l'obligation de transparence dans les processus contractuels prévue au cadre normatif auquel le CSSDA est assujéti;

VU le refus de la demande d'équivalence du Revêtement en raison d'exigences et de motifs n'apparaissant pas aux documents d'appel d'offres au moment de ce refus;

VU l'absence de publication en temps opportun d'un addenda visant à modifier la durée acceptable de la garantie du fabricant pour les revêtements de plancher athlétique;

VU le manque de rigueur constaté dans l'évaluation de la demande d'équivalence du Revêtement;

VU les lignes internes de conduite dont le CSSDA s'est doté, notamment en regard des mesures visant à encadrer la diffusion de l'information auprès du marché dans le cadre de ses processus contractuels;

VU les manquements à l'obligation de transparence constatés;

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

ORDONNE au Centre de services scolaire des Affluents de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les documents d'appel d'offres public identifiés au SEAO sous le numéro de référence 1650503 afin de laisser un délai suffisant, qui tient notamment compte du délai indiqué à la clause 1.07.22 b) du Cahier des charges, pour la présentation de nouvelles demandes d'équivalence.

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

RECOMMANDE au conseil d'administration du Centre de services scolaire des Affluents de se conformer, notamment dans le cadre des processus de demande

d'équivalence, aux obligations auxquelles il s'est assujéti par l'intermédiaire des lignes internes de conduite qu'il a adoptées relativement à :

- la méthode par laquelle l'information qu'il diffuse est documentée, plus particulièrement en ce qui a trait aux notes prises par son personnel;
- la diffusion de l'information qu'il rend disponible durant ses processus contractuels;
- la façon dont cette information est rendue disponible.

RECOMMANDE au conseil d'administration du Centre de services scolaire des Affluents de mettre en place les mesures nécessaires afin que soit respecté le principe de transparence des processus contractuels, notamment dans le cadre des processus d'équivalence dont l'organisme se dote, ainsi que les contrôles nécessaires visant à en assurer l'application, et de les acheminer à l'AMP lorsqu'ils seront élaborés et en vigueur.

RECOMMANDE au conseil d'administration du Centre de services scolaire des Affluents :

- de dispenser une formation portant sur les principes applicables à la passation des contrats publics, dont le principe de transparence, à ses employés impliqués dans les processus d'attribution et d'adjudication de contrats publics;
- de faire l'évaluation de ces employés eu égard au contenu de cette formation;
- d'acheminer à l'AMP le contenu de la formation dispensée par le CSSDA, l'évaluation qu'il en a faite, ainsi que les résultats et noms de chacun des employés impliqués dans les processus contractuels ayant suivi cette formation, et ce, dans un délai de 6 mois suivant la présente décision.

RECOMMANDE au conseil d'administration du Centre de services scolaire des Affluents d'informer par écrit ses employés impliqués dans les processus d'attribution et d'adjudication de contrats publics de la présente décision et de l'interprétation qui doit en être donnée.

REQUIERT du conseil d'administration du Centre de services scolaire des Affluents de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 60 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations en lui transmettant son plan d'action.

Fait le 16 mars 2023

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ