

Recommandations formulées au dirigeant du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1826724

No de la recommandation : 2025-02

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

1. APERÇU

Le 25 mars 2024, le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS-CSM) a conclu un contrat de gré à gré d'une valeur de 502 057,60 \$ avec l'entreprise Precicom Technologies pour l'acquisition de pare-feux.

Le 5 avril 2024, le CIUSSS-CSM a publié la description initiale du contrat au Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (SEAO). Il y faisait mention de l'article 13(2) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹ (LCOP) pour justifier l'octroi de gré à gré, en précisant notamment que Precicom Technologies est l'unique revendeur des produits désirés, soit ceux du manufacturier Fortinet.

L'Autorité des marchés publics (AMP) a procédé à l'examen du processus d'attribution après avoir reçu une communication de renseignements. Le communicant alléguait l'existence de plusieurs fournisseurs pouvant distribuer des produits du manufacturier Fortinet et reprochait au CIUSSS-CSM l'absence de publication d'avis d'intention.

L'examen de l'AMP a ainsi porté sur les conditions d'octroi du contrat par le mode de sollicitation de gré à gré.

Le CIUSSS-CSM a indiqué à l'AMP qu'il désirait acquérir des produits du manufacturier Fortinet, car son réseau était composé de pare-feux de ce manufacturier et qu'il ne désirait pas faire cohabiter des pare-feux provenant de deux manufacturiers différents, ni changer l'ensemble de son réseau pour un réseau provenant d'un autre manufacturier. Le CIUSSS-CSM a aussi indiqué que Precicom Technologies était le fournisseur désigné par Fortinet dans le cadre de son acquisition et que Fortinet garantissait le meilleur prix du marché à ce fournisseur.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que le recours par le CIUSSS-CSM à l'exception du contractant unique prévue à l'article 13(2) de la LCOP n'était pas justifié.

¹ RLRQ, c. C-65.1.

2. QUESTION SOULEVÉE

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

Le CIUSSS-CSM était-il en droit de recourir à l'exception du contractant unique prévue à l'article 13(2) de la LCOP ?

3. ANALYSE

En date de la conclusion du contrat, le CIUSSS-CSM était un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*², ce qui en faisait un organisme public au sens de l'article 4(6) de la LCOP³. Un tel organisme est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1. Le CIUSSS-CSM était-il en droit de recourir à l'exception du contractant unique prévue à l'article 13(2) de la LCOP ?

La règle générale établit qu'un organisme public doit procéder par appel d'offres public pour tout contrat dont la dépense est supérieure au seuil prévu⁴. Toutefois, il existe certaines exceptions à cette règle, qui doivent être interprétées restrictivement⁵ et qui permettent l'octroi de contrats de gré à gré lorsque la dépense excède ce seuil.

Parmi ces exceptions se trouve celle du contractant unique, avec les particularités qui s'y rattachent, tel que le prévoit l'article 13(2) de la LCOP. Cette exception permet de conclure un contrat de gré à gré lorsqu'un seul contractant est possible en raison :

- D'une garantie.
- D'un droit de propriété ou d'un droit exclusif, tels un droit d'auteur ou un droit fondé sur une licence exclusive ou un brevet.
- De la valeur artistique, patrimoniale ou muséologique du bien ou du service requis.

Lorsque la raison soulevée est celle d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif⁶, les conditions d'ouverture à l'exception sont les suivantes :

- L'existence d'un droit de propriété ou d'un droit exclusif.
- La présence d'un seul contractant possible en raison de l'un de ces droits.

Par conséquent, l'existence de l'un de ces droits ne suffit pas en soi, sa présence doit également avoir pour effet d'empêcher tout autre contractant d'effectuer le contrat. Il est à noter qu'il ne s'agit pas ici de déterminer si elle empêche un contractant d'être concurrentiel.

² RLRQ, c. S-4.2.

³ Depuis le 1^{er} décembre 2024, le CIUSSS-CSM est fusionné à Santé Québec.

⁴ Du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2023, ce seuil était établi à 121 200 \$ pour les contrats d'approvisionnement des organismes de la santé et des services sociaux. Depuis le 1^{er} janvier 2024, il est établi à 133 800 \$ pour ces mêmes contrats.

⁵ *CMC Électronique inc. c. Procureure générale du Québec*, 2021 QCCS 3169.

⁶ *CMC Électronique inc. c. Procureure générale du Québec*, préc., note 5.

En outre, lorsqu'un organisme public désire recourir à l'exception du contractant unique, il se doit de procéder à des vérifications préalables et sérieuses de ses conditions d'application⁷.

Lors du présent examen, le CIUSSS-CSM a indiqué à l'AMP qu'il possédait un réseau de 150 pare-feux provenant du manufacturier Fortinet et que le contrat visait l'acquisition de deux pare-feux supplémentaires de ce même manufacturier.

Le CIUSSS-CSM a expliqué que la cohabitation de deux technologies provenant de manufacturiers différents était possible, mais que cela ne serait pas facile à opérationnaliser et causerait plusieurs problèmes. Il a aussi précisé qu'il ne voulait pas remplacer l'ensemble de sa technologie par celle d'un nouveau manufacturier d'où proviendraient les deux pare-feux à acquérir, considérant que l'acquisition représentait un faible volume par rapport aux pare-feux détenus.

Pour ces raisons, le CIUSSS-CSM a pris la décision d'acquérir des produits provenant du manufacturier Fortinet.

Par ailleurs, en ce qui concerne le choix du revendeur des produits Fortinet, le CIUSSS-CSM a expliqué à l'AMP que le manufacturier lui avait précisé par écrit que Precicom Technologies était le fournisseur qu'il désignait dans le cadre de cette acquisition spécifique et qu'il garantissait le meilleur prix du marché à ce revendeur.

Le CIUSSS-CSM a soutenu que ces affirmations du manufacturier justifiaient l'octroi d'un contrat de gré à gré en raison de l'exception du contractant unique prévue à l'article 13(2) de la LCOP.

Dans le cadre de son examen, l'AMP a eu des échanges avec le manufacturier. Celui-ci a expliqué que pour agir comme revendeurs de ses produits, les entreprises intéressées devaient être autorisées et qualifiées par Fortinet. Il a aussi précisé que ces revendeurs n'avaient pas d'exclusivité particulière sur la vente de ses produits. Néanmoins, il a précisé que, selon différents critères, il accordait un tarif plus avantageux à certains revendeurs.

Par ailleurs, l'AMP a constaté qu'il existait d'autres revendeurs autorisés et qualifiés par Fortinet possédant des expertises semblables à celle de Precicom Technologies.

Selon les explications du CIUSSS-CSM, pour permettre à des entreprises offrant d'autres solutions que celles de Fortinet de répondre à ses besoins en matière de pare-feux, il fallait faire cohabiter deux technologies différentes ou remplacer l'ensemble de sa technologie. À cet égard, le CIUSSS-CSM n'a pas soutenu qu'il lui était impossible de procéder ainsi en raison de la présence d'un droit exclusif empêchant toute autre entreprise de répondre à son besoin. Il a plutôt soulevé qu'il n'était pas souhaitable de changer l'ensemble de sa technologie, considérant qu'il n'acquerrait que deux nouveaux pare-feux sur un total de 150, ni souhaitable de faire cohabiter deux technologies, notamment à cause des enjeux opérationnels anticipés. Ainsi, l'AMP constate que le CIUSSS-CSM voulait acquérir des produits d'un manufacturier en particulier, par l'entremise du revendeur Precicom Technologies, pour des raisons qui ne sont pas attribuables à la présence d'un droit exclusif.

⁷ CMC Électronique inc. c. Procureure générale du Québec, préc., note 5.

En plus de ce qui précède, l'AMP estime que l'explication de Fortinet selon laquelle il garantirait le meilleur prix à Precicom Technologies et que ce dernier serait le fournisseur désigné du projet du CIUSSS-CSM ne permet pas d'établir que Precicom Technologies possédait un droit exclusif sur la vente des produits Fortinet. Ainsi, le CIUSSS-CSM ne pouvait pas se satisfaire de cette réponse pour constater l'existence d'un droit exclusif.

D'ailleurs, des vérifications supplémentaires auraient permis au CIUSSS-CSM de constater que Precicom Technologies ne détenait pas un tel droit et qu'il existait plusieurs autres revendeurs des produits du manufacturier Fortinet.

En conséquence, l'AMP estime qu'il n'était pas justifié pour le CIUSSS-CSM de recourir à l'exception du contractant unique prévue à l'article 13(2) de la LCOP.

Par ailleurs, l'AMP désire souligner que l'octroi d'un contrat de gré à gré suivant une utilisation injustifiée de l'article 13(2) de la LCOP entraîne des conséquences graves à l'égard des marchés publics, puisque cela rend impossible pour une entreprise intéressée de démontrer qu'elle est qualifiée pour obtenir le contrat avant l'octroi de celui-ci. En effet, étant donné sa nature, l'attribution d'un tel contrat n'est pas précédée d'un processus de mise en concurrence des entreprises intéressées. De plus, la loi ne prévoit pas, pour cette exception précise, l'obligation pour un organisme public de publier un avis d'intention permettant aux entreprises intéressées de manifester leur intérêt à réaliser le contrat avant qu'il ne soit octroyé. Ainsi, l'AMP rappelle qu'il est essentiel que l'utilisation de cette exception ne se fasse que suivant des vérifications préalables et sérieuses de ses conditions d'application.

4. CONCLUSION

VU le recours injustifié à l'exception prévue à l'article 13(2) de la LCOP par le CIUSSS-CSM et les conséquences qui en découlent, notamment l'impossibilité pour les concurrents intéressés de démontrer leur qualification à obtenir le contrat avant qu'il ne soit octroyé.

VU le manquement au cadre normatif.

EN CONSÉQUENCE, conformément aux articles 31(2) et 35 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-CSM de se doter de procédures efficaces et efficientes visant à assurer que les exceptions prévues à la règle générale du recours à l'appel d'offres ne soient utilisées que dans des circonstances qui le justifient.

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-CSM d'assurer la formation de son personnel œuvrant en gestion contractuelle quant aux exigences du cadre normatif concernant :

- L'obligation de procéder par appel d'offres public.
- Les exceptions permettant d'octroyer un contrat de gré à gré.

RECOMMANDE au dirigeant du CIUSSS-CSM d'informer, par écrit, les membres de son personnel impliqués en gestion contractuelle de la présente décision.

REQUIERT du dirigeant du CIUSSS-CSM de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 45 jours :

- Des mesures prises pour donner suite à ces recommandations et des échéances prévues pour leur mise en œuvre.
- Des explications permettant d'établir que ces mesures, sur les plans qualitatif ou quantitatif, répondent aux recommandations.

Fait le 5 février 2025

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ