

**Décision ordonnant au Groupe d'approvisionnement
en commun de l'Est du Québec
d'annuler l'appel d'offres public 1274932
(art. 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics)**

No décision : 2019-03

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29, 37, 50

1. Mission de l'Autorité des marchés publics

En vertu du premier paragraphe de l'article 21 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics¹ (la « Loi »), l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a notamment pour fonction d'examiner les processus d'adjudication ou d'attribution de contrats publics à la suite du dépôt de plaintes par des personnes intéressées, d'une communication de renseignements, ou d'une intervention.

2. Faits

Le 2 juillet 2019, l'AMP reçoit une plainte portant sur un appel d'offres publié le 4 juin 2019 par le Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est du Québec (le « GACEQ ») et identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEAO ») sous le numéro de référence 1274932. Cet appel d'offres a pour objet l'acquisition de fournitures médicales générales.

Bien que cet appel d'offres ne vise que la conclusion d'un contrat d'approvisionnement, il est à noter que les documents d'appel d'offres prévoient certaines exigences en matière de distribution pour lesquelles on renvoie les soumissionnaires à une liste de distributeurs qualifiés en 2015, lors de la publication d'un avis de qualification identifié au SEAO sous le numéro de référence 886758.

a) Motifs soulevés par le plaignant

Le plaignant avance que la clause 1.05.19, reproduite ci-dessous, en est une qui n'assure pas un traitement intègre et équitable des concurrents et qui ne permet pas à des concurrents de participer à l'appel d'offres bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés par le GACEQ.

« Le SOUMISSIONNAIRE doit confier la distribution de ses Biens à l'un ou l'autre des distributeurs qualifiés aux termes du processus ayant pour titre « Qualification des distributeurs de fournitures médicales globales et fourniture générales de laboratoire » et portant le numéro de référence 886758 dans le SEAO. Le SOUMISSIONNAIRE doit prendre entente avec son Distributeur qualifié avant le dépôt de sa Soumission. Le SOUMISSIONNAIRE doit indiquer à l'Annexe « Distributeurs » du Formulaire de Soumission le distributeur en charge pour chacun des Biens ainsi que les codes de produits à utiliser au moment de la commande. »

Le plaignant demande le retrait de cette clause et avance qu'elle est de nature à créer un oligopole ou un monopole, ce qui peut engendrer une baisse de la concurrence. Il s'estime en mesure de distribuer ses propres produits.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

De plus, il soulève que deux des trois distributeurs préalablement qualifiés par le GACEQ sont également des fournisseurs. Il voit dans ce double statut une situation de conflit d'intérêts. Selon le plaignant, lorsqu'il soumet son offre, les distributeurs qualifiés qui sont également des fournisseurs ont accès à sa liste de prix et peuvent modifier leurs propres offres en conséquence. Il en résulterait une concurrence déloyale entre les fournisseurs et, donc, un traitement non équitable des concurrents.

b) Observations reçues du GACEQ

Dans ses observations acheminées à l'AMP, le GACEQ soulève, quant à lui, les points ci-dessous en ce qui concerne l'obligation faite aux adjudicataires de recourir aux services de distributeurs préalablement qualifiés :

- l'obligation s'inscrit dans un objectif général d'optimiser la coordination et l'organisation de la distribution des fournitures médicales sur l'ensemble du territoire desservi par le GACEQ. Elle permet notamment de mieux desservir les régions éloignées;
- les distributeurs qualifiés sont ainsi en mesure d'effectuer certaines transactions de réapprovisionnement à l'aide de la technologie EDI (échange de données informatisées). Le commerce électronique EDI facilite notamment la gestion des commandes, des livraisons et de la facturation. Une telle exigence participe d'ailleurs à la mise en œuvre d'orientations ministérielles émises par le ministère de la Santé et des Services sociaux en 2017 et portant sur l'utilisation de l'EDI par les fournisseurs et les établissements du réseau de la santé et des services sociaux;
- l'organisation de la distribution autour de centres de distribution permet aussi de réduire les frais de transport pour les établissements, ce qui est également avantageux pour les fournisseurs, qui n'ont qu'à effectuer des livraisons auprès d'un nombre restreint de centres plutôt que de desservir chaque établissement partie à l'appel d'offres du GACEQ;
- les distributeurs qualifiés assument également d'autres responsabilités, dont celle d'assurer le suivi des rappels de produits auprès de Santé Canada.

Par ailleurs, le GACEQ mentionne qu'avant l'ouverture des soumissions, les distributeurs n'ont, en aucun temps, accès aux prix soumis par les autres fournisseurs. Les prix soumis par tous les soumissionnaires, ainsi que leur identité, ne sont divulgués qu'après l'ouverture des soumissions. Il fait également valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'un soumissionnaire divulgue ses prix lorsqu'il conclut une entente avec un ou des distributeur(s) qualifié(s).

3. Cadre normatif applicable

Le GACEQ est un groupe d'approvisionnement en commun visé à l'article 435.1 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux², ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la Loi sur les contrats des organismes publics³ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le GACEQ est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des directives qui en découlent.

Conformément à l'article 37 de la Loi, le rôle de l'AMP est de déterminer si les documents d'appel d'offres prévoient des conditions qui n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents de participer à un processus d'adjudication bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés, ou ne sont pas autrement conformes au cadre normatif.

4. Analyse

En l'espèce, le GACEQ a démontré que la stratégie d'acquisition utilisée est justifiée eu égard à son besoin d'assurer une distribution efficace et efficiente des fournitures médicales. Cette stratégie doit notamment tenir compte des impératifs de logistique qui accompagnent le fait de desservir de nombreux établissements, parfois éloignés, ainsi que des orientations ministérielles émises. De plus, l'obligation faite aux adjudicataires de recourir aux services de distributeurs préalablement qualifiés n'a pas pour effet d'empêcher le plaignant de soumissionner à titre de fournisseur.

En outre, le fait que certains distributeurs qualifiés agissent également à titre de fournisseurs n'est pas de nature à créer une situation de conflit d'intérêts. En effet, le distributeur-fournisseur n'a pas accès à une information privilégiée lui permettant de modifier ses prix de façon à être plus compétitif. Les listes de prix soumises ne sont rendues publiques qu'une fois les soumissions ouvertes.

Il n'est pas rare qu'un appel d'offres soit ouvert à des soumissionnaires de divers statuts. À ce sujet, la jurisprudence mentionne notamment que :

« [75] Par conséquent, dans le contexte d'une invitation à soumissionner dans le cadre de laquelle les fabricants, les distributeurs et les revendeurs se livrent concurrence, il est tout à fait raisonnable de s'attendre à ce que chacun d'eux compte sur ses propres avantages concurrentiels naturels afin d'offrir le plus bas prix possible ou, dans le contexte de la présente invitation à soumissionner, le meilleur rabais en pourcentage sur les prix indiqués sur les listes de PDSF communs. Ces avantages inhérents, qui existent indépendamment de la manière dont une invitation à soumissionner est structurée, n'entraînent pas la conclusion que la procédure de passation des marchés présente un caractère discriminatoire. »⁴ (Nos soulignements)

« [43] [...] le Tribunal ne croit pas qu'une procédure d'appel d'offres est nécessairement discriminatoire de façon inhérente lorsque les soumissionnaires ne sont pas sur un même pied d'égalité au moment de s'engager dans la procédure de soumission. »⁵

² RLRQ, c. S-4.2

³ RLRQ, c. C-65.1

⁴ *Acklands-Grainger Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 298

⁵ *CAE inc. c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CanLII 57134

Ainsi, le fait que l'appel d'offres soit ouvert à la fois aux fournisseurs et aux distributeurs-fournisseurs ne fait pas entorse au principe d'équité entre les soumissionnaires.

L'examen de la clause 1.05.19, clause qui fait l'objet de la plainte, a toutefois permis à l'AMP de constater une irrégularité en lien avec le processus en cours. En effet, la liste des distributeurs qualifiés à laquelle réfère le GACEQ est échue depuis le 31 mai 2018. Ce processus de qualification de prestataires de services, initié en 2015, a été réalisé en vertu de l'ancienne mouture de l'article 43 du Règlement sur certains contrats de services des organismes publics⁶, qui prévoyait alors que la période de validité d'une telle liste ne pouvait excéder trois ans. Les dispositions encadrant le processus de qualification des prestataires de services ont depuis fait l'objet de modifications⁷ et cette limitation à la durée de validité d'une liste de prestataires qualifiés a été retirée. On prévoit désormais un processus de qualification continu, permettant aux prestataires qui le souhaitent de demander à être qualifiés à tout moment. Ces nouvelles dispositions ne peuvent toutefois avoir pour effet de rendre une liste de prestataires qualifiés qui est échue valide à nouveau.

À ce sujet, le GACEQ a informé l'AMP que les travaux entourant le nouveau processus de qualification des distributeurs étaient commencés et qu'il visait à publier un nouvel avis de qualification en 2019. Puisque les travaux entourant l'élaboration d'une nouvelle liste de distributeurs qualifiés n'ont pu être terminés en temps utile, et considérant qu'aucune soumission n'avait été reçue lors des publications annuelles antérieures de l'avis de qualification, le GACEQ a pris la décision de continuer à utiliser les distributeurs qualifiés en place, et ce, afin notamment de préserver la qualité des services offerts aux établissements.

En s'appuyant sur une liste de distributeurs qualifiés échue depuis le 31 mai 2018, le GACEQ entache le processus d'appel d'offres en cours d'une non-conformité au cadre normatif applicable. En effet, l'opportunité n'a pas été offerte à tous de se qualifier à nouveau à titre de distributeur, et ce, depuis le 15 mai 2017. Le fait de donner effet à une liste de distributeurs qualifiés au-delà de sa période de validité a même pour effet de privilégier ceux qui y sont déjà inscrits.

Les principes fondamentaux de la LCOP énoncés à son article 2 visent notamment à promouvoir l'accès des concurrents qualifiés aux contrats des organismes publics. Les modifications apportées au processus encadrant l'appel de qualification des prestataires de services s'inscrivent d'ailleurs dans cette voie. En faisant de ce processus un processus continu, le législateur a voulu permettre la qualification de concurrents additionnels à tout moment puisqu'à la base, un tel processus a pour effet de restreindre l'accès aux marchés de l'organisme public en exigeant une qualification préalable.

⁶ RLRQ, c. 65.1, r. 4

⁷ Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, L.Q. 2018, c. 10, art. 22

5. Conclusion

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

VU le bien-fondé de recourir à l'appel à la concurrence afin d'assurer la bonne utilisation des fonds publics, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU le manque de conformité du processus d'adjudication en cours au cadre normatif applicable en raison de l'utilisation d'une liste de distributeurs qualifiés échue;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 29 (1) de la Loi, l'AMP

ORDONNE au GACEQ d'annuler l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1274932 au SEAO et d'y inscrire sans délai les mentions nécessaires afin d'y donner suite.

Conformément à l'article 67 de la Loi, tout contrat public conclu par le GACEQ en contravention de la présente ordonnance pourrait être résilié de plein droit à compter de la réception par le GACEQ et son contractant, d'une notification de l'AMP à cet effet.

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 18 juillet 2019

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