

**Décision ordonnant au Centre intégré universitaire de santé
et de services sociaux de la Capitale-Nationale
de modifier l'appel d'offres public 1311740
(art. 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics)**

No décision : 2019-05

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 publics*¹ (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 9 novembre 2019, l'AMP reçoit une plainte d'une entreprise qui est en désaccord avec la décision rendue par le Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale (le « CIUSSSCN »). Cette plainte porte sur l'appel d'offres public (l'« AOP ») publié le 10 octobre 2019, identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (le « SEAO ») sous le numéro de référence 1311740, et qui vise à obtenir la location d'une solution pour la gestion électronique des dossiers médicaux.

Tel que mentionné dans les documents d'appel d'offres (les « DAO ») :

« L'implantation d'un dossier médical électronique (DMÉ) est une obligation du ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS) pour qu'une structure puisse être qualifiée de groupe de médecine de famille (GMF). Le *Programme de financement et de soutien professionnel pour les groupes de médecine de famille* (GMF) (MSSS, 2017) et le *Cadre de gestion des groupes de médecine de famille universitaires* (GMF-U) (MSSS, 2018) encadrent, notamment, les exigences attendues par le MSSS. »

a) Motifs soulevés par le plaignant

L'entreprise expose dans sa plainte que l'AOP publié par le CIUSSSCN favorise le fournisseur actuel du dossier médical électronique (le « DMÉ »), et ce, de deux façons :

- 1- Les DAO n'incluent pas la clause de limitation de responsabilité proposée dans les documents types d'AOP suggérés par le Secrétariat du Conseil du trésor (le « SCT ») et soulève que cette façon de faire le désavantage et brise l'égalité entre les soumissionnaires.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1.

- 2- La méthode d'évaluation et d'application des coûts additionnels décrite aux DAO n'est pas conforme à l'article 15 du *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*² (chapitre C-65.1, r. 5.1) (le « Règlement »), en ce que les DAO précisent ou indiquent à diverses rubriques que des coûts additionnels prédéterminés par le CIUSSSCN seront appliqués de manière uniforme à tous les nouveaux soumissionnaires potentiels à l'exception du fournisseur actuel, ce qui va à l'encontre de la réglementation établissant le concept du coût total d'acquisition (le « CTA »).

b) Observations reçues du CIUSSSCN

Dans ses observations acheminées à l'AMP, ainsi que dans la réponse fournie à l'entreprise au soutien du rejet de sa plainte, le CIUSSSCN fait valoir, entre autres, les points suivants :

Quant à l'absence d'une clause de limitation de responsabilité du fournisseur

- « Les modèles d'appel d'offres proposés par le SCT ne constituent pas une obligation d'utilisation dans l'intégralité. »
- « Nous sommes d'avis qu'il serait déraisonnable que l'utilisation des fonds publics serve d'assurance pour couvrir des fautes pour lesquelles nous ne serions pas responsables, le cas échéant. »
- « D'ailleurs, aucun fournisseur ne nous a démontré une quelconque impossibilité ou difficulté à pouvoir s'assurer. Évidemment, nous sommes conscients que la police d'assurance des fournisseurs risque d'être plus élevée et que cela risque de se refléter dans le prix soumis. L'organisation est prête à assumer ce coût, et ce, dans un souci de saine gestion des fonds publics. »

Quant à l'application, de manière uniforme, des coûts additionnels aux soumissions reçues, à l'exception de celle du fournisseur actuel du DMÉ

- « En fonction des enjeux liés à l'implantation pour notre organisation, les activités identifiées dans les coûts additionnels ne peuvent faire l'objet d'une prise en charge à même l'offre de service des soumissionnaires. »
- « Notre organisation a identifié uniquement les coûts additionnels minimums inévitables, quantifiables et mesurables associés à un éventuel changement de solution. Les activités représentées en coûts additionnels ne sont pas reliées à des opérations courantes pour notre personnel. Par ailleurs, nous avons consciemment décidé de ne pas inclure certains coûts d'impacts importants pour notre organisation notamment la formation des utilisateurs afin d'assurer une compétition juste et intègre entre les soumissionnaires potentiels. »
- « À partir de l'expérience vécue et du plan détaillé des tâches à effectuer, nous sommes en mesure d'affirmer qu'il est impossible qu'un nouveau fournisseur potentiel puisse effectuer les activités identifiées en coûts additionnels, seul sans

² RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1

recourir à une coordination avec notre gestion de projet interne et nos équipes d'opérations spécialisées à l'interne en ressources informationnelles. »

- « [...] peu importe la nouvelle solution à implanter, nous devons investir au minimum le montant estimé des coûts d'implantation. Le montant total des coûts d'impacts sera donc appliqué en totalité pour chaque nouveau soumissionnaire, à l'exception du fournisseur actuel. »

3. Cadre normatif applicable

Le CIUSSSCN est un établissement public visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³, ce qui en fait un organisme public au sens de l'article 4 (6) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁴ (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CIUSSSCN est tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des directives qui en découlent. Ainsi, les principes fondamentaux énumérés à l'article 2 de la LCOP, qui gouvernent la passation des contrats publics, lui sont applicables.

Conformément à l'article 37 de la Loi, le rôle de l'AMP est de déterminer si les DAO 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

Quant à l'absence d'une clause de limitation de responsabilité du fournisseur

En l'espèce, les règles relatives à la responsabilité du fournisseur se retrouvent à la section 11 du contrat à signer dans les DAO. Pour plus de commodité, la clause à laquelle réfère le plaignant est reproduite ci-dessous :

« 11.02 Assurance responsabilité civile générale

11.02.01 Preuve

Le FOURNISSEUR doit détenir une assurance responsabilité générale couvrant, sans s'y limiter, les dommages corporels, matériels et contractuels, assurant toute personne impliquée dans l'exécution de ses obligations en vertu du Contrat. L'ORGANISME PUBLIC se réserve le droit d'exiger la preuve de telle couverture d'assurance.

11.02.02 Montant

Le montant minimum de couverture fourni par ces polices d'assurance doit être de DEUX MILLIONS DE DOLLARS (2 000 000,00\$).

[...]

11.02.04 Étendue de la responsabilité

Nonobstant ce qui précède, cette section ne limite pas la responsabilité du FOURNISSEUR au Contrat. » (Nos soulignements)

Mentionnons que la clause invoquée par le plaignant et qui est proposée par le SCT vise à imposer une limite quant à la responsabilité du fournisseur en fonction de la valeur du contrat. Cette clause ne revêt toutefois pas un caractère obligatoire. Il

³ RLRQ, c. S-4.2

⁴ RLRQ, c. C-65.1

demeure à la discrétion de l'organisme public d'inclure une telle clause ou non dans ses DAO au soutien de l'analyse préalable qu'il en a fait au regard de ses besoins.

Dans ses observations, le CIUSSSCN soumet à l'AMP que le choix de ne pas limiter la responsabilité du fournisseur est le résultat d'une réflexion qui tient compte de ses expériences antérieures similaires, notamment en ce qui concerne les impacts potentiels liés à la confidentialité des données. Comme mentionné précédemment, le CIUSSSCN est conscient qu'une telle absence de limite pourrait avoir une incidence sur le prix soumis mais qu'il est prêt, dans un esprit de saine gestion des deniers publics, à en assumer les coûts afférents.

Le choix qu'a fait le CIUSSSCN en l'espèce, de ne pas imposer de limite à la responsabilité du fournisseur dans le cadre de ce contrat, relève de la discrétion de l'organisme public au regard de ses besoins.

Un organisme public bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il détermine le contenu de ses DAO. Puisqu'il administre des deniers publics, il est de sa responsabilité d'en assurer la saine gestion. Ainsi, il revient à l'organisme public de prévoir les clauses de responsabilité de l'adjudicataire qu'il estime appropriée compte tenu des risques que peut représenter le contrat. L'AMP est d'avis que les DAO ne présentent pas de manquements au cadre normatif sur cet élément. Par conséquent, elle est d'avis qu'elle n'a pas à intervenir sur cet élément.

Quant à l'application, de manière uniforme, des coûts additionnels aux soumissions reçues, à l'exception de celle du fournisseur actuel du DMÉ

Adopté en 2016, le Règlement prévoit à son article 15 la possibilité pour les organismes publics de se prévaloir d'un nouveau mode d'adjudication, le CTA.

Le Guide de bonnes pratiques concernant les contrats en matière de technologies de l'information⁵ (le « Guide »), rédigé par le SCT, nous éclaire sur le but visé par ce mode d'adjudication. On y précise qu'« une telle mesure permet, lors de l'adjudication, de mieux prendre en compte l'ensemble des coûts d'une acquisition sur sa durée de vie utile. Elle a pour objectif de réaliser une meilleure évaluation des solutions proposées en vue de déterminer la meilleure acquisition ».

Au soutien de la présente décision, l'article 15 du Règlement est reproduit ci-dessous :

« 15. Pour déterminer le prix le plus bas ou le prix ajusté le plus bas aux fins de l'adjudication en vertu de l'article 16, 17, 18, 22 ou 43 d'un contrat comprenant une acquisition de biens, un organisme public peut considérer des coûts additionnels liés à cette acquisition. Ces coûts additionnels sont ajoutés, selon le cas, aux prix soumis ou aux prix ajustés conformément à l'article 8 de l'annexe 2, de façon à établir le coût total d'acquisition pour l'organisme.

L'ajustement des prix effectué conformément au premier alinéa doit être fondé sur des éléments quantifiables et mesurables identifiés aux documents d'appel d'offres. Il doit en outre s'effectuer après le dépôt des soumissions selon les renseignements contenus dans chaque soumission.

Pour l'application du présent règlement, les coûts additionnels correspondent aux coûts non inclus dans le prix soumis que devrait assumer l'organisme pendant la durée de vie utile des biens acquis.

⁵ Guide de bonnes pratiques concernant les contrats en matière de technologies de l'information, Secrétariat du Conseil du trésor, 2016, p. 3.

Ils peuvent comprendre des coûts d'installation, d'entretien, de soutien, de configuration, de licence, d'évolution, d'interopérabilité, de formation et de migration de données de même que les coûts de tout autre élément jugé pertinent par l'organisme en lien avec les biens acquis. » (Nos soulignements)

Par ailleurs, au terme de cet exercice, l'organisme public doit transmettre à chaque soumissionnaire, tel que le prévoit l'article 31 du Règlement, la valeur des coûts additionnels qui ont été considérés dans le cadre de sa soumission dans les 15 jours suivant l'adjudication du contrat.

Ainsi, ce mode d'adjudication permet aux organismes publics de considérer, aux fins d'adjudication seulement, certains postes de coûts additionnels qu'il aura préalablement déterminés aux DAO en lien avec l'acquisition projetée, et ce, afin d'obtenir un portrait global lui permettant de retenir la solution la plus avantageuse économiquement. Pour ce faire, dans un souci de transparence et d'équité entre les soumissionnaires, ces coûts doivent s'appuyer sur des éléments quantifiables et mesurables. En l'espèce, c'est à partir de la solution proposée par chaque fournisseur potentiel dans sa soumission que le CIUSSSCN sera en mesure d'évaluer les coûts additionnels à ajouter aux prix soumis par chaque soumissionnaire, afin d'obtenir le CTA.

En l'espèce, le CIUSSSCN a bel et bien déterminé dans ses DAO des postes de coûts additionnels liés à l'implantation d'un nouveau DMÉ. Toutefois, alors même qu'il n'a reçu aucune soumission, il mentionne à l'addenda 3 qu'un montant de 167 799,94 \$ sera uniformément ajouté à chaque soumission reçue, à l'exception de celle du fournisseur actuel. L'organisme public précise également qu'aucun ajustement de ces coûts additionnels ne sera fait en fonction des propositions reçues. Cette approche contrevient aux obligations prévues à l'article 15 du Règlement et ne permet pas la réalisation de l'objectif poursuivi par la prise en compte du CTA. En effet, le fait d'imputer uniformément à chaque prix soumis un montant fixe est à effet nul et ne permet pas de comparer équitablement les soumissions entre elles afin de faire bénéficier de la solution la plus avantageuse économiquement au CIUSSSCN.

5. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents 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 manquement au cadre normatif;

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

ORDONNE au CIUSSSCN de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les documents de l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1311740 au SEAO afin qu'il respecte les règles relatives à l'utilisation du mode d'adjudication prévu à l'article 15 du *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information* et, à cette fin, qu'il retire les informations prévoyant l'imputation uniforme d'un montant fixe représentant les coûts additionnels qu'il a

préalablement établis à toutes les soumissions qui seront déposées, et ce, sans égard à leur contenu.

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

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 5 décembre 2019

Denis Gallant, Ad. E.
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ