

Décision ordonnant à HEC Montréal de modifier l'appel d'offres public 1489326 (art. 29 (1) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No de l'ordonnance : 2021-05

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29, 53 et 55

1. Aperçu

Le 14 mai 2021, HEC Montréal a publié un appel d'offres public pour l'acquisition d'équipements de sécurité en lien avec un réseau de télécommunications destiné à son nouveau campus du centre-ville de Montréal. Le processus d'adjudication du contrat choisi est celui du prix ajusté le plus bas et la règle d'adjudication retenue implique que le coût total d'acquisition (le « CTA ») soit considéré par HEC Montréal afin de déterminer quel soumissionnaire en sera l'adjudicataire.

Suivant une analyse effectuée dans le cadre d'une communication de renseignements, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a déclenché, le 17 août 2021, un processus d'intervention de sa propre initiative puisque HEC Montréal ne semblait pas agir, à l'égard de ce processus, en conformité avec le cadre normatif qui lui est applicable¹.

Lors de son examen, l'AMP s'est penchée sur l'utilisation faite du CTA dans le cadre de ce processus. Les problèmes identifiés par l'AMP portent sur la détermination des éléments sur lesquels se fonde HEC Montréal aux fins de l'ajustement des prix pour le calcul du CTA, la méthode d'évaluation et d'application des coûts additionnels, ainsi que le choix de l'un des éléments qui le composent.

L'examen de l'AMP la porte à conclure que HEC Montréal n'a pas respecté le cadre normatif qui lui est applicable.

¹ *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1, art. 53

2. Questions en litige

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

1. HEC Montréal a-t-elle respecté ses obligations relatives à l'utilisation du CTA aux fins de l'adjudication du contrat?

3. Analyse

HEC Montréal est un organisme public au sens de l'article 4 (5) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*² (la « LCOP »). Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, HEC Montréal est notamment tenue de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1. HEC Montréal a-t-elle respecté les obligations relatives à l'utilisation du CTA aux fins de l'adjudication du contrat?

HEC Montréal a contrevenu à certaines des obligations prévues aux articles 5 (7) et 15 du *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*³ (« RCTI ») se rapportant à l'utilisation du CTA dans le cadre de ce processus.

Le CTA représente le montant obtenu par l'ajout au prix soumis des coûts additionnels⁴ liés à l'acquisition que l'organisme public devra assumer. Ces coûts additionnels ne sont pas compris dans le prix soumis et sont établis en fonction des renseignements contenus dans chaque soumission. Le CTA est utilisé dans le but de déterminer quel soumissionnaire sera l'adjudicataire du contrat.

Selon le *Guide des bonnes pratiques concernant les contrats en matière de technologies de l'information*⁵ (le « Guide »), le CTA « a pour but de comparer équitablement les différentes options pour permettre une prise de décision éclairée ». On y recommande notamment que l'organisme public qui souhaite considérer le CTA aux fins de l'adjudication de son contrat s'interroge quant à l'impact qu'aura son utilisation sur la concurrence.

L'article 5 (7) du RCTI traite du contenu des documents d'appel d'offres et précise que « les éléments sur lesquels l'organisme se fonde aux fins de l'ajustement des prix pour le calcul du coût total d'acquisition visé à l'article 15 » doivent être prévus aux documents d'appel d'offres.

² RLRQ, c. C-65.1

³ RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1

⁴ Aussi appelés « coûts d'impact ».

⁵ *Guide des bonnes pratiques concernant les contrats en matière de technologies de l'information*, Secrétariat du Conseil du trésor, 2016, p. 27

L'article 15 du RCTI consacre le droit pour les organismes publics de considérer, aux fins de déterminer le prix ajusté le plus bas d'une soumission dans le cadre de l'adjudication d'un contrat comprenant une acquisition de biens, les coûts additionnels qui peuvent être liés à cette acquisition. Il y est par ailleurs établi que l'ajustement des prix en fonction des coûts additionnels doit s'effectuer après le dépôt des soumissions, selon les renseignements qui y sont contenus. Cette disposition prévoit également que les éléments utilisés dans le but d'établir le CTA et décrits dans les documents d'appel d'offres doivent être quantifiables et mesurables. Le troisième alinéa spécifie que « [p]our 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 ».

Finalement, selon l'article 31 du RCTI, l'organisme public qui a considéré des coûts additionnels aux fins de l'adjudication de son contrat doit transmettre à chaque soumissionnaire la valeur de ceux-ci, et ce, dans les 15 jours suivant son adjudication.

Les règles qui gouvernent le recours au CTA aux fins de l'adjudication d'un contrat s'inscrivent dans un objectif de transparence et permettent de s'assurer de l'objectivité de l'utilisation faite de cette règle d'adjudication, favorisant ainsi le traitement intègre et équitable des concurrents⁶.

Identification des éléments

Le bordereau de prix contient une section intitulée « coût d'impact », dans laquelle HEC Montréal indique simplement qu'un montant de 135 000 \$ sera ajouté au prix soumis pour des produits de manufacturiers autres que Cisco à titre de coûts additionnels.

En réponse aux questions posées par les soumissionnaires à l'égard des coûts additionnels, HEC Montréal précise, dans l'addenda 2, que « [I]es calculs sont établis sur une période de cinq ans et correspondent aux heures estimées de dédoublement de travail (maintien/support/évolution), des formations futures et/ou recours à des consultants pour des projets futurs ».

L'examen réalisé par l'AMP révèle que HEC Montréal s'est prêtée à l'exercice de définir de façon plus précise cinq éléments qui composent les coûts additionnels. Elle indique toutefois ne pas avoir inclus ces informations aux documents d'appel d'offres, jugeant qu'elle n'était pas tenue de les fournir en détail.

Selon les informations obtenues par l'AMP, cette décision de HEC Montréal, qui était motivée par la possibilité que la publication de ces renseignements mène à la réception de contestations des soumissionnaires, entre en contradiction avec l'objectif de transparence⁷ du processus établi par l'article 15 du RCTI.

⁶ LCOP, art. 2 (1) et (2)

⁷ LCOP, art. 2 (1)

En ce qui a trait plus précisément aux éléments qui composent les coûts additionnels que souhaite considérer HEC Montréal pour établir le CTA aux fins de l'adjudication du contrat, bien que les addendas publiés fassent partie intégrante des documents d'appel d'offres, les informations rendues accessibles aux soumissionnaires à cet effet sont insuffisantes puisqu'elles ne permettent pas de distinguer clairement quels sont ces cinq éléments tels qu'ils ont été communiqués à l'AMP. Cette façon de faire contrevient à l'article 5 (7) du RCTI, lequel requiert que les documents d'appel d'offres incluent les éléments sur lesquels un organisme se fonde aux fins de l'ajustement des prix pour le calcul du CTA.

Méthode d'évaluation et d'application des coûts additionnels

Le formulaire de soumission indique que « [p]our tenir compte d'une complexité accrue et d'une perte d'efficacité opérationnelle résultant de solutions de manufacturiers différents, un coût d'impact de 135 000 \$ est imputé aux soumissions qui proposent des équipements autres que Cisco ». Il y est également mentionné que « [l]es coûts additionnels sont additionnés [sic] au prix ajusté suite à [sic] l'analyse qualitative ».

Le bordereau de prix contient une section intitulée « coût d'impact », où le soumissionnaire doit indiquer si la solution proposée comprend du matériel d'un manufacturier différent de l'actuel. Le montant qui est donc associé aux coûts additionnels est de 135 000 \$. Si un soumissionnaire indique que son matériel est de marque Cisco, les coûts additionnels s'ajustent à 0 \$, alors que si un soumissionnaire indique que son matériel est de marque « autre », les coûts additionnels sont automatiquement fixés à 135 000 \$.

Il en ressort que HEC Montréal imputera un montant de 135 000 \$ au prix de chacune des soumissions qui proposeront du matériel d'un manufacturier autre que Cisco, et ce, sans opérer de distinction quant au contenu de ces soumissions.

L'AMP estime que HEC Montréal contrevient à l'article 15 du RCTI en ce que le coût total d'acquisition doit faire l'objet d'une analyse au regard des informations contenues dans les soumissions reçues et des spécificités qui sont propres à chacune d'elles. L'imputation d'un prix uniforme à tous les soumissionnaires autres que ceux qui proposent des équipements Cisco ne permet pas à HEC Montréal de comparer équitablement les soumissions de façon à retenir la plus avantageuse économiquement.

Par ailleurs, un recours inadéquat à la règle d'adjudication qu'est celle du CTA, particulièrement lorsque celle-ci est utilisée afin de comparer une soumission permettant la continuité avec la technologie en place à des soumissions proposant un changement de technologie, peut avoir pour effet de créer une barrière à la concurrence.

Éléments quantifiables et mesurables

Lors de l'examen réalisé, HEC Montréal a indiqué à l'AMP que les éléments qui composent les coûts additionnels de 135 000 \$ comprennent les coûts attribuables au « support expert ».

Selon les observations transmises, HEC Montréal entend par « support expert » qu'elle pourrait devoir engager certaines dépenses afin de se prévaloir des services d'un expert externe si des enjeux particuliers survenaient et qu'elle ne pouvait les régler elle-même.

Après analyse des observations reçues, l'AMP est d'avis que le coût associé à l'obtention d'une expertise externe en cas de problème est une situation que HEC Montréal juge susceptible de se produire. Or, l'article 15 du RCTI établit que les éléments composant les coûts additionnels doivent être quantifiables et mesurables. Dans ce contexte, ces notions indiquent que ces éléments doivent être déterminables et ne peuvent, par conséquent, être incertains.

4. Considérations additionnelles

L'évaluation des besoins est une étape importante du processus contractuel, laquelle doit être réalisée de façon rigoureuse⁸. Celle-ci comprend notamment une analyse du marché visé, ce qui permet de s'assurer que les exigences contenues aux documents d'appel d'offres sont bel et bien requises et qu'elles permettent une mise en concurrence. Les *Balises à l'égard des exigences et des critères contractuels*⁹ établissent, à titre de bonnes pratiques, l'importance d'une documentation adéquate des démarches liées aux différentes facettes de l'évaluation des besoins par les organismes publics. L'analyse du marché est l'une de ces facettes.

Lorsque qu'elle a été questionnée quant à l'analyse du marché réalisée avant le lancement de l'appel d'offres public, la personne interrogée par l'AMP a affirmé avoir une bonne connaissance du marché visé puisqu'elle a travaillé sur plusieurs appels d'offres dans ce domaine. Lorsque l'AMP a réclamé les documents faisant état de l'analyse du marché qui a été réalisée, HEC Montréal lui a indiqué qu'aucun document n'avait été produit à cette fin.

L'AMP soumet que HEC Montréal devrait, à l'avenir, documenter les démarches préalables qu'elle réalise, notamment l'analyse du marché.

⁸ LCOP, art. 2 (4)

⁹ *Balises à l'égard des exigences et des critères contractuels, bonnes pratiques concernant les contrats en matière de technologies de l'information*, Secrétariat du Conseil du trésor

5. Conclusion

VU l'insuffisance de la description des éléments qui composent les coûts additionnels aux fins du calcul du coût total d'acquisition;

VU la méthode d'évaluation et d'application des coûts additionnels prévue pour le calcul du coût total d'acquisition aux fins de l'adjudication du contrat;

VU l'utilisation d'un élément aux fins du calcul des coûts additionnels qui n'est ni quantifiable, ni mesurable;

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

ORDONNE à HEC Montréal de modifier, à la satisfaction de l'AMP, les documents de l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1489326 au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec afin de respecter les obligations relatives à la règle d'adjudication choisie prévues aux articles 5 (7) et 15 du *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information* et, à cette fin, qu'elle :

- indique, dans ses documents d'appel d'offres, chacun des éléments sur lesquels elle se fonde aux fins de l'ajustement des prix pour le calcul du coût total d'acquisition;
- remplace le mécanisme d'imputation uniforme d'un montant fixe aux soumissions reçues par un mécanisme qui répond aux exigences des articles précités, notamment qui prévoit que l'ajustement du prix s'effectue après le dépôt des soumissions, selon les renseignements contenus dans chaque soumission;
- retire les éléments qui ne sont ni quantifiables, ni mesurables – tel que le « support expert » – des éléments sur lesquels elle se fonde aux fins de l'ajustement des prix pour le calcul du coût total d'acquisition.

Fait le 25 août 2021

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