

Décision ordonnant au Cégep de Chicoutimi de modifier l'appel d'offres public identifié sous le numéro de référence 1571702

No de l'ordonnance : 2022-02

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

1. Aperçu

Le 15 février 2022, le Cégep de Chicoutimi (le « Cégep ») a publié l'avis d'appel d'offres S22-228, dont le numéro de référence au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec est le 1571702, dans le but de conclure un contrat pour l'acquisition de pare-feux du manufacturier Fortinet Technologies (Canada) ULC (« Fortinet »). La durée prévue du contrat est de cinq ans. L'appel d'offres, selon le mode d'adjudication du prix le plus bas, s'adresse uniquement aux revendeurs autorisés de Fortinet qui désirent soumissionner pour la fourniture et l'installation de pare-feux Fortinet.

Le 1^{er} mars 2022, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu une plainte jugée recevable. En cours de vérification, il a été constaté que le plaignant ne pouvait être considéré comme une personne intéressée. En conséquence, l'AMP a traité la plainte comme une communication de renseignements et a subséquemment initié une intervention le 3 mai 2022¹.

Le communicant a allégué que l'appel d'offres empêche d'autres concurrents qualifiés de soumissionner. Il souligne, en outre, qu'il a la capacité de répondre aux besoins du Cégep.

À la suite de son examen, l'AMP conclut que le Cégep n'a pas respecté le cadre normatif auquel il est assujéti, puisqu'il aurait été possible pour ce dernier de permettre à des entreprises autres que les revendeurs autorisés de Fortinet de déposer une soumission.

2. Questions en litige

Les questions sur lesquelles l'AMP doit se prononcer sont les suivantes :

1. Est-ce que l'approche préconisée par le Cégep en vue de réaliser son évaluation des besoins était suffisamment rigoureuse et adéquate pour soutenir la décision

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

d'écarter des concurrents qualifiés et de limiter l'appel d'offres aux seuls revendeurs autorisés du manufacturier Fortinet?

2. Le Cégep pouvait-il prévoir, dans ses documents d'appel d'offres, des conditions limitant la capacité de concurrents à y participer, bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés?

3. Analyse

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

3.1 Est-ce que l'approche préconisée par le Cégep en vue de réaliser son évaluation des besoins était suffisamment rigoureuse et adéquate pour soutenir la décision d'écarter des concurrents qualifiés et de limiter l'appel d'offres aux seuls revendeurs autorisés du manufacturier Fortinet?

Le Cégep, par son appel d'offres, a limité le bassin de soumissionnaires potentiels aux seuls revendeurs autorisés de Fortinet. Bien qu'il soit reconnu en jurisprudence qu'une telle limitation puisse être valable³, l'AMP doit conclure, à la lumière des informations obtenues dans le cadre de sa vérification, que le Cégep n'a pas adéquatement évalué ses besoins et, ce faisant, qu'il s'est privé de la possibilité de recevoir des soumissions de concurrents qualifiés.

La LCOP comporte, à son article 2, les principes qui doivent guider les actions posées par les organismes publics. Il y est notamment souligné, au quatrième paragraphe, l'importance de mettre en place des procédures efficaces et efficientes, lesquelles comportent, entre autres, une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse. Ce principe est au cœur de la procédure de préparation à la publication d'appel d'offres public. Lorsque dûment appliqué, il permet aux organismes publics, dans tout processus d'adjudication, de considérer la capacité du marché à répondre aux conditions de l'appel d'offres. Ainsi, le respect du principe d'une évaluation préalable des besoins qui soit adéquate et rigoureuse contribue à ce que les organismes publics qui publient un appel d'offres puissent solliciter un appel à la concurrence de plusieurs entreprises pour en retirer tous les bénéfices. Par ailleurs, il est précisé, au troisième paragraphe, que les concurrents qualifiés doivent pouvoir disposer de la possibilité de participer aux appels d'offres des organismes publics.

En l'espèce, les allégations du communicant reçues par l'AMP sont à l'effet que l'appel d'offres contrevient à la LCOP en prévoyant des conditions qui ne permettent pas à des concurrents qualifiés autres que les revendeurs autorisés de Fortinet de déposer une soumission. Au surplus, celles-ci indiquent que le Cégep a concédé au communicant

² RLRQ c. C-65.1

³ Voir notamment *Soprema inc. c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, 2009 QCCS 3018

qu'il offrait une technologie similaire, mais que les conditions de l'appel d'offres, telles que rédigées, seraient toutefois maintenues.

Le communicant a également souligné au Cégep être en mesure de proposer une solution à prix plus compétitif que celle de Fortinet, et ce, en prenant en considération les coûts d'impact de migration. Il a, par ailleurs, assuré qu'il était apte à effectuer un travail de migration dans des délais aussi rapides qu'un déploiement de la nouvelle solution Fortinet. En outre, il a affirmé avoir la capacité d'offrir une formation efficace et dit avoir soutenu, chaque année, plusieurs centaines d'organisations dans l'atteinte des habilités et des performances souhaitées, et ce, dans des délais rapides. Celui-ci a donc conclu qu'il était injustifié pour le Cégep de maintenir sa position limitant le bassin de soumissionnaires potentiels aux seuls revendeurs autorisés de Fortinet.

Les informations fournies à l'AMP dans le cadre de sa vérification lui ont permis de constater que le Cégep a réquisitionné, en date du 29 septembre 2021, les budgets nécessaires à l'acquisition de pare-feux de marque Fortinet. Sur cette réquisition, des notes spécifiques indiquaient notamment que la priorité de cet achat était « standard » et qu'aucune équivalence n'était envisagée.

L'AMP constate qu'à ce moment, aucune des étapes prévisibles en lien avec une évaluation préalable et rigoureuse n'avaient été entamées. Selon les témoignages recueillis auprès du personnel du Cégep, l'analyse n'a été réalisée que trois ou quatre semaines avant la publication de l'appel d'offres, soit le 15 février 2022. Or, cette analyse s'est résumée à quelques discussions, lesquelles ont fait suite à des rencontres entre les experts en technologies de l'information du Cégep et le responsable de l'application des règles contractuelles. Au surplus, l'analyse de l'AMP confirme que la rédaction du devis d'appel d'offres repose sur des documents d'appel d'offres précédents publiés par deux autres organismes publics, le devis leur étant très semblable.

Le Cégep a aussi expliqué que le processus d'acquisition a été pensé en fonction du Décret 529-2021⁴, considérant qu'une transition technologique l'exposerait à un risque de rupture de services et menacerait le bon fonctionnement de ses systèmes de mission. Pour cette raison, il serait justifié qu'aucun autre produit ne puisse être substitué aux biens indiqués au devis. Or, le Décret 529-2021 autorise non pas le Cégep, mais le Centre d'acquisitions gouvernementales, sous certaines conditions, à conclure de gré à gré des contrats à commandes pour l'acquisition de logiciels au bénéfice d'un regroupement d'organismes publics auprès de fournisseurs spécifiquement identifiés en annexe de ce décret. De plus, l'AMP constate que le fournisseur Fortinet n'y est pas identifié.

Par ailleurs, le Cégep a ajouté que, bien que des équipements de différents manufacturiers puissent théoriquement cohabiter dans un même environnement technologique, ils ne peuvent s'intégrer à une console de gestion unique. Or, le Cégep a confirmé que l'acquisition de cette console de gestion intégrée est une toute nouvelle acquisition, laquelle fait l'objet de l'appel d'offres, au même titre que les autres composantes requises par l'appel d'offres.

⁴ Décret 529-2021 du 7 avril 2021 (2021) 153 G.O. II, 2146

Enfin, le Cégep a considéré que les principes directeurs de la *Directive gouvernementale sur la sécurité de l'information*⁵, en vigueur depuis le 8 décembre 2021, imposaient des résultats à très court terme; c'est ainsi qu'il a été décidé d'orienter l'acquisition vers l'ajout d'équipements plutôt que de procéder au remplacement de tous les équipements. Cependant, l'analyse de l'AMP ne permet pas de conclure que de tels principes directeurs imposent des résultats « à très court terme ».

Dans les faits, la *Directive gouvernementale sur la sécurité de l'information* « énonce les principes directeurs devant être appliqués et prévoit une gouvernance de la sécurité de l'information qui repose sur une structure de coordination, de concertation et de soutien aux organismes publics en telle matière ». De plus, elle « prévoit des règles applicables aux organismes publics en vue d'assurer, en matière de sécurité de l'information, la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité de l'information tout au long de son cycle de vie, et afin de couvrir des enjeux particuliers en telle matière »⁶. Aucune section ni article de cette directive n'impose donc de délais eu égard à son application ou à son respect.

Enfin, l'AMP constate qu'aucun argument formulé par le Cégep en ce qui concerne les justifications portant sur ses conclusions pour obtenir des pare-feux que de la part de Fortinet ne repose sur son propre *Règlement no 11 – Relatif aux contrats d'approvisionnement, de services, de travaux de construction et technologies de l'information*, adopté en date du 26 avril 2010 et modifié à six reprises depuis, notamment en date du 15 février 2021. En effet, l'AMP note plusieurs manquements à ce règlement, notamment aux articles suivants :

« 1.05.1 Principe de saine gestion

Toute activité de gestion contractuelle menée au nom du Collège doit être accomplie selon des principes de transparence, d'intégrité, d'équité, d'efficacité et d'efficacités, de même que dans le respect des lois et des règlements applicables.

1.05.14 Rotation des concurrents ou des contractants

Le Collège s'assure d'avoir recours à une rotation des concurrents et des contractants auxquels il fait appel et s'assure également de recourir à de nouveaux concurrents ou contractants lorsque le marché le permet.

1.06.3 Les requérants

Chaque requérant a la responsabilité, en coordination avec le Service de la gestion contractuelle et des acquisitions, de fournir précisément ses besoins en donnant toutes les indications appropriées [...].

1.06.4 Le Service de la gestion contractuelle et des acquisitions

Sous réserve de l'article 1.05.13, la conclusion des contrats (biens, services, travaux de construction et technologies de l'information) relève de la seule

⁵ https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/ressources_informatiques/directives/directive_securite_information2021.pdf

⁶ Idem, art. 1

autorité du Service de la gestion contractuelle et des acquisitions. Il a la responsabilité d'assurer une rotation des fournisseurs pour tous les types de contrats et de déterminer les modes de sollicitation lorsque plusieurs options sont possibles.

2.01 Détermination des besoins

Chaque direction de services a la responsabilité de définir la nature de ses besoins. À cette fin, elle transmet au Service de la gestion contractuelle et des acquisitions les spécifications des biens ou des services demandés. Ces informations doivent être suffisamment précises afin que le Service de la gestion contractuelle et des acquisitions puisse poursuivre le processus menant jusqu'à l'obtention du bien et/ou du service requis.

Elle doit également se référer aux autres services, soit le Service des ressources informationnelles, ainsi que le Service des ressources matérielles lorsque nécessaire afin d'évaluer les besoins connexes du bien ou du service demandé.

[Nos soulignements]

2.02 Choix des fournisseurs

Le requérant est invité à suggérer un ou des fournisseurs potentiels pouvant répondre à ses besoins [...] »

L'AMP conclut que le Cégep n'a pas respecté ses propres procédures et n'a pas évalué ses besoins de façon adéquate et rigoureuse. Par son approche, il a empêché d'autres concurrents qualifiés de participer à son appel d'offres. Ce faisant, il n'a pas respecté les principes établis au troisième et au quatrième paragraphes de l'article 2 de la LCOP.

3.2 Le Cégep pouvait-il prévoir, dans ses documents d'appel d'offres, des conditions limitant la capacité de concurrents à y participer, bien qu'ils soient qualifiés pour répondre aux besoins exprimés?

En l'espèce, l'AMP conclut que de telles conditions auraient pu être intégrées aux documents d'appel d'offres du Cégep, mais que celles-ci auraient dû être accompagnées de modalités particulières afin de prévoir la possibilité pour un fabricant autre que Fortinet de faire la démonstration de la faisabilité de l'intégration de deux systèmes.

À l'instar d'appels d'offres similaires, l'analyse de l'AMP permet de conclure qu'un organisme public peut établir, dans ses documents d'appel d'offres, des conditions ayant pour effet de limiter l'accès à certains concurrents qualifiés, lorsqu'il est possible de démontrer que ces dernières sont soutenues par une analyse adéquate et rigoureuse des besoins. Cela étant, conformément au troisième paragraphe de l'article 2 de la LCOP, un organisme public doit être en mesure de promouvoir « la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ». Un organisme public doit donc s'efforcer de concilier ses besoins légitimes avec la nécessité de s'ouvrir à la concurrence.

Le contexte du présent appel d'offres n'est pas unique. L'AMP reconnaît les enjeux de complexité et d'efforts requis pour déployer une solution autre que celle du manufacturier pressenti. Toutefois, elle est d'avis que la possibilité de soumissionner peut être offerte à d'autres manufacturiers en prévoyant des coûts de transition et la démonstration de la faisabilité de l'intégration de deux systèmes.

En l'espèce, les informations initiales reçues par l'AMP, ainsi que les explications fournies par le Cégep, démontrent qu'il était à tout le moins possible pour les produits Fortinet et les produits de concurrents de coexister dans un même environnement technologique. Même le Cégep a considéré cette coexistence, la qualifiant de « théoriquement possible ». L'AMP en arrive donc à la conclusion que le Cégep, dans le cas présent, ne pouvait pas limiter son appel d'offres aux seuls revendeurs de Fortinet sans, à tout le moins, prévoir la possibilité de reconnaître la compatibilité des produits d'un concurrent.

4. Conclusion

VU l'obligation d'effectuer une évaluation préalable adéquate et rigoureuse de ses besoins;

VU l'obligation d'offrir la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics;

VU les manquements au cadre normatif;

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

ORDONNE au Cégep de Chicoutimi de revoir, à la satisfaction de l'AMP, les documents de l'appel d'offres public identifié au système électronique d'appel d'offres sous le numéro de référence 1571702 afin d'y apporter les modifications nécessaires pour prévoir la possibilité pour des fabricants autres que Fortinet de faire la démonstration de la faisabilité de l'intégration de deux systèmes.

Fait le 16 mai 2022

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ