

Recommandation formulée au conseil municipal de la Ville de Notre-Dame-de-l'Île-Perrot de modifier la demande de soumissions publique 1397998 (art. 29 (1) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)

No recommandation : 2020-04

Loi sur l'Autorité des marchés publics
RLRQ, c. A-33.2.1 a. 29 (1), 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 8 septembre 2020, l'AMP reçoit une plainte portant sur une demande de soumissions publique diffusée le 10 août 2020 par la Ville de Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (la « Ville ») et identifiée au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (« SEAO ») sous le numéro de référence 1397998. Cette demande de soumissions vise l'acquisition de deux camions autopompes-citernes.

a) Motifs de plainte

Les motifs de plainte portent sur les spécifications techniques, ainsi que sur le processus d'approbation des équivalences prévus au document de demande de soumission (le « DDS »).

D'une part, le plaignant est d'avis que certaines des exigences prévues au DDS sont si spécifiques qu'elles semblent avoir été rédigées afin de favoriser certains soumissionnaires potentiels. L'exigence relative aux longerons du châssis, par exemple, est au nombre des spécifications techniques identifiées par le plaignant.

¹ RLRQ, c. A-33.2.1

Il souligne également que les spécifications techniques ne sont pas décrites en termes de performance, mais bien en termes de caractéristiques descriptives. Ces deux éléments auraient pour effet de restreindre indûment la concurrence et d'empêcher des soumissionnaires qualifiés de participer au processus de demande de soumissions.

D'autre part, le plaignant soulève que le processus d'approbation des équivalences ne prévoit pas la possibilité, pour les soumissionnaires, de présenter une telle demande à l'égard des items listés au DDS pour lesquels la Ville ne spécifie pas de marques ou de modèles. Également, le plaignant soulève les difficultés posées par le processus d'approbation des équivalences prévu au DDS. Il réfère, plus spécifiquement, à la condition qui prévoit que la preuve d'équivalence doit être faite par une personne indépendante. Il affirme que cette condition requiert des soumissionnaires qu'ils complètent des démarches nécessitant de nombreuses heures de travail et des dépenses importantes. Il déplore également que, malgré la lourdeur des démarches qui doivent être réalisées par les soumissionnaires afin de présenter une demande d'équivalence, la Ville se réserve le droit de rejeter toute demande qui ne répond pas à ses exigences. Le plaignant soutient que ces conditions portent atteinte au principe du traitement intègre et équitable des soumissionnaires et empêche des concurrents qualifiés de participer au processus.

b) Observations de la Ville

Dans les observations reçues, la Ville fait état des démarches préalables réalisées dans le cadre de la demande de soumissions pour l'acquisition de camions autopompes-citernes.

La Ville indique avoir obtenu les conseils des dirigeants du Service incendie d'une ville voisine, avec qui elle s'est associée pour l'offre des services incendie sur son territoire. Elle explique que les individus consultés ont une bonne connaissance du domaine en raison de leur implication dans celui-ci. La Ville ajoute avoir consulté les documents publiés au SEAO pour le même type de besoin par d'autres villes dans le cadre de la préparation des documents de demande de soumissions. Elle fait aussi mention que plusieurs manufacturiers ont été consultés par le passé par les conseillers de la Ville. Elle précise qu'elle a également avoir considéré les produits offerts par ces manufacturiers en consultant leurs sites Internet. Finalement, la Ville affirme que plusieurs manufacturiers peuvent répondre aux exigences contenues à la demande de soumissions.

Quant à la description des spécifications techniques en termes de performance, la Ville fait valoir, dans les observations transmises, qu'elle a « [...] tenté le plus possible de décrire les éléments du devis en termes de dimensions ou de fonctionnalité/performance. » Elle affirme cependant que « dans un domaine aussi spécialisé que le domaine des véhicules incendie » et selon le temps dont elle disposait afin de préparer la demande de soumissions, « il devenait difficile de décrire chacun des équipements, pièces et fonctions en termes de performance ».

À l'égard du processus d'approbation des équivalences prévu au DDS, la Ville fait valoir que celui-ci « prévoit explicitement, la possibilité pour toute entreprise de (nous) transmettre une demande d'équivalence ». Elle est d'avis que, de ce fait, il ne lui apparaît pas que « quelque entreprise que ce soit puisse être empêchée de soumissionner du fait de ces précisions ». La Ville affirme également qu'elle considère que le délai laissé aux soumissionnaires afin de déposer une demande de soumissions est suffisant. Elle ajoute que d'obtenir les demandes d'équivalence avant l'ouverture des soumissions lui permettra d'en faire l'analyse et, le cas échéant, « d'émettre un addenda au moins 7 jours avant la date prévue de l'ouverture des soumissions de façon à ne pas avoir à retarder cette dernière ».

3. Cadre normatif applicable

La Ville est une municipalité visée par la *Loi sur les cités et villes*² (la « LCV »). Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, la Ville est tenue de respecter les dispositions de la LCV, des règlements qui en découlent, ainsi que de son propre règlement sur la gestion contractuelle.

Conformément à l'article 37 de la Loi, le rôle de l'AMP est de déterminer, à la suite d'une plainte relativement à un processus d'adjudication, si les documents de demande de soumissions 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.

En l'espèce, puisque les vérifications effectuées par l'AMP dans le cadre de l'examen de la plainte concernent un organisme municipal, toute décision de l'AMP doit prendre la forme d'une recommandation au conseil de cet organisme.

4. Analyse

Quant aux spécifications techniques

L'article 573.1.0.14 de la LCV énonce certaines obligations auxquelles sont assujettis les organismes municipaux (les « OM »), notamment dans le cadre d'une demande de soumissions faite en vertu de l'article 573 de cette loi. Cette disposition de droit nouveau établit une obligation pour les OM de décrire les spécifications techniques ou les exigences qu'ils requièrent afin de combler leurs besoins en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives. Ce n'est qu'à défaut de pouvoir le faire qu'ils peuvent avoir recours à des caractéristiques descriptives. Dans un tel cas, ils doivent alors permettre la présentation d'équivalences aux caractéristiques descriptives énoncées.

² RLRQ, c. C-19

Il en ressort que la description des besoins des OM en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle constitue désormais la règle générale, alors que l'utilisation de caractéristiques descriptives afin de traduire les besoins relève de l'exception. Afin de pouvoir déroger au principe général énoncé à l'article 573.1.0.14 de la LCV, les OM doivent conclure qu'il n'y a aucun moyen suffisamment clair, précis ou intelligible de décrire autrement leurs exigences.

La description des spécifications en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle exige des OM qu'ils définissent les résultats attendus et qu'ils laissent aux soumissionnaires le choix des moyens pour y parvenir. Cette façon de faire a pour avantage de favoriser la mise en concurrence et, donc, de permettre aux OM d'obtenir des solutions innovatrices qui répondent à leurs besoins, et ce, au meilleur prix. Elle permet également d'éviter que des soumissionnaires potentiels ne soient dissuadés de soumissionner en raison de la charge de travail additionnelle et des coûts liés à la présentation d'une demande d'équivalence.

En l'espèce, au DDS, la Ville décrit principalement ses spécifications techniques en ayant recours à des caractéristiques descriptives telles que les dimensions, les matériaux, les marques ou les modèles. Comme précédemment mentionné, dans les observations qu'elle a acheminées, elle indique avoir tenté de décrire « en termes de dimensions ou de fonctionnalité/performance » mais qu'en raison des spécificités propres à ce type de véhicule ainsi que des contraintes liées au temps, « il devenait difficile de décrire chacun des équipements, pièces et fonctions en termes de performance ».

Suivant l'examen réalisé, l'AMP est d'avis que les explications fournies par la Ville quant à son incapacité de décrire les exigences en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle sont insuffisantes. En effet, la Ville doit être en mesure d'expliquer les raisons qui l'ont menée à s'écarter de la règle générale qu'est la description des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle. L'AMP ajoute qu'advenant le cas où il serait justifié pour la Ville de déroger à la règle générale en raison de la spécificité de son besoin, elle devrait être en mesure de justifier en quoi la description en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle n'est pas suffisamment précise ou intelligible.

Par conséquent, l'AMP en vient à la conclusion que la Ville ne s'est pas conformée à la règle générale qu'est la description des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle prévue à l'article 573.1.0.14 de La LCV sans pour autant pouvoir justifier cet écart. Ce faisant, elle risque d'écarter des soumissionnaires qualifiés du processus de demande de soumissions.

Quant au processus d'approbation des équivalences

Comme précédemment mentionné, à défaut de pouvoir décrire les spécifications requises afin de combler leurs besoins en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle, l'article 573.1.0.14 de la LCV impose aux OM l'obligation de prévoir que sera considérée conforme toute équivalence à des caractéristiques descriptives.

De prime abord, la clause 7.1 du DDS prévoit la possibilité, pour les soumissionnaires, de présenter une demande d'équivalence « pour des marques ou des modèles autres que ceux qui sont décrits aux devis techniques ». Or, l'AMP constate, à la lecture du DDS, que plusieurs des descriptions de composantes des camions autopompes-citernes sont décrites en termes de caractéristiques descriptives sans pour autant qu'une marque ou qu'un modèle en particulier soit cité :

Châssis (technique)

Le cadre du châssis aura un minimum de 6 traverses galvanisées boulonnées.

[...]

Longerons d'une hauteur de minimum de 12 pouces

Longerons d'une épaisseur de minimum 3/8 de pouces

Doublure de longerons non acceptée

L'article 573.1.0.14 de la LCV requiert des OM qu'ils prévoient la possibilité de présenter des équivalences dans les cas où ils décrivent les spécifications techniques en termes de caractéristiques descriptives puisqu'il ne leur est pas possible de le faire en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle, et non pas uniquement dans les cas où une marque ou un modèle est cité.

En l'espèce, dans la réponse à la plainte qui lui a été adressée et qui a été acheminée à l'AMP, la Ville indique que le processus d'approbation des équivalences prévu au DDS « permet à toute entreprise intéressée de présenter une demande d'équivalence en remplacement des produits, mesures, marques et modèles prévus aux devis techniques ». Cependant, l'AMP a des réserves quant à la façon dont cette position se reflète dans le processus d'équivalence tel qu'il apparaît au DDS.

Par conséquent, l'AMP conclut que la Ville doit se conformer à l'article 573.1.0.14 de la LCV et ainsi prévoir que sera considérée conforme toute équivalence, non pas uniquement aux marques et aux modèles, mais bien à l'ensemble des caractéristiques descriptives prévues au DDS.

En outre, le plaignant déplore que, malgré la lourdeur des démarches qui doivent être entreprises par les soumissionnaires, la Ville se réserve le droit de rejeter toute demande d'équivalence qui ne satisfait pas à ses exigences. À ce sujet, il faut rappeler que le fardeau de démontrer l'équivalence repose sur les épaules des soumissionnaires. Dans le cas où une telle démonstration n'est pas faite, l'OM n'a pas l'obligation d'effectuer ses propres démarches. Ultimement, il appartient à l'OM de porter un jugement sur la demande d'équivalence qui lui est présentée.

À l'égard des difficultés qui, selon le plaignant, découlent de la lourdeur du processus d'approbation des équivalences prévu au DDS, celui-ci est composé de plusieurs conditions :

7. ÉQUIVALENCES

7.1 Demande d'équivalence

Le Soumissionnaire peut demander l'approbation d'une équivalence pour des marques ou des modèles autres que ceux qui sont décrits aux devis techniques pourvu qu'il respecte les conditions suivantes et sous réserve de l'article précédent :

- a) Qu'il lui soit impossible de fournir les marques ou les modèles identifiés;
- b) Que le ou les produits qu'il propose aient une conception qui le rende compatible, sécuritaire et compétitif [*sic*] avec le ou les produits identifiés aux spécifications techniques;
- c) Que le ou les produits possèdent les mêmes homologations que celles des produits visés;
- d) Que le rendement et la garantie des équipements soient identiques ou supérieurs à ceux du produit exigé par la Ville. (Nos soulignements)

7.2 Approbation d'une équivalence par la Ville

Un Soumissionnaire peut présenter une demande écrite au Responsable de la Ville, au moins huit (8) jours avant la date limite de réception des soumissions, pour faire accepter un produit ou service équivalent à celui demandé. Cette équivalence doit être approuvée par la Ville. La preuve d'équivalence est assumée et entièrement à la charge du Soumissionnaire qui en paie tous les frais. Cette preuve d'équivalence doit être faite par une personne indépendante. [...] (Nos soulignements)

D'emblée, on requiert des soumissionnaires qu'il leur soit « impossible de fournir les marques ou les modèles » identifiés au DDS s'ils souhaitent présenter une demande d'équivalence. Cette approche laisse entendre que les marques et les modèles indiqués ne le sont pas qu'à titre indicatif. Également, le processus d'approbation des équivalences exige des soumissionnaires que la preuve d'équivalence soit faite par une personne indépendante et que leurs demandes soient présentées huit jours avant la date prévue pour l'ouverture des soumissions. Cette façon de faire implique que les soumissionnaires effectuent des démarches afin de faire reconnaître leurs produits équivalents qui vont au-delà de la présentation de la fiche technique, document qu'ils ont souvent déjà en leur possession. Cela implique vraisemblablement que les soumissionnaires trouvent une tierce partie pouvant fournir une telle preuve et obtiennent celle-ci dans le délai imparti. Le processus, tel que décrit, requiert donc des soumissionnaires qu'ils veillent à fournir une documentation qu'ils n'ont d'autres raisons de constituer que la présente demande de soumissions.

Les obligations prévues à l'article 573.1.0.14 de la LCV témoignent de la volonté du législateur de favoriser la concurrence, de permettre au plus grand nombre de soumissionnaires de participer au processus et d'éviter que les OM ne soient tentés d'orienter leur demande de soumissions vers certains produits plutôt que d'autres. Ainsi, l'obligation de prévoir que soit considérée conforme à toute équivalence à des caractéristiques descriptives est étroitement liée à celle de décrire les spécifications techniques en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle.

Conséquemment, qu'un OM se conforme à cette disposition suivant de la règle générale ou à défaut, son exception, n'a pas pour effet d'amoindrir le degré d'ouverture des marchés qu'elles visent toutes deux à générer.

En l'espèce, l'AMP soutient que, lorsqu'elle prévoit les conditions qui sous-tendent le processus d'approbation des équivalences, la Ville a un devoir de considérer le fardeau qu'elle impose aux soumissionnaires, mais aussi de s'assurer que, ce faisant, elle ne va pas à l'encontre des principes fondamentaux des marchés publics. Cela pourrait avoir un effet dissuasif à l'égard de leur participation à la demande de soumissions et pourrait, par le fait même, priver la Ville d'obtenir le meilleur prix.

Considérant ce qui précède, l'AMP est d'avis qu'en l'espèce, c'est dans leur ensemble que les conditions qui caractérisent le processus d'approbation des équivalences portent atteinte au principe de traitement intègre et équitable des soumissionnaires, qu'elles peuvent avoir pour effet d'empêcher des soumissionnaires qualifiés de participer au processus de demande de soumissions et qu'elles sont contraires aux objectifs de l'article 573.1.0.14 de la LCV.

5. Conclusion

VU la nécessité de respecter les principes d'égalité de traitement et d'accès aux marchés publics;

VU les manquements à l'article 573.1.0.14 de la LCV;

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

RECOMMANDE que la Ville modifie le DDS identifié au SEAO sous le numéro 1397998 afin qu'il respecte la lettre et l'objet de l'article 573.1.0.14 de la LCV et, à cette fin :

- qu'elle décrive les spécifications techniques contenues au DDS en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle;
- qu'elle s'assure que le défaut de décrire les spécifications techniques en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle se fonde sur des motifs de précision ou d'intelligibilité;
- le cas échéant, qu'elle modifie le processus d'approbation des équivalences afin qu'il vise toutes les spécifications techniques décrites en termes de caractéristiques descriptives et non seulement les marques ou les modèles;
- le cas échéant, qu'elle s'assure que l'ensemble des conditions du processus d'approbation des équivalences n'ait pas pour effet de contourner l'objectif de l'article 573.1.0.14 de la LCV, soit l'ouverture des marchés publics;

REQUIERT du conseil municipal de la Ville de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 90 jours ou dans tout autre délai convenu avec l'AMP, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 8 octobre 2020

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ