

Recommandations formulées au conseil des commissaires de la Commission scolaire Lester B. Pearson concernant le processus d'adjudication identifié sous le numéro de référence 1464721

No de la recommandation : 2022-03

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1,
art. 31, 35, 56, 59 et 60

1. Aperçu

L'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu une communication de renseignements portant sur un processus d'adjudication lancé par la Commission scolaire Lester B. Pearson (la « Commission scolaire »).

Le 15 mars 2021, la Commission scolaire a publié un avis d'appel d'offres public pour la réalisation de travaux de construction à l'école Christmas Park, lesquels comprenaient la rénovation du plancher du gymnase. Les documents d'appel d'offres contenaient les spécifications techniques se rapportant au revêtement de sol qui devait être installé dans le gymnase. On y citait, à titre d'exemples, deux produits de revêtement qui étaient conformes à ces spécifications. Le 1^{er} avril 2021, la Commission scolaire a publié un addenda dans lequel elle indiquait qu'elle accepterait un autre revêtement de sol (le « Revêtement ») comme produit équivalent.

Les renseignements communiqués à l'AMP portent sur le fait que la Commission scolaire a refusé que l'adjudicataire du contrat installe le Revêtement utilisé aux fins d'établir sa soumission. En effet, la Commission scolaire a affirmé que le Revêtement n'était pas équivalent à ceux précisés au devis, et ce, contrairement à ce que prévoyaient les documents d'appel d'offres, tels que modifiés par la publication de l'addenda.

La Commission scolaire s'est expliquée en affirmant qu'après analyse, le Revêtement n'était pas équivalent à ceux indiqués au devis et qu'elle devait s'assurer de l'installation d'un produit qui satisfaisait à l'ensemble des exigences prévues audit devis.

L'examen réalisé par l'AMP révèle que la Commission scolaire a contrevenu aux principes de transparence et de traitement intègre et équitable des concurrents.

2. Questions en litige

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

1. Le principe de transparence a-t-il été respecté suivant l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent par la publication d'un addenda?
2. Les échanges qui ont eu lieu en cours de publication entre la Commission scolaire et le concurrent du distributeur ont-ils porté atteinte au principe de traitement intègre des concurrents?

3. Analyse

La Commission scolaire est un organisme public au sens de l'article 4 (5) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹. Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, la Commission scolaire est notamment tenue de respecter les dispositions de cette Loi, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1 Le principe de transparence a-t-il été respecté suivant l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent par la publication d'un addenda?

L'AMP conclut que la Commission scolaire a manqué de transparence à plusieurs égards suivant l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent par la publication de l'addenda, soit lorsqu'elle :

- a fait le choix de poursuivre le processus, bien qu'elle était d'avis que le Revêtement n'était pas équivalent, sachant qu'elle manœuvrerait ensuite pour écarter son distributeur du projet;
- a avisé l'adjudicataire pressenti que le Revêtement n'était pas équivalent, puis a émis un ordre de changement afin qu'il ne soit pas utilisé dans le cadre de son projet, alors qu'elle n'avait pas encore complété son analyse des informations sur lesquelles elle fondait sa conclusion;
- a laissé croire, en n'intervenant pas à l'égard des informations diffusées par addenda, qu'elle avait dûment complété le processus d'équivalence prévu au devis² alors qu'elle entamait plutôt des démarches qui ne s'inscrivaient pas dans ce processus.

La transparence des processus contractuels est un des principes fondateurs guidant la passation des contrats publics³. Cette obligation de transparence revêt une grande importance; elle permet de maintenir la confiance du public, ainsi que celle des différents acteurs des marchés publics dans les processus contractuels des

¹ RLRQ, c. C-65.1

² 2002EG Devis Arch et CCG B (1)

³ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art. 2 (1)

organismes. Le principe de transparence s'applique notamment à l'égard de l'accès aux informations pertinentes se rapportant au processus, de la procédure suivie par les organismes publics, et du comportement des intervenants impliqués dans les processus contractuels.

Dans le cadre de cet appel d'offres public, la Commission scolaire a fait appel à une firme d'architecture qui, durant la publication de l'appel d'offres, avait pour tâche d'évaluer les demandes d'équivalence et de préparer les addendas.

En effet, le devis établit qu'« un produit ou une méthode peut être substitué(e) a [*sic*] un(e) autre spécifié(e), à titre d'équivalent approuvé par acceptation de l'architecte ou l'ingénieur, selon le cas, à cet effet »⁴ et que « la décision de l'architecte ou de l'ingénieur, selon le cas, est finale »⁵.

En cours de publication, la firme a procédé à l'analyse de la demande d'équivalence qui lui a été présentée et a conclu à l'équivalence du Revêtement. C'est elle qui a préparé l'addenda, qui a ensuite été publié par la Commission scolaire.

La preuve recueillie par l'AMP dans le cadre de son examen révèle que la Commission scolaire a procédé à la publication de l'addenda sans avoir pris connaissance de l'ensemble de son contenu. Ainsi, elle n'a pris conscience de l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent que deux jours avant la date prévue pour l'ouverture des soumissions, soit le 7 avril 2021.

En effet, des échanges entre les intervenants de la Commission scolaire impliqués dans le processus d'appel d'offres révèlent que le 7 avril 2021, l'équivalence du Revêtement a été remise en question lorsque la Commission scolaire a reçu des informations d'un concurrent du distributeur du Revêtement. Ce dernier soulève des doutes quant à l'identité de l'émetteur des garanties du manufacturier du Revêtement, à la qualification du distributeur, ainsi qu'à la qualité du produit. Ces échanges révèlent également que, dès le 8 avril 2021, les intervenants de la Commission scolaire ont affirmé que le Revêtement ne satisfaisait pas aux exigences prévues au devis.

Des discussions ont alors eu lieu concernant la marche à suivre considérant l'acceptation du Revêtement comme équivalence au moyen d'un addenda, et le court délai avant la date prévue pour l'ouverture des soumissions. Des échanges ont ainsi porté sur la possibilité de retarder l'ouverture des soumissions et de publier un nouvel addenda afin d'informer les soumissionnaires qu'après analyse, le Revêtement n'était pas considéré comme équivalent. Cette stratégie n'a toutefois pas été retenue par la Commission scolaire.

La solution qui a été privilégiée a plutôt été celle de poursuivre le processus et d'indiquer à l'adjudicataire, après l'ouverture des soumissions, que la Commission scolaire ne souhaitait pas que le Revêtement soit installé dans le cadre de ce contrat.

⁴ Clause 5.4.4 du devis

⁵ Clause 5.4.9 du devis

La Commission scolaire s'est dit prête à assumer la différence entre le prix soumis et les coûts liés à l'utilisation d'un autre revêtement de sol.

Le 9 avril 2021, au moment d'ouvrir les soumissions, la Commission scolaire a discuté de cet enjeu avec l'adjudicataire pressenti. L'examen réalisé par l'AMP révèle qu'à cette date, bien qu'elle agissait comme s'il était avéré que le Revêtement n'était pas équivalent, la Commission scolaire venait d'entamer sa vérification des informations soumises par le concurrent.

Le 17 avril 2021, une fois le contrat signé, la Commission scolaire a émis un ordre de changement afin qu'un autre revêtement de sol soit utilisé. Selon cet ordre de changement, le revêtement de sol du concurrent du distributeur du Revêtement devait être installé. Les informations recueillies ont, de plus, permis d'établir que les démarches réalisées par la Commission scolaire à l'égard de l'équivalence du Revêtement se sont poursuivies après l'émission de l'ordre de changement.

Le 22 avril 2021, des échanges courriel entre les intervenants de la Commission scolaire font état de doutes subsistant quant aux validations qui ont été réellement effectuées et aux motifs leur permettant de conclure que le Revêtement n'était pas équivalent.

Au moment où l'AMP a réalisé son examen du processus d'appel d'offres, la Commission scolaire lui a indiqué que les motifs sur lesquels elle appuyait sa conclusion à l'effet que le Revêtement n'était pas équivalent portaient sur la non-conformité aux exigences prévues au devis de la garantie du fabricant qui s'y rattache, ainsi que sur la qualification du distributeur.

Lorsque questionnée à ce sujet, la Commission scolaire s'est justifiée en invoquant son désir de ne pas retarder l'ouverture des soumissions afin de ne pas repousser la date du début des travaux. Elle a également souligné l'importance de procéder à l'installation d'un revêtement de sol de qualité et qui répond réellement à ses exigences.

Bien que les enjeux soulevés soient importants à considérer, l'AMP est d'avis que la Commission scolaire est imputable de la situation dans laquelle elle se trouve et qui la contraint à agir de la sorte pour protéger ses intérêts. Alors que l'addenda par lequel elle a accepté le Revêtement à titre de produit équivalent a été publié le 1^{er} avril 2021, ce n'est que le 7 avril 2021 qu'elle a pris connaissance de son contenu. Par ailleurs, l'AMP souligne qu'un ordre de changement ne devrait pas servir à pallier une situation créée par le manque de vigilance de la Commission scolaire dans la publication d'un addenda qu'elle a choisi de ne pas corriger en temps opportun.

3.2 Les échanges qui ont eu lieu en cours de publication entre la Commission scolaire et le concurrent du distributeur ont-ils porté atteinte au principe de traitement intègre des concurrents?

Les échanges qui ont eu lieu en cours de publication entre un intervenant de la Commission scolaire et le concurrent du distributeur du Revêtement ont porté atteinte au principe de traitement intègre des concurrents puisqu'ils suscitent une crainte raisonnable de partialité, notamment en raison de la nature des échanges, des suites données à la réception des informations, ainsi que de l'identité du distributeur ayant finalement été retenu.

Le principe du traitement intègre et équitable⁶ des concurrents présuppose que les organismes publics procèdent à l'octroi de leurs contrats en faisant preuve d'impartialité. Ainsi, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les intervenants à un processus d'octroi d'un contrat public se comportent de façon à ne pas mettre en doute la neutralité et l'objectivité du processus suivi, et ce, afin de maintenir la confiance des acteurs des marchés publics, leur participation à ces processus étant essentielle.

Le Secrétariat du Conseil du trésor met d'ailleurs de l'avant certaines pratiques visant la protection de l'intégrité des contrats publics et la prévention des comportements à risque. Il suggère notamment, à titre de bonne pratique, d'encadrer les communications durant un processus d'appel d'offres entre les concurrents et le titulaire de charge publique⁷.

Or, avant la date prévue pour l'ouverture des soumissions, à savoir les 7 et 8 avril 2021, le concurrent du distributeur du Revêtement a communiqué avec un des intervenants au dossier de la Commission scolaire par courriel. Il doit être noté que cet intervenant n'était pas identifié comme personne-ressource dans l'avis publié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec.

Le premier courriel acheminé par le concurrent faisait référence à un échange antérieur avec l'intervenant de la Commission scolaire. L'objectif de cette communication était de lui transmettre une brochure, réalisée par le manufacturier dont il distribue les produits, laquelle a eu pour effet de soulever des doutes quant à l'identité du manufacturier du Revêtement. Le concurrent du distributeur du Revêtement a, par ailleurs, transmis des informations qui selon lui, permettaient de conclure que le Revêtement n'était pas équivalent en ce qu'il ne satisfaisait pas à certaines exigences énoncées au devis.

⁶ *Loi sur les contrats des organismes publics*, art. 2 (2)

⁷ Le Secrétariat du Conseil du trésor a publié de nombreux documents sur ce sujet, lesquels sont accessibles aux organismes publics par l'intermédiaire du lien suivant : [Extranet Marchés publics – Secrétariat du Conseil du trésor \(gouv.qc.ca\)](#).

Dans un courriel subséquent, l'intervenant de la Commission scolaire a résumé les informations communiquées par le concurrent et a formulé des demandes afin d'obtenir plus de détails. Le concurrent a alors répondu par l'affirmative et a indiqué qu'il procéderait à certaines vérifications.

Au cours de ces discussions, l'intervenant de la Commission scolaire a affirmé au concurrent qu'il faudrait « monter un dossier solide considérant les restrictions » auxquelles ils devraient faire face. Il a également invité le concurrent à communiquer avec lui afin qu'il puisse lui indiquer l'avenue qui serait privilégiée.

L'ouverture dont a fait preuve l'intervenant de la Commission scolaire à recevoir de telles informations, puis à échanger avec le concurrent dont l'intention était, selon la Commission scolaire, de nuire au distributeur du Revêtement, est de nature à encourager des pratiques susceptibles de compromettre la saine concurrence. Or, les organismes publics se doivent, au contraire, de favoriser les pratiques menant à une saine concurrence.

L'intervenant de la Commission scolaire a ensuite partagé les informations obtenues avec les autres intervenants impliqués dans le processus en leur soumettant son analyse préliminaire de ces renseignements. C'est à ce moment que la Commission scolaire a affirmé que le Revêtement n'était pas équivalent et a entamé les démarches susmentionnées. Il convient également de souligner que la Commission scolaire a finalement considéré que le Revêtement n'était pas équivalent et qu'elle a émis un ordre de changement afin que le revêtement de sol du concurrent soit installé dans le cadre de ce projet.

Lorsque interrogés à l'égard des communications qui ont eu lieu durant la période de publication, certains des intervenants questionnés qui étaient au fait de ces échanges ont affirmé avoir émis des mises en garde à l'égard de cette pratique. La preuve documentaire recueillie par l'AMP confirme que certains intervenants ont conseillé de faire preuve de prudence dans le cadre de telles communications afin de ne pas donner l'impression de favoriser un distributeur au détriment d'un autre. Il ressort également des entrevues menées qu'il y a une volonté à la Commission scolaire d'améliorer les processus à cet égard. D'ailleurs, la Commission scolaire a indiqué à l'AMP avoir effectué un rappel auprès de ses chargés de projet quant à la règle applicable aux communications durant un appel d'offres public.

3. Considérations additionnelles

Tel que mentionné précédemment, la Commission scolaire, après avoir effectué certaines vérifications, en est venue à la conclusion que le Revêtement n'était pas équivalent, et ce, malgré la conclusion contraire émise par la firme qu'elle a chargée d'évaluer les équivalences. Lorsque questionnée quant aux motifs soutenant cette conclusion, la Commission scolaire a indiqué que la garantie du manufacturier n'était pas conforme et que le distributeur ne satisfaisait pas à certaines exigences relatives à sa qualification.

À titre de bonne pratique, le Secrétariat du Conseil du trésor rappelle qu'un organisme public « devrait être en mesure de justifier la raison pour laquelle une équivalence n'a pas été retenue » et que « la décision de refuser une équivalence devrait être documentée »⁸.

L'examen réalisé par l'AMP révèle que ces conclusions à l'égard de la garantie se fondent sur les informations communiquées par le concurrent, sur celles contenues dans la brochure réalisée par le manufacturier du revêtement que distribue ce concurrent, ainsi que sur celles accessibles sur le site Web du distributeur. Il doit, par ailleurs, être mentionné que la Commission scolaire n'a pas été en mesure de fournir à l'AMP des copies de ces informations, lesquelles elle a consultées sur le site du distributeur, celles-ci n'étant plus disponibles. Lors des entrevues menées par l'AMP, les intervenants de la Commission scolaire ont tous affirmé que, dans le cadre des réflexions qui avaient mené à leur prise de décision, ni le distributeur ni le manufacturier du Revêtement n'avaient été contactés.

Quant au motif qui repose sur la qualification du distributeur – l'un des points soulevés par le concurrent – l'AMP constate que les échanges entre les intervenants ont eu lieu durant la publication de l'appel d'offres public. Ce motif ne semble toutefois pas avoir été retenu à ce moment, ni avoir fait l'objet de réflexions additionnelles par la suite; si tel est le cas, ces réflexions n'ont pas été documentées. Toutefois, lors de l'examen du processus, l'AMP a constaté que la Commission scolaire l'avait identifié comme l'un des motifs ayant conduit à sa décision.

L'AMP rappelle, à titre de bonne pratique, que la Commission scolaire devrait documenter ses démarches et être en mesure de justifier sa conclusion adéquatement, en se fondant sur une analyse rigoureuse de l'équivalence.

4. Conclusion

VU l'acceptation du Revêtement à titre de produit équivalent par la publication d'un addenda;

VU l'absence de modification apportée aux documents d'appel d'offres subséquemment;

VU sa décision de refuser le Revêtement dans le cadre de la réalisation des travaux visés par l'appel d'offres puisqu'elle ne le jugeait pas équivalent aux produits cités à titre de références au devis;

VU la procédure prévue au devis pour l'évaluation des équivalences, laquelle apparaît avoir été dûment complétée durant la période de publication de l'appel d'offres en raison de la publication de l'addenda;

⁸ *Balises à l'égard des exigences et des critères contractuels en construction*, Secrétariat du Conseil du trésor, p. 6

VU les démarches réalisées en lien avec l'équivalence du Revêtement, lesquelles se sont poursuivies après l'octroi du contrat;

VU les communications qui ont eu lieu en cours de publication entre un intervenant de la Commission scolaire et le concurrent du distributeur du Revêtement;

VU les manquements constatés aux principes de transparence et de traitement intègre des concurrents;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP

RECOMMANDE au conseil des commissaires de la Commission scolaire Lester B. Pearson de poursuivre ses démarches visant l'amélioration de ses procédures, et de les rendre plus efficaces et efficientes, notamment à l'égard de l'encadrement des communications avec ses employés durant la période de publication de ses appels d'offres publics;

RECOMMANDE au conseil des commissaires de la Commission scolaire Lester B. Pearson de dispenser de la formation aux employés impliqués dans la préparation des processus d'adjudication ou d'attribution en ce qui concerne les principes applicables à la passation des contrats publics, dont les principes :

- de transparence, notamment eu égard à la cohérence entre les renseignements et la procédure divulgués dans les documents d'appel d'offres et le comportement de la Commission scolaire;
- de traitement intègre des concurrents en lien avec le devoir de la Commission scolaire d'agir de façon à ne pas susciter de crainte raisonnable de partialité dans le cadre de ses processus contractuels;

REQUIERT du conseil des commissaires de la Commission scolaire Lester B. Pearson, ou d'une personne qui en relève directement, de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 60 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 17 mars 2022

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ