

Ajout - Point 7.07



DU
1^{ER} JANVIER
AU 30 JUIN
2023

Rapport de mi-année 2023

Déposé au conseil municipal et au conseil d'agglomération

Exercice se terminant le 30 juin 2023

Article 57.1.23 de la Charte de la Ville de Montréal,
métropole du Québec

Confiance

Intégrité

Transparence

Toute personne peut communiquer
une plainte visant un appel
d'offres ou un contrat de la Ville
de Montréal ou d'une organisation
paramunicipale liée par :

Formulaire électronique :
www.bigmtl.ca/denonciation

Courriel : big@bigmtl.ca

Téléphone : 514 280-2800
Télécopieur : 514 280-2877

Adresse postale :
1550, rue Metcalfe
Bureau 1200, 12^e étage
Montréal (Québec) H3A 1X6

Visitez le site Internet pour plus d'informations : www.bigmtl.ca

Le mandat du Bureau de l'inspecteur général de la Ville de Montréal est de surveiller les processus de passation et l'exécution des contrats de la Ville ou d'une personne morale liée, de façon à prévenir les manquements à l'intégrité et à favoriser le respect des dispositions légales et des exigences en matière d'octroi et d'exécution des contrats.

Mot de l'inspectrice générale de la Ville de Montréal

Madame la mairesse Valérie Plante, membres du conseil municipal et du conseil d'agglomération et citoyennes et citoyens de la Ville de Montréal,



L'inspectrice générale,
M^e Brigitte Bishop

Je vous sou mets aujourd'hui notre rapport de mi-année 2023. Son contenu illustre les efforts du Bureau de l'inspecteur général pour respecter son engagement de maintenir le haut niveau de confiance, dont il bénéficie tant de l'administration municipale que de la population montréalaise, par la qualité et la pertinence de ses interventions.

Notre vigie s'est intensifiée et nos efforts proactifs portent leurs fruits, comme le témoignent les interventions préventives rapportées dans les pages suivantes. Ces interventions, souvent réalisées rapidement à l'étape du processus de l'appel d'offres, permettent aux donneurs d'ouvrage de réajuster leur appel d'offres afin d'être conformes à la *Loi des cités et villes* et de favoriser la concurrence, et ce, souvent sans que le processus soit annulé. Nous en sommes donc à peaufiner nos interventions qui se reflète par la publication d'un nouveau type de rapport de recommandations résultant de notre travail en amont et assurant par le fait même un suivi

rigoureux. Nous constatons déjà la volonté de la Ville de Montréal, ainsi que ses sociétés liées, de travailler de concert avec nous par l'adoption de pratiques exemplaires en matière contractuelle, à la suite de la publication de nos enquêtes.

Notre équipe d'inspections et d'enquêtes, en agissant auprès des fournisseurs, des distributeurs et même des sous-traitants faisant affaire avec la Ville et les sociétés liées, a su relever le défi de broser leur portrait sous un angle unique, à partir de leurs témoignages. Notre grand dossier sur le devis de performance démontre en effet toute l'importance des dispositions de la *Loi sur les cités et des villes* qui visent à assurer l'équité et à augmenter les opportunités d'affaires entre tous les joueurs de la chaîne contractuelle, le tout en toute transparence du côté du donneur de contrats publics.

Pour terminer, je remercie sincèrement tous les membres du Bureau de l'inspecteur général pour leur motivation et leur engagement inébranlables dans la lutte pour l'intégrité contractuelle.

L'inspectrice générale,

M^e Brigitte Bishop

ORIGINAL SIGNÉ

Mayor Valérie Plante, Members of the City Council and the Agglomeration Council, and citizens of Ville de Montréal,



The Inspector General,
Brigitte Bishop

Today, I am pleased to submit to you our 2023 mid-year report. It details the efforts put forth by the Office of Inspector General to maintain the high level of trust it enjoys with both the municipal government and the people of Montréal with regard to the quality and relevance of its interventions.

We have stepped up our monitoring activities and our proactive efforts are bearing fruit, as evidenced by the preventive interventions detailed in the following pages. Said interventions, which are often implemented rapidly during the tendering process, allow contracting authorities to adjust their call for tenders to comply with the *Cities and Towns Act* and promote competition, often without the process being cancelled. We are currently fine-tuning our interventions, as reflected through a new kind of recommendation report that we developed upstream and which ensures thorough monitoring. Ville de Montréal and

its related organizations have already shown their willingness to collaborate with us through their implementation of exemplary contracting practices in response to our investigations.

Working with suppliers, distributors and even subcontractors who do business with Ville de Montréal and its related organizations, our inspection and investigation team has successfully profiled these players from a unique angle based on their points of view and testimonials. Our major initiative on performance specifications shows how pivotal the provisions of the *Cities and Towns Act* are in fostering equity and increasing business opportunities among the various stakeholders in the contractual chain—with full transparency on the part of public contracting bodies.

In closing, I would like to sincerely thank all members of the Office of Inspector General for their drive and unwavering commitment to maintaining contractual integrity.

The Inspector General,

Ms. Brigitte Bishop

ORIGINAL SIGNED

Table des matières

Les interventions

en amont

Plaintes et vigie : des appels d'offres en fonction des besoins	8
Bien identifier son besoin	8
Un souci d'équité	9
Une vigie efficace!	10

Les bonnes

pratiques

Vingt fois sur le métier	12
Processus clair et crédible	12
Le droit d'annuler un appel d'offres	12
Retourner en appel d'offres afin d'ouvrir le marché	13

Grand dossier : Le devis

de performance

Le devis de performance	
Une garantie d'équité dans la chaîne contractuelle	15
1. Le contexte	15
2. L'origine et les avantages du devis basé sur la performance et les exigences fonctionnelles	17
3. Les différentes composantes de l'article 573.1.0.14 de la <i>Loi sur les cités et villes</i>	18
4. Conclusion	25

Les interventions en amont

— Plaintes et vigie : des appels d'offres en fonction des besoins

- . Bien identifier son besoin
- . Un souci d'équité
- . Une vigie efficace



Les interventions en amont



PLAINTES ET VIGIE : DES APPELS D'OFFRES EN FONCTION DES BESOINS

Le processus d'appel d'offres est une étape essentielle pour acheter des biens, faire exécuter des travaux de construction ou obtenir des services. Cette étape permet aux fournisseurs de répondre aux besoins exprimés par les services centraux et arrondissements de la Ville de Montréal, et ce, à des coûts concurrentiels. Selon l'analyse des plaintes reçues par le Bureau de l'inspecteur général, des donneurs d'ouvrage ont imposé des exigences particulières ou ciblé un produit spécifique. Ces façons de faire ont eu pour effet de restreindre la saine concurrence, en plus de priver le requérant des solutions adéquates à ses besoins que le marché aurait pu lui proposer.

BIEN IDENTIFIER SON BESOIN

Au cours des six derniers mois, le Bureau de l'inspecteur général¹ a analysé des plaintes où l'on dénonçait un appel d'offres dirigé vers un produit ou un fournisseur spécifique, alors que la loi requiert d'utiliser des critères de performance pour les produits et services, sauf pour les exceptions prévues par la loi. Dans la plupart des cas, il n'y avait pas eu d'études à l'appui, les besoins du donneur d'ouvrage avaient été mal identifiés et les exigences imposées étaient trop restrictives et empêchaient les fournisseurs intéressés de soumissionner.

Ainsi, une entreprise s'est plainte que la Ville de Montréal exigeait, dans plusieurs appels d'offres, une expérience

spécifique sur des chantiers complexes. L'entreprise qui s'en est plainte ne pouvait y répondre, malgré sa compétence en la matière. Le Bureau a donc rencontré le donneur d'ouvrage afin d'évaluer avec lui la pertinence de maintenir ce critère d'admissibilité qui limitait la concurrence. Ce critère répondait-il à un réel besoin pour le type d'ouvrage attendu? Le service a reconnu que c'est plutôt l'emploi d'une technologie spécifique qui était important, et non pas les années d'expérience. Celui-ci a donc modifié son critère pour tenir compte de son besoin, permettant ainsi à plus d'entreprises de soumissionner.

¹ Pour alléger le texte, le mot Bureau sera utilisé pour désigner le Bureau de l'inspecteur général.

UN SOUCI D'ÉQUITÉ

Dans un autre dossier, le Bureau a reçu une plainte concernant un contrat de location qui ne respectait pas le devis de l'appel d'offres. Le donneur d'ouvrage y exigeait un équipement avec une option particulière. Or, l'adjudicataire aurait fourni le matériel sans cette option, contrairement à ce qu'il avait été écrit dans sa soumission. L'unité d'affaires a donc résilié le contrat, et ce, malgré le fait que l'équipement fourni aurait pu exécuter la tâche. Elle se devait d'annuler par souci d'équité envers tous les entrepreneurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres, sans l'ajout de cette option.

Dans un autre cas, une unité d'affaires a lancé un appel d'offres visant l'acquisition de distributrices de produits gratuits avec une minuterie pour éviter une consommation abusive. À l'instar de la conclusion d'une étude de marché réalisée par le donneur d'ouvrage pour ce type de distributrices avec minuterie, une seule entreprise a répondu à l'appel d'offres. Sa soumission a été déclarée non conforme, ce qui a entraîné l'annulation de l'appel d'offres. L'unité d'affaires a publié un deuxième appel d'offres pour des distributrices cette fois-ci sans minuterie, ce qui a permis à plus d'entreprises de soumissionner.

Dans une autre plainte portant sur des travaux de voirie, le requérant a reçu une seule offre conforme, qui était au-delà



de l'estimation. Il a alors entrepris une négociation avec le futur adjudicataire afin de lui demander de baisser son prix. Celui-ci souhaitait en échange reporter une partie des travaux à l'année suivante. Le donneur d'ouvrage a été avisé qu'il ne pouvait apporter une telle modification aux exigences des documents de l'appel d'offres après sa fermeture. Cette intervention serait inéquitable envers les soumissionnaires qui ne disposaient pas de cette information lors du processus, et qui aurait pu avoir un impact sur leur offre. Le donneur d'ouvrage a donc annulé le processus et publié un nouvel appel d'offres. Parmi les quatre soumissions reçues, celle qui l'a remporté était de 16 % plus basse que la soumission déposée au premier appel d'offres.

BON À SAVOIR!

En cours de publication d'un appel d'offres, le donneur d'ouvrage peut apporter tout changement aux documents de l'appel d'offres, comme l'ajout ou le retrait d'une clause ou encore le report de la date de dépôt des soumissions. Ces modifications doivent être communiquées par addenda afin d'en informer tous les soumissionnaires potentiels et de prévoir un délai pour la révision de leurs documents.

Mais une fois les soumissions reçues, le donneur d'ouvrage ne devrait plus modifier des exigences qu'il considérerait comme essentielles auparavant pour accommoder l'adjudicataire. Cela pourrait être considéré comme inéquitable envers toutes les entreprises qui n'avaient pas eu la possibilité d'en bénéficier alors que l'appel d'offres était encore en publication.

UNE VIGIE EFFICACE!



Le Bureau de l'inspecteur général assure une vigie régulière des appels d'offres de la Ville de Montréal affichés sur le système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (SEAO). Le Bureau intervient auprès des requérants lorsqu'une irrégularité est observée. Ce fut le cas pour un non-respect des délais prescrits par la *Loi sur l'Autorité des marchés publics* pour la date limite de réception des plaintes pour un appel d'offres de la Ville. Le donneur d'ouvrage en a été informé et a publié un addenda afin de modifier les dates de dépôt des plaintes et de l'ouverture des soumissions.

Toujours dans le cadre de sa surveillance sur le SEAO, le Bureau a noté la présence d'un document confidentiel qui n'avait pas lieu d'être dans un appel d'offres de la Ville. L'unité d'affaires a été mise au courant de la situation et l'a aussitôt retiré.

Dans un autre cas, l'équipe de vigie a analysé un appel d'offres visant l'acquisition et l'installation de structures temporaires sur une rue montréalaise. Pour certaines structures, l'unité d'affaires indiquait la marque et le modèle de même que le nom du fournisseur. À la suite d'un appel au responsable de l'appel d'offres afin d'évaluer la possibilité de convertir le devis en un de performance, le Bureau a appris que l'unité d'affaires avait déjà acheté ces structures et que l'appel d'offres visait leur installation, d'où la présence de la fiche technique. Toutefois, concernant les structures qui restaient à acquérir, l'unité d'affaires a publié un addenda pour clarifier les exigences et préciser ses besoins.

LA FORMATION LA DÉFINITION DES BESOINS PAR DES CRITÈRES DE PERFORMANCE, C'EST POUR VOUS ?

Le Bureau de l'inspecteur général et le Bureau du contrôleur général offrent conjointement une formation sur la rédaction d'un devis de performance. Cette formation est offerte au personnel de la Ville de Montréal ainsi qu'au personnel d'autres municipalités ou d'organisations paramunicipales.

Pour en savoir plus : **514 280-2800** ou **big@bigmtl.ca**.

Les bonnes pratiques

— Vingt fois sur le métier

- . Processus clair et crédible
- . Le droit d'annuler un appel d'offres
- . Retourner en appel d'offres afin d'ouvrir le marché



Les bonnes pratiques



VINGT FOIS SUR LE MÉTIER

L'analyse des plaintes dénoncées au Bureau de l'inspecteur général peut parfois se conclure par la rencontre de pratiques exemplaires. Ces pratiques ont été réalisées par des unités d'affaires dans un contexte de transparence et dans le respect des règles en matière contractuelle, et parfois même au-delà, favorisant ainsi la concurrence.

PROCESSUS CLAIR ET CRÉDIBLE

Au cours des six premiers mois de 2023, le Bureau de l'inspecteur général a reçu le signalement d'une firme qui soupçonnait qu'une unité d'affaires avait déclaré sa proposition non conforme afin de ne pas collaborer avec elle. Cette firme avait répondu à une demande de prix pour l'octroi d'un contrat de gré à gré concernant des services professionnels pour un projet d'envergure. Au total, cinq firmes avaient été approchées et trois y avaient répondu en trois jours. Ce délai, qui avait été imposé par le donneur d'ouvrage, était jugé trop court par le plaignant.

À la suite de l'analyse du dossier, il ressort que l'unité d'affaires a géré la demande de prix pour le contrat de gré à gré en s'appuyant sur un processus rigoureux et bien organisé. D'abord, puisqu'il s'agissait d'une demande de prix, l'unité d'affaires n'était pas tenue de respecter les diverses formalités prévues par la *Loi sur les cités et villes* pour les appels d'offres sur invitation, dont le délai de réception des soumissions de huit jours. Ensuite, pour choisir la firme qui allait réaliser le contrat, le requérant s'était doté d'un comité et d'une grille de sélection comprenant un pointage pour chaque exigence du devis. C'est la firme ayant obtenu le meilleur pointage qui a obtenu le mandat.

LE DROIT D'ANNULER UN APPEL D'OFFRES

Dans un autre dossier, une dénonciation a été transmise au Bureau indiquant qu'une unité d'affaires a annulé un appel d'offres, puis en a republié un deuxième en tout point semblable. Ce nouveau processus laissait croire au plaignant que l'annulation du premier appel d'offres servait de prétexte pour l'écarter, étant donné que sa soumission était la plus basse conforme. Lors de l'analyse de la plainte, le Bureau a appris que l'annulation résultait d'un écart important entre la plus basse soumission et l'estimation préalable de la Ville.

Le donneur d'ouvrage pouvait annuler le processus, étudier les facteurs justifiant un tel écart et adapter le deuxième appel d'offres en conséquence. Il pouvait également en publier un deuxième identique comme il l'a fait. Bien que la vérification dans ce dossier ait démontré que ce choix avait été effectué de bonne foi, le Bureau a maintenu une surveillance afin de connaître le résultat du deuxième appel d'offres. Deux nouvelles entreprises y ont soumissionné et la soumission retenue était plus près de l'estimation.

En effet, en raison du coût trop élevé de la soumission et de la clause de réserve dans les documents d'appel d'offres, le

RETOURNER EN APPEL D'OFFRES AFIN D'OUVRIER LE MARCHÉ

Pour une autre plainte transmise au Bureau, le plaignant dénonçait, dans un appel d'offres visant l'acquisition d'une plateforme informatique, que le requérant favorisait le fournisseur actuel. Cet appel d'offres en était à sa troisième publication. Dans sa démarche de vérification, le Bureau a conclu que l'annulation des deux premiers appels d'offres était justifiée. Dans le cadre du premier processus visant à acquérir une solution infonuagique, plusieurs soumissionnaires ont été déclarés non conformes. Pour le deuxième appel d'offres, le requérant a tenté d'élargir le marché en acceptant les solutions dans une infrastructure

hébergée ou en mode infonuagique. Il a reçu quatre soumissions, dont une seule conforme. Dans un souci d'ouvrir le marché et d'établir une compétition sérieuse, l'unité d'affaires est retournée en appel d'offres et a modifié sa stratégie. Elle a divisé ses exigences techniques en deux catégories : des exigences obligatoires lors de sa soumission et après l'octroi du contrat. Cette stratégie lui a permis de recevoir cinq soumissions conformes, dont quatre ont obtenu la note de passage, ce qui constituait le meilleur résultat parmi les trois appels d'offres réalisés pour cette acquisition.



Dossier : Le devis de performance

— Le devis de performance : Une garantie d'équité dans la chaîne contractuelle

- . Le contexte
- . L'origine et les avantages du devis basé sur la performance et les exigences fonctionnelles
- . Les différentes composantes de l'article 573.1.0.14 de la *Loi sur les cités et villes*
- . Conclusion



Grand dossier : Le devis de performance

03

LE DEVIS DE PERFORMANCE UNE GARANTIE D'ÉQUITÉ DANS LA CHAÎNE CONTRACTUELLE

Les récentes publications du Bureau de l'inspecteur général illustrent toute l'importance pour les donneurs d'ouvrage d'assurer le respect du devis basé sur la performance et les exigences fonctionnelles dans leurs appels d'offres. L'emploi d'un tel devis permet de maintenir l'équité et la transparence dans le processus d'octroi des contrats publics, en plus de favoriser une saine concurrence. Divers joueurs de la chaîne contractuelle y trouvent d'ailleurs moult avantages, en particulier les sous-traitants, distributeurs et fournisseurs.

1. LE CONTEXTE

Au mois de juin 2023, le Bureau de l'inspecteur général a publié un rapport public concernant deux appels d'offres visant à mener à terme le projet de réfection du centre Roussin¹. S'agissant de deux demandes de soumissions pour des travaux de construction, les deux appels d'offres devaient se conformer aux prescriptions de l'article 573.1.0.14 de la *Loi sur les cités et villes*² (LCV). C'est donc dire que toute spécification technique qui y était exigée devait être décrite en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives. À défaut de pouvoir le faire, ces appels d'offres devaient prévoir

que serait considérée comme conforme toute équivalence à des caractéristiques descriptives pendant la période de publication des appels d'offres.

Cette enquête a mis de l'avant plusieurs constats, dont les suivants :

- La présence de documents contenant plusieurs spécifications de marques et de modèles, tant dans les documents rédigés par la firme externe que dans les devis normalisés de la Ville ;

¹ Voir le *Rapport sur la réfection du centre Roussin (appels d'offres IMM.SP20-05, IMM22-01 et IMM22-08)*, 12 juin 2023, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-public-sur-la-refection-du-centre-communautaire-roussin-appels-doffres-imm-sp20-05-imm22-01-et-imm22-08/>.

² *Loi sur les cités et villes*, RLRQ c. C-19.

- L'absence d'une clause permettant la présentation de demandes d'équivalence au cours de la publication des appels d'offres dans le cahier des clauses administratives générales de la Ville ;
- Une méconnaissance du personnel de la Ville et même des adjudicataires concernant les obligations leur incombant en vertu de l'article 573.1.0.14 de la LCV.

En outre, un autre point qui a retenu l'attention du Bureau de l'inspecteur général est la teneur des témoignages reçus d'entrepreneurs, de sous-traitants, de fournisseurs et de distributeurs qui ont pris les cahiers des charges ou qui ont déposé une soumission sur l'un des deux appels d'offres de construction. Ces différents joueurs indirects du processus contractuel ont permis de brosser un portrait de la réalité à laquelle ils sont confrontés lors d'un appel d'offres public. Bien que cette exigence ait déjà fait couler beaucoup d'encre, notamment à la suite de rapports publics³, de rapports annuels ou de mi-année⁴, de bulletins de prévention⁵ et même de formations⁶ provenant du Bureau de l'inspecteur général, leurs témoignages ont permis de confirmer l'importance d'assurer le respect du devis basé

sur la performance et les exigences fonctionnelles afin de maintenir l'équité et la transparence dans le processus d'octroi des contrats publics et de permettre à la Ville d'obtenir des biens et services à des prix compétitifs. En date du 13 septembre 2023, la Ville de Montréal a d'ailleurs entamé l'élaboration d'un plan de travail pour donner suite aux recommandations qui ont été formulées dans le rapport public visant le projet de réfection du centre Roussin.

Conséquemment, en utilisant l'exemple de l'enquête concernant la réfection du centre Roussin ainsi que divers dossiers publiés au cours des années précédentes, le Bureau de l'inspecteur général tient à faire valoir l'impact des trois caractéristiques déterminantes du devis de performance, soit la description des spécifications en termes de performance et d'exigence fonctionnelle, le recours aux caractéristiques descriptives et la possibilité des soumissionnaires de soumettre des équivalences, non seulement sur le donneur d'ouvrage et les soumissionnaires potentiels, mais également sur divers joueurs de la chaîne contractuelle, nommément les sous-traitants, les distributeurs et les fournisseurs.

En date du 13 septembre 2023, la Ville de Montréal a d'ailleurs entamé l'élaboration d'un plan de travail pour donner suite aux recommandations qui ont été formulées dans le rapport public visant le projet de réfection du centre Roussin.

³ Voir notamment les rapports suivants du Bureau de l'inspecteur général : *Rapport de recommandations concernant le processus de passation de contrat lié au nouveau complexe aquatique intérieur au Centre Rosemont (appels d'offres 16-15580 et n° 5846)*, 25 février 2019, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-de-recommandations-concernant-le-processus-de-passation-de-contrat-lie-au-nouveau-complexe-aquatique-interieur-au-centre-rosemont-appels-doffres-16-15580-et-n-5846-depose-le/>; *Rapport de recommandations sur la gestion contractuelle des appels d'offres de groupes électrogènes à l'Office municipal d'habitation de Montréal*, 21 septembre 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-de-recommandations-sur-la-gestion-contractuelle-des-appels-doffres-de-groupes-electrogenes-a-loffice-municipal-dhabitation-de-montreal/>.

⁴ Voir le *Rapport de mi-année 2021 du Bureau de l'inspecteur général*, 27 septembre 2021, p. 10 à 12, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-de-mi-annee-2021/>; et le *Rapport de mi-année 2022 du Bureau de l'inspecteur général*, 19 septembre 2022, p. 9 à 12, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/rapport-de-mi-annee-2022/>.

⁵ Voir le *Bulletin de prévention du Bureau de l'inspecteur général*, volume 1, numéro 1, décembre 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bigmtl.ca/publications/bulletin-de-prevention-du-bureau-de-linspecteur-general/>.

⁶ Voir la formation donnée par le Bureau de l'inspecteur général : la définition des besoins par des critères de performance.

2. L'ORIGINE ET LES AVANTAGES DU DEVIS BASÉ SUR LA PERFORMANCE ET LES EXIGENCES FONCTIONNELLES

Afin de bien saisir la raison d'être du devis de performance, il est utile de faire un bref rappel de ses origines. Nous aborderons ensuite les divers avantages qui en découlent.

2.1 L'origine

Au fil des années, plusieurs accords de libéralisation des marchés publics ont été conclus, que ce soit entre le Québec et d'autres provinces, ou entre le Canada et d'autres pays comme avec l'Union européenne en 2017. Ces accords ont nommément eu pour effet d'ouvrir les marchés publics afin d'en faciliter l'accès aux entrepreneurs ou fournisseurs des divers territoires visés. Une des mesures prévues à cet effet est la description des besoins par les donneurs d'ouvrage étatiques en termes de critères de performance ou d'exigences fonctionnelles. C'est donc pour donner suite à ses engagements en vertu de ces accords que le gouvernement du Québec a notamment adopté, le 19 avril 2018, l'article 573.1.0.14 de la LCV dans le cadre du projet de Loi 155⁷.

Cette nouvelle approche a constitué un changement radical pour les donneurs d'ouvrage du monde municipal vis-à-vis des pratiques antérieures solidement enracinées. Depuis 2018, il n'est plus possible pour une municipalité de simplement spécifier une marque ou le nom d'un fabricant dans un devis. Dorénavant, le cadre normatif impose, comme règle générale, l'utilisation de critères basés sur la performance ou les exigences fonctionnelles du besoin recherché.

En ce qui concerne cette ancienne pratique prévalant avant 2018, il est intéressant de se rappeler que la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, communément appelée la « *Commission Charbonneau* » s'était également penchée sur ses conséquences au cours de ses travaux. D'ailleurs, une des recommandations dans son rapport final était d'« *inciter les donneurs d'ouvrage publics à reconnaître les produits similaires homologués par d'autres juridictions lorsque pertinents et*

d'analyser les exigences qui limitent le nombre de concurrents potentiels dans leur approvisionnement ».⁸

Ainsi, que l'on regarde la question sous l'angle privilégié par les accords de libéralisation en ouvrant les marchés publics ou sous celui de la Commission Charbonneau qui est la lutte contre la corruption, la collusion et les autres malversations pouvant entacher les contrats publics, le résultat attendu est le même : valoriser la concurrence en éliminant les exigences indûment restrictives. Tel que le démontreront les exemples tirés de dossiers traités par le Bureau de l'inspecteur général et exposés dans les prochaines pages, les devis de performance présentent une multitude de bienfaits pour chaque joueur du marché, que ce dernier soit directement ou indirectement impliqué, et offrent une garantie d'équité et de transparence dans le processus d'octroi des contrats publics.

2.2 Les avantages

Le donneur d'ouvrage est appelé par l'entremise du devis de performance à se centrer sur un besoin qu'il définit lui-même et à laisser au marché le soin de lui proposer une solution y répondant. Ce faisant, il en retire plusieurs avantages, tant en se voyant proposer des produits dont il ignorait l'existence qu'en bénéficiant d'innovations ou de nouveaux développements technologiques à prix compétitifs.

Les devis de performance profitent également aux soumissionnaires puisqu'ils offrent une garantie supplémentaire à l'encontre de devis dirigés ou qui favorisent indûment un compétiteur. Il va sans dire que de faire jouer la concurrence évite non seulement qu'une seule entreprise prenne le contrôle du marché, mais permet l'accès à des prix beaucoup plus intéressants pour les organismes publics. En effet, selon des commentaires recueillis auprès de différents joueurs du marché au cours des diverses enquêtes du Bureau de l'inspecteur général, un fournisseur ou un distributeur, dont les produits sont spécifiés au devis, peut avoir jusqu'à 65 % de chance

⁷ *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal et la Société d'habitation du Québec*, L.Q. 2018 chapitre 8.

⁸ *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction* / France Charbonneau, Renaud Lachance, tome 3, partie 5, chapitre 3, p. 103.

d'obtenir le contrat, versus un produit concurrent soumis en équivalence. À cet effet, plusieurs témoins ont rapporté qu'un fournisseur ou un distributeur se trouvant justement dans cette position avantageuse pouvait être tenté de hausser ses prix, sachant que ses chances de succès étaient dans tous les cas très favorables.

Par ailleurs, le Bureau de l'inspecteur général tient à souligner l'importance du devis de performance pour les sous-traitants, les fournisseurs et les distributeurs qui ne bénéficient malheureusement pas du droit de plainte à l'encontre d'un appel d'offres, prévu par la LCV et la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*⁹. En effet, ces lois ne permettent qu'aux personnes intéressées de bénéficier de ce recours pour se faire entendre, c'est-à-dire une personne qui est en mesure de participer au processus d'adjudication et d'exécuter le contrat qui en découle. En d'autres termes, tout autre joueur situé plus loin dans la chaîne contractuelle ne peut se prévaloir du droit de plainte. Ainsi, la seule armure dont bénéficient les sous-traitants contre une spécification dirigée soit vers le produit d'un compétiteur au sein d'un appel d'offres, soit vers un fournisseur précis est l'imposition du respect d'un devis de performance neutre.

Cela est d'autant plus vrai à la suite des témoignages d'entrepreneurs et de sous-traitants recueillis dans le cadre du dossier du centre Roussin au sujet des demandes d'équivalence. Alors que celles-ci devraient en théorie

constituer un autre mécanisme d'équité et d'ouverture du marché, la très grande majorité d'entrepreneurs rencontrés a estimé que la présentation d'une demande d'équivalence représente un risque financier inutile en plus d'exiger beaucoup de travail et des coûts supplémentaires pour démontrer l'équivalence des produits. En effet, si la municipalité décide de refuser l'équivalence, cela forcerait l'entrepreneur général à prendre en charge le coût de l'écart de prix qu'il peut y avoir entre les produits proposés à titre d'équivalence et les produits spécifiés au devis, ou pourrait même voir sa soumission rejetée. Par conséquent, ils ont pour pratique d'opter pour le produit inscrit dans les documents d'appel d'offres, au détriment des équivalences que pourraient proposer d'autres sous-traitants, distributeurs ou fournisseurs. Cette situation dépeint encore une fois l'importance d'identifier un produit en utilisant des critères de performance et d'exigences fonctionnelles.

Pour toutes ces raisons, l'article 573.1.0.14 de la LCV est indispensable pour permettre la libre concurrence et la transparence dans le processus d'octroi des contrats publics, pour procurer une garantie d'égalité de traitement pour l'ensemble des joueurs de la chaîne contractuelle, et offrir un rempart solide pour lutter contre la collusion et autres manœuvres dolosives pouvant miner les marchés publics québécois.

3. LES DIFFÉRENTES COMPOSANTES DE L'ARTICLE 573.1.0.14 DE LA LOI SUR LES CITÉS ET VILLES

Il convient maintenant de se concentrer sur les trois éléments clés qui donnent vie au concept du devis basé sur les critères de performance et d'exigences fonctionnelles que l'on retrouve au sein de l'article 573.1.0.14 de la LCV. Les différentes composantes de cet article seront décortiquées et illustrées à l'aide de cas concrets dans les prochaines sous-sections afin d'en faciliter la compréhension et l'application.

3.1 Champ d'application

Tout d'abord, il est important de rappeler quels sont les processus contractuels des villes et municipalités auxquels s'applique l'article 573.1.0.14 de la LCV. On y retrouve :

- Les appels d'offres publics en vertu de l'article 573 de la LCV visant l'acquisition de biens, de services ou de travaux.

⁹ LCV, art. 573.3.1.4, al. 1; *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, chapitre A-33.2.1, art. 37, 39 et 40.

- La passation de contrats effectuée en vertu de l'article 573.3.0.1 de la LCV visant la fourniture de services ne pouvant être rendue que par un médecin, un dentiste, un infirmier, un pharmacien, un médecin vétérinaire, un ingénieur, un arpenteur-géomètre, un architecte, un comptable professionnel agréé, un avocat ou un notaire.
- La passation de contrats effectuée en vertu de l'article 573.3.0.2 de la LCV visant la fourniture de services d'ingénierie, d'architecture ou de design avec le lauréat d'un concours.
- Un processus d'homologation, de qualification, de certification ou d'enregistrement de biens, de services ou de travaux effectués en vertu des articles 573.1.0.2 et 573.1.0.3 de la LCV.

Ensuite, l'article 573.1.0.14 de la LCV n'établit aucune distinction selon l'importance du bien, du service ou des travaux visés eu égard à l'ensemble de l'appel d'offres (un seuil monétaire, un élément de nature principale ou accessoire, une fonctionnalité critique ou non, entre autres) et s'applique tout aussi bien aux appels d'offres publics fonctionnant selon la méthode du plus bas soumissionnaire conforme qu'à ceux utilisant un système de pondération et d'évaluation des offres¹⁰. Autrement dit, dès qu'un donneur d'ouvrage exige des spécifications techniques à l'égard d'un bien, d'un service ou de travaux dans le cadre d'un appel d'offres public¹¹, il doit se conformer aux paramètres établis par l'article 573.1.0.14 de la LCV.

3.2 Les critères de performance et les exigences fonctionnelles : la règle de base

L'article 573.1.0.14 de la LCV exige que les spécifications soient rédigées en fonction de la description des besoins et des objectifs poursuivis et non en fonction de produits d'une marque précise. La Ville a d'ailleurs publié, au sein de son encadrement administratif,¹² certaines considérations à privilégier aux fins de la description des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle :

- Pour les produits dont l'usage requiert une normalisation par un organisme indépendant, prescrire la certification ou l'homologation reconnue et exigée (par exemple: BNQ, ACNOR, ASTM, ISO) ;

- Décrire les spécifications techniques requises en termes de performance. Selon le cas, il peut s'agir des propriétés et des qualités physiques et mécaniques du produit ou de ses qualités professionnelles. Les critères de performance requis et les niveaux de performance visés doivent être clairs, réalistes et définis en fonction des résultats attendus ;
- Décrire les spécifications techniques en termes d'exigences fonctionnelles. Il s'agit d'établir la fonctionnalité du produit, soit l'objectif poursuivi, le service attendu et ce que le produit doit faire ou comment il doit le faire. Dans certains cas, il peut être nécessaire de préciser le contexte (ex. : plusieurs opérateurs) ou le type d'environnement dans lequel le produit sera utilisé ;
- Définir les exigences de la compatibilité ou en ce qui a trait à l'interopérabilité du produit avec des éléments, des équipements ou des structures déjà en place ou acquises antérieurement par la Ville. Les exigences fonctionnelles doivent être réalistes, nécessaires, non ambiguës, concises, cohérentes et vérifiables.

Il s'agit de bonnes pistes pour amorcer la définition de ses besoins de façon conforme aux exigences requises par un devis de performance.

3.2.1 Le point de départ : une évaluation rigoureuse de ses besoins

Le Bureau de l'inspecteur général reconnaît que le processus de définition des besoins relève de la discrétion de l'organisme public. Ainsi, la question n'est donc pas de juger du bien-fondé ou de l'opportunité du besoin identifié par le donneur d'ouvrage ou d'y substituer une opinion différente comme celle du dénonciateur, mais plutôt d'évaluer la rigueur de la démarche effectuée par l'organisme public dans la façon dont ce besoin est décrit et traduit dans des documents d'appel d'offres.

Afin d'assurer le respect de ce principe, une bonne pratique pour tout organisme municipal est de procéder au préalable à une évaluation rigoureuse de ses besoins afin d'être en mesure d'établir ensuite les critères de performance du devis. Il est de plus fortement recommandé que cette évaluation

¹⁰ Articles 573.1.0.1 ou 573.1.0.1.1 de la LCV.

¹¹ Il est à noter que l'article 573.1.0.14 de la LCV ne s'applique pas aux contrats conclus de gré à gré ou à la suite d'un appel d'offres sur invitation effectué en vertu de l'article 573.1 de LCV.

¹² Encadrement administratif C-OG-DG-P-21-002 : Procédure portant sur la description des spécifications techniques recherchées dans un appel d'offres public en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle - *Loi sur les cités et villes* (chapitre C-19) (LCV), Article 573.1.0.14, p. 4.

soit documentée afin de démontrer le sérieux de la démarche et d'être en mesure d'en fournir une copie dans le cadre d'une vérification par le Bureau de l'inspecteur général.

Deux dénonciations portant sur l'emploi de devis descriptifs reçus en 2022 permettent d'illustrer un tel cas de figure. Dans la première dénonciation, le dénonciateur reprochait au donneur d'ouvrage d'imposer des exigences techniques qui ne favorisaient qu'un seul manufacturier. L'appel d'offres portait sur l'achat de véhicules d'urgence munis d'un écran tactile intégré au tableau de bord. Le dénonciateur souhaitait que l'organisme municipal élargisse le marché en acceptant un produit équivalent installé sur un support devant le tableau de bord. Il soutenait que ce produit constituait une équivalence qui répondait aux besoins du service municipal.

Dans le cadre de l'analyse de cette dénonciation, le donneur d'ouvrage a démontré par une étude documentée que c'était bien d'un écran intégré au tableau de bord dont il avait besoin pour ses véhicules d'urgence. Cette disposition offrait une ergonomie efficace, avec un niveau de confort, d'efficacité et de sécurité supérieure. Son choix répondait de plus aux normes de la *Loi sur la santé et la sécurité* au travail. Sur la foi de cette étude de marché bien documentée, le dossier a donc été clos.

Dans le deuxième dossier, le dénonciateur reprochait à une unité d'affaires d'imposer des exigences trop restrictives pour un appel d'offres visant le remplissage écologique d'un terrain de baseball en gazon synthétique avec deux produits végétaux spécifiques, qui seraient offerts, selon lui, par un fournisseur unique. Pour en arriver à exiger ces produits, le service avait d'abord réalisé une revue de littérature scientifique, puis investi dans des tests de laboratoire afin d'évaluer les divers produits de remplissage écologiques offerts sur le marché. Ces deux étapes l'ont mené à éconduire certains produits qui ne pouvaient répondre à ses besoins en termes de résistance et de durabilité souhaitées.

Pour l'inspectrice générale, suivre ce processus a été une pratique exemplaire de l'unité d'affaires qui s'est investie dans une démarche soutenue de définition de ses besoins afin que le nouveau terrain de baseball puisse être praticable dans les meilleures conditions et le plus longtemps possible, et ce, sans coûts excessifs pour l'entretien et la main-d'œuvre. Qui plus est, deux soumissions conformes à ces exigences

ont été reçues démontrant ainsi que le devis n'était pas dirigé vers une entreprise unique.

3.2.2 Une pratique à éviter : utiliser les caractéristiques d'un produit spécifique comme point de départ

Le Bureau de l'inspecteur général tient à préciser que d'utiliser les spécifications d'un produit ciblé et d'en extraire les caractéristiques de performance afin de pouvoir dire que les exigences de l'article 573.1.0.14 de la LCV sont atteintes n'est pas une pratique acceptable et va à l'encontre de l'esprit recherché par cet article. Cela reviendrait à faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement. Cette situation a d'ailleurs été notée dans le rapport concernant le nouveau complexe aquatique Rosemont¹³.

L'enquête menée par le Bureau de l'inspecteur général portait principalement sur la question du choix de bassins de piscines à être utilisés lors de la construction du complexe aquatique. L'un des objectifs était notamment de faire la lumière sur des allégations d'appels d'offres dirigés en faveur d'un fabricant de bassins de piscines. En effet, avant le début de l'enquête, l'équipe de la Ville de Montréal n'avait pas cherché à considérer d'autres fabricants de bassins modulaires puisqu'elle avait déterminé que les produits du premier fournisseur convenaient à ses besoins et que, pour cette raison, ils seraient spécifiés aux documents d'appel d'offres. Or, agir de la sorte va à l'encontre de l'esprit de l'article de la loi, fait obstacle à la saine compétition dans le marché et empêche différents fournisseurs de pouvoir faire valoir leurs produits qui pourraient également répondre aux besoins de la Ville.

Dans ce dossier, le Bureau de l'inspecteur général et le Bureau du contrôleur général sont intervenus afin de remplacer les références spécifiques aux produits de ce fournisseur par des critères de performance neutres pouvant inclure des bassins provenant d'autres fournisseurs. Cependant, l'équipe de projet de la Ville et les firmes externes ont plutôt développé des critères qui reprenaient plusieurs particularités spécifiques des bassins de ce fournisseur telles que la méthode d'assemblage en fonction de processus ou de produits brevetés. Donc, bien que la Ville utilisait, en apparence, des critères dits « de performance » pour décrire les bassins qu'elles désiraient se procurer, la précision des caractéristiques et les termes utilisés pour la rédaction de

¹³ Précité, note 1.

la soumission ne permettaient qu'aux produits de cette entreprise de se qualifier pour l'appel d'offres.

Autrement dit, ce dossier enseigne qu'on ne peut obtenir des critères de performance réellement neutres lorsque le donneur d'ouvrage utilise comme point de départ une spécification de produit, c'est-à-dire une position avec un biais inhérent en faveur d'un produit en particulier. En faisant indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement, la Ville a retiré la possibilité aux membres participants de la chaîne contractuelle de proposer des produits qui auraient pu répondre à ses besoins.

3.2.3 Les exigences fonctionnelles : une réalité à prendre en considération et à bien cerner

Il peut arriver qu'un donneur d'ouvrage se retrouve en présence d'une restriction fonctionnelle, c'est-à-dire que le produit demandé est sujet à certaines contraintes et exigences qui doivent être respectées. Cette situation, bien qu'elle puisse être hors du contrôle du donneur d'ouvrage, peut restreindre la concurrence en réduisant le nombre de soumissionnaires potentiels, allant même à ne permettre qu'à une seule entreprise de soumissionner à l'appel d'offres. Dans un cas semblable, le donneur d'ouvrage se doit de circonscrire la restriction fonctionnelle à ce qui est réellement requis. À cet effet, une solution à envisager pour le donneur d'ouvrage pourrait être, selon le cas, de scinder son appel d'offres en plusieurs lots afin de l'adapter au marché et favoriser la concurrence tout en respectant ses contraintes fonctionnelles.

Cette stratégie a d'ailleurs été utilisée par la Ville de Montréal lors d'un appel d'offres visant l'acquisition de sept surfaceuses à glace électriques pour les arénas. Sur l'ensemble des surfaceuses devant être acquises, une seule nécessitait d'avoir une largeur maximale de 84 pouces en raison des limitations d'accès physiques propres à cet aréna en particulier. Or, la soumission avait été rédigée d'une manière qui imposait cette restriction à l'ensemble des surfaceuses de l'appel d'offres. Cette restriction empêchait une entreprise de soumissionner alors qu'elle pouvait offrir des surfaceuses pour l'ensemble des arénas, hormis celle qui exigeait une largeur maximale de 84 pouces.

En raison des limitations fonctionnelles, par ailleurs légitimes, d'un seul aréna, l'entreprise se voyait empêchée de soumissionner sur l'ensemble de l'appel d'offres. Le Bureau de l'inspecteur général a fait part de cette situation à l'unité requérante qui a opté pour une solution permettant

à cette entreprise de soumissionner. Elle a divisé l'appel d'offres en deux lots, dont l'un serait réservé à l'aréna ayant des contraintes physiques nécessitant une surfaceuse à glace d'une largeur maximale de 84 pouces. Somme toute, bien que la Ville se devait de composer avec des limitations hors de son contrôle et que ces exigences auraient pu avoir l'effet de diriger son devis et de favoriser une seule entreprise, l'application de cette solution créative a offert une chance équitable à plus d'une entreprise de soumissionner, a évité qu'un compétiteur soit favorisé indûment et a offert plus d'un choix à l'organisme public.

3.2.4 Les risques et les impacts liés à l'utilisation de firmes externes consultantes lors de la rédaction du devis

Le Bureau de l'inspecteur général tient finalement à rappeler aux donneurs d'ouvrage certaines dynamiques du marché révélées par ses enquêtes lorsque la rédaction des spécifications techniques d'un produit complexe pour un appel d'offres est confiée à des firmes de professionnels externes. En effet, selon certains témoignages reçus, il arrive que des professionnels externes n'aient pas une maîtrise de tous les produits en question et se tournent vers un distributeur ou fournisseur qu'ils connaissent pour les assister. Or, ce genre d'étroite relation peut avoir de sérieuses conséquences sur l'intégrité et la saine concurrence de l'appel d'offres public à venir puisque l'information offerte par le distributeur ou fournisseur sollicité peut être facilement biaisée et lui offrir l'occasion de positionner son produit au premier plan. Dans certains cas même, les professionnels externes ont simplement reproduit les spécifications des produits du distributeur ou du fournisseur en question dans les documents d'appel d'offres.

Ainsi, la collaboration avec un fournisseur ou un distributeur pourrait venir diriger un devis vers un seul offrandant, limiter la possibilité pour une autre entreprise de proposer des produits équivalents et même fermer le marché à des joueurs de la chaîne contractuelle. Puisque l'objectif de l'article 573.1.0.14 de la LCV est non seulement de permettre une concurrence saine auprès des soumissionnaires, mais sert également de garantie d'équité pour les fournisseurs et distributeurs. Le donneur d'ouvrage doit garder en tête que le devis doit être le plus neutre possible malgré les éléments techniques nécessaires pour certains produits. Il doit de plus s'assurer de se conformer aux critères essentiels qui constituent la raison d'être du devis de performance.

Cette situation a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport public concernant le remplacement et l'installation de génératrices¹⁴ dans des immeubles appartenant à l'Office municipal d'habitation de Montréal (OMHM). En effet, l'OMHM avait le mandat de procéder à l'adjudication de contrats découlant d'appels d'offres publics visant le remplacement ou l'ajout de génératrices dans ses immeubles.

Lors de la conception des devis pour le groupe électrogène, les ingénieurs responsables de la conception pour l'OMHM ont sollicité l'assistance d'un distributeur afin de faciliter la rédaction du devis technique, vu la complexité du fonctionnement des génératrices. Bien qu'il s'agisse d'une pratique courante selon le témoignage de plusieurs ingénieurs, l'enquête a démontré que ce type de collaboration permettait au distributeur impliqué d'influencer ainsi la rédaction du devis en obtenant l'insertion d'exigences qui avantageraient son produit à un éventuel appel d'offres. En effet, il a été observé que le distributeur en question proposait d'inclure dans le devis certaines spécifications précises concernant la puissance du moteur des génératrices, le choix de l'alternateur et le produit de référence dans le devis. Or, bien qu'il ait été invité à fournir de l'assistance à l'équipe d'ingénieurs, vu la complexité du fonctionnement d'une génératrice, il avait tout intérêt à suggérer certaines caractéristiques qui avantageraient son produit lors de l'appel d'offres.

Par exemple, à la suite de la proposition faite par le distributeur, le devis électrique exigeait que la génératrice ait une certaine puissance en kW. Or, cette puissance était légèrement supérieure à celle des génératrices proposées par ses concurrents. Afin d'être conformes au devis, les distributeurs devaient alors proposer un modèle plus puissant, mais plus coûteux.

L'insertion de ce type d'exigence comme le choix d'une puissance minimum très précise pour la génératrice dans les devis n'empêchait pas des concurrents de participer à l'appel d'offres, mais il s'agit d'un exemple d'exigences qui peut avantager un distributeur face à un autre. En effet, si le distributeur dispose d'une génératrice de la puissance indiquée au devis qu'il peut offrir aux futurs soumissionnaires, mais que ses concurrents, en revanche, n'ont rien d'équivalent et doivent se tourner vers un niveau

de puissance plus élevé pour répondre aux exigences de l'appel d'offres, il va sans dire que le distributeur vient de se voir offrir un avantage significatif.

Il est possible qu'un projet nécessite qu'une génératrice ait précisément une puissance de X kW ou qu'un produit requière certaines exigences spécifiques, mais il est important que ce besoin ait été déterminé par un professionnel neutre et que les devis aient été rédigés en utilisant des critères de performance ou d'exigences fonctionnelles. Ainsi, le donneur d'ouvrage s'assurera de ne pas restreindre indûment la concurrence, de s'offrir une variété de possibilités, de garantir l'équité tant pour les soumissionnaires que pour les distributeurs, fournisseurs, et finalement, de maintenir la transparence dans le processus d'octroi des contrats publics.

3.3 Les caractéristiques descriptives : une mesure d'exception

Bien que les exigences de l'article soient claires à savoir que les spécifications doivent être décrites en termes de performance et d'exigence fonctionnelle, l'article 573.1.0.14 de la LCV prévoit une mesure d'exception avec l'emploi des termes « à défaut de pouvoir le faire » :

« Lorsque, dans l'une ou l'autre des situations mentionnées au deuxième alinéa, une municipalité exige certaines spécifications techniques, elle doit décrire ces spécifications en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives. À défaut de pouvoir le faire, elle doit prévoir que sera considérée conforme toute équivalence à des caractéristiques descriptives et elle peut prescrire comment sera évaluée l'équivalence à ces caractéristiques. »

L'expression « à défaut de pouvoir le faire » n'étant pas explicitement définie, il est possible de se rabattre, à des fins interprétatives, sur les dispositions de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Europe desquelles découle l'article 573.1.0.14 de la LCV. Celles-ci indiquent qu'un motif valable de passer outre les critères de performance ou d'exigence fonctionnelle est « qu'il n'existe pas un autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché ».¹⁵

¹⁴ Précité, note 3.

¹⁵ Accord économique, commercial et global, art. 19.9 « Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres », al. 4. Texte disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/19.aspx?lang=fra>.

Par conséquent, bien qu'il s'agisse d'une obligation de moyen et non de résultat, le donneur d'ouvrage doit néanmoins prendre les mesures raisonnables afin de décrire les spécifications d'un produit ou d'un service en termes de performance et d'exigence fonctionnelle et doit s'assurer de pouvoir démontrer les efforts qu'il a déployés pour y arriver.

Advenant la situation où celui-ci n'a d'autres choix que de se prévaloir de l'emploi de caractéristiques descriptives, il ne peut consulter qu'un seul fabricant ou distributeur pour obtenir de l'information et il doit éviter de n'inscrire qu'une seule marque de référence dans son appel d'offres. Une telle pratique a un effet restrictif sur le marché incitant les soumissionnaires à opter pour la facilité d'inclure la marque énoncée au devis dans leur soumission. Un maximum de modèles de référence devrait être présenté, tout en demeurant ouvert à amender une telle liste au gré de la présentation d'autres modèles équivalents en cours de chemin. Il faut que les soumissionnaires, distributeurs, fournisseurs et sous-traitants disposent de la même opportunité de se faire valoir pendant le processus d'appel d'offres.

À ce sujet, le Bureau de l'inspecteur général tient à rappeler aux donneurs d'ouvrage l'importance de recourir aux bonnes pratiques présentées dans ce rapport, soit de procéder au préalable à une évaluation rigoureuse de ses besoins afin d'être en mesure d'établir ensuite les critères de performance du devis et s'assurer de documenter le tout afin de démontrer le sérieux de la démarche ou être en mesure d'expliquer les raisons pour lesquelles l'utilisation des critères de performance n'est pas possible.

Le rapport public concernant la réfection du centre Roussin¹⁶ est un exemple où la firme de professionnels mandatée s'est prévaluée de cette mesure d'exception en utilisant des termes descriptifs, sans toutefois faire la démonstration des mesures raisonnables prises au préalable afin de décrire les spécifications du produit en termes de performance et d'exigence fonctionnelle.

L'inclusion de marques spécifiques a eu un impact significatif sur les entrepreneurs généraux, sur les sous-traitants et sur les fournisseurs et distributeurs, comme le démontrent les extraits suivants :

« [...] Pour ce qui est des trois entrepreneurs généraux, ils sont unanimes : ils n'incluront dans leurs soumissions que les équipements spécifiés dans les documents d'appel d'offres. Il est rare qu'ils présentent une demande d'équivalence, percevant cela soit comme un travail généralement inutile, soit comme une tâche pour laquelle ils ne possèdent pas suffisamment d'expertise technique. La présentation d'une demande d'équivalence est perçue comme étant un risque qui ne vaut pas la peine d'être encouru, sauf s'ils connaissent un fournisseur qui sera équivalent à coup sûr. [...] »¹⁷

« [...] Tout comme pour les entrepreneurs généraux, les sous-traitants constatent que la spécification d'une marque dans un appel d'offres entrainera les soumissionnaires à opter pour celle-ci. Un des sous-traitants dit avoir remarqué la quantité de marques spécifiées dans le cas du Centre Roussin. Il n'a donc pas pris de chance et a déposé une soumission avec ces marques d'équipements. À son avis, déposer une soumission avec des produits proposés en substitution représente un risque financier significatif, car si la Ville les refuse, c'est à lui d'assumer l'écart de prix qu'il peut y avoir avec les produits spécifiés au devis. [...] »¹⁸

« [...] En effet, ils (les distributeurs et fournisseurs) estiment tous qu'ils ont un grand avantage commercial à voir leurs produits spécifiés dans des appels d'offres. Selon un distributeur, dès que leurs produits sont spécifiés au devis, ils ont 65% de chance d'obtenir le contrat en fin de compte, versus si un soumissionnaire devait proposer leurs produits en équivalence. Pour ce faire, le nerf de la guerre est d'entretenir de bonnes relations avec les firmes de génie-conseil. Selon les distributeurs, l'ingénieur-conseil a les connaissances sur les besoins du bâtiment, mais il ne sait pas quelle machine sélectionner pour satisfaire ce besoin. Le distributeur va donc lui proposer des équipements pour rencontrer les spécifications et les exigences nécessaires au fonctionnement du bâtiment en lien avec les besoins. [...] »¹⁹

¹⁶ Précité, note 1.

¹⁷ Précité, note 1, voir section 3.5.1.

¹⁸ Précité, note 1, voir section 3.5.2.

¹⁹ Précité, note 1, voir section 3.5.3.

Il est possible qu'une situation nécessite l'utilisation de la mesure d'exception prévue par l'article 573.1.0.14 de la LCV. Cependant, la municipalité doit être en mesure de démontrer les raisons qui l'empêchent d'utiliser les critères de performance ou d'exigence fonctionnelle ainsi que les mesures prises au préalable pour tenter de s'y conformer. Comme l'illustre le rapport public sur la réfection du centre Roussin, l'utilisation d'un modèle de référence dans une soumission constitue un avantage indéniable pour l'entreprise dont le produit est utilisé comme modèle de référence, et ce, au détriment des autres fournisseurs et distributeurs qui n'ont pas eu la même visibilité pour leur produit.

En définitive, si le donneur d'ouvrage n'a d'autres choix que de se tourner vers l'utilisation de critères descriptifs dans son devis, il doit faire preuve de prudence et de discernement en gardant à l'esprit la forte concurrence qui existe entre les divers joueurs du marché uniquement pour que leur produit soit élu comme référence dans un appel d'offres. Un produit désigné devient un choix facile pour les entrepreneurs généraux qui utilisent spécifiquement ce modèle de référence dans une soumission aux dépens d'une proposition équivalente, sachant que ce produit sera automatiquement conforme aux exigences de l'appel d'offres public.

3.4 Le processus d'équivalence : contrôler la mesure d'exception

Comme le prévoit l'article 573.1.0.14 de la LCV, dans le cadre d'un appel d'offres où l'organisme municipal peut démontrer « qu'il n'y a aucun autre moyen suffisamment précis ou intelligible de le faire, il pourra décrire ses besoins à ce qui a trait aux caractéristiques descriptives »²⁰, ce dernier devra établir un processus d'évaluation des équivalences équitable et objectif à l'intention des entreprises soumissionnaires. Ainsi, bien que l'article de loi prévoit une mesure d'exception, elle s'assure toutefois de l'encadrer adéquatement afin de maintenir une garantie d'équité pour les différents joueurs.

Par ailleurs, le Bureau de l'inspecteur général rappelle qu'il ne suffit pas d'apposer une mention « ou équivalent approuvé » et de permettre la présentation de demandes d'équivalence

en cours de publication de l'appel d'offres pour satisfaire les critères de l'article. La démarche attendue du donneur d'ouvrage lorsqu'il est question de permettre la proposition de produits équivalents doit être documentée, contenir des critères neutres, équitables et atteignables et faire foi de l'objectivité et la légitimité du processus.

En utilisant ces bonnes pratiques, l'organisme public évitera de rédiger un devis descriptif et dirigé, permettra non seulement aux soumissionnaires, mais aux distributeurs, fournisseurs et sous-traitants de présenter leurs produits et témoignera de la rigueur du processus lors d'une potentielle enquête du Bureau de l'inspecteur général.

Il est également important de rappeler que chaque appel d'offres devrait préciser une date limite pour le dépôt des demandes d'équivalence qui devrait être fixée avant la date limite de dépôt des soumissions. Advenant une acceptation de l'équivalence, un addenda devrait être publié, avant la date limite de réception des soumissions, afin de la publiciser. Ces bonnes pratiques se retrouvent d'ailleurs dans l'encadrement administratif de la Ville de Montréal²¹.

Il est vrai que l'article 573.1.0.14 de la LCV n'impose pas explicitement de délai pour la réception des demandes d'équivalence et qu'il n'est indiqué nulle part qu'elles doivent pouvoir être reçues au cours de la publication d'un appel d'offres. Néanmoins, son libellé indique bien qu'il s'applique dans le cadre d'une demande de soumissions ou d'évaluation des offres reçues à la suite d'une demande de soumission, donc pendant que l'appel d'offres est en cours. De plus, il s'agit, de l'avis de l'inspectrice générale, de la seule interprétation permettant de donner plein effet à cette mesure. En effet, si un appel d'offres spécifie un bien de la marque « X », comment un soumissionnaire distribuant un produit de la marque « Y » pourrait-il présenter une demande d'équivalence après que le contrat ait été octroyé uniquement parmi les distributeurs du produit de la marque « X » ?

Il suffit de prendre pour exemple le rapport public concernant la réfection du centre Roussin²². Les cocontractants avaient convenu qu'en vertu de la clause d'équivalence se trouvant dans les documents normalisés fournis par la Ville de

²⁰ Bulletin Muni-Express, no 3, 26 février 2021.

²¹ Encadrement administratif C-OG-DG-P-21-002 : Procédure portant sur la description des spécifications techniques recherchées dans un appel d'offres public en termes de performance ou d'exigence fonctionnelle - Loi sur les cités et villes (chapitre C-19) (LCV), Article 573.1.0.14, p. 5.

²² Précité, note 1.

Montréal, que l'« Entrepreneur », c'est-à-dire l'adjudicataire du contrat de construction, pourrait présenter une demande de substitution de produits au cours de son exécution. Il va sans dire que formuler une demande d'équivalence en cours d'exécution de contrat (ce qui revenait à dire qu'aucune clause des documents des appels d'offres ne permettait la présentation de demandes d'équivalence au cours de leur publication) est nettement incohérent avec l'objectif même de l'article et empêche toute concurrence ou proposition provenant de différents joueurs avant qu'un choix ne soit fait.

Bref, le processus d'encadrement des demandes d'équivalence est névralgique. Bien mené, il permet d'assurer une ouverture du marché et une compétition saine et équitable non seulement entre les différents soumissionnaires, mais également auprès des différents participants de la chaîne contractuelle, et ce, en répondant aux besoins du donneur d'ouvrage. À l'inverse, l'absence d'encadrement peut mener à l'élaboration de critères inatteignables rendant illusoire les principes d'équité et de saine concurrence sous-tendant le concept d'un appel d'offres public.

4. CONCLUSION

En terminant, l'entrée en vigueur de l'article 573.1.0.14 de la LCV en 2018 a bousculé les pratiques des organismes municipaux, de leurs cocontractants ainsi que des professionnels externes offrant leurs services aux municipalités en matière de rédaction des documents d'appels d'offres publics. Il n'en demeure pas moins qu'aux yeux de l'inspectrice générale, cet article constitue un pilier fondamental permettant d'assurer une plus grande ouverture du marché, une garantie d'équité pour les différents joueurs et une transparence dans le processus d'appels d'offres publics. En décrivant leurs besoins en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, les municipalités laissent le soin au marché de trouver les solutions adéquates pour y répondre.

Bien qu'il soit plus simple de spécifier précisément une marque ou un produit sachant qu'il comblera le besoin, cette pratique prive d'autres fournisseurs, distributeurs et sous-traitants d'avoir accès aux contrats publics et empêche la libre et saine concurrence. Ces divers participants situés plus loin dans la chaîne contractuelle ne jouissent par ailleurs pas des mêmes protections que les entrepreneurs généraux, par exemple du mécanisme de plainte en vertu de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*. Leur seul rempart est l'utilisation du devis de performance et c'est là un des avantages considérables que procure cet article de loi.

Il ne faut pas oublier que les donneurs d'ouvrage peuvent aussi en retirer plusieurs avantages, tant en se voyant proposer des produits dont ils ignoraient l'existence qu'en bénéficiant d'innovations ou de nouveaux développements technologiques. Il va sans dire que de faire jouer la concurrence peut entraîner de meilleurs prix pour les organismes publics, certains commentaires recueillis et exposés précédemment indiquant qu'un fournisseur dont le produit est spécifié dans un appel d'offres peut être tenté de hausser ses prix. Pour toutes ces raisons, il est primordial que les organismes publics et leurs cocontractants mandatés en assurent le respect.

Toute personne peut avoir recours à la ligne de dénonciation du Bureau de l'inspecteur général pour lui faire part de ses observations et d'irrégularités qu'elle a constatées ou pour dénoncer une situation concernant le contenu d'un appel d'offres, le traitement du processus d'octroi ou l'exécution d'un contrat.

La loi garantit l'anonymat des dénonciateurs et le Bureau de l'inspecteur général s'engage à respecter intégralement cette obligation.

Crédits photos :
Couverture, Shutterstock
Page 10, Istockphoto
Page 11, Shutterstock
Page 14, Shutterstock

Design graphique :
Bivouac Studio
info@bivouacstudio.com

L'inspectrice générale peut être rejointe de plusieurs façons :

Formulaire électronique :
www.bigmtl.ca/denonciation

Courriel : big@bigmtl.ca

Téléphone : 514 280-2800
Télécopieur : 514 280-2877

Adresse postale :
1550, rue Metcalfe
Bureau 1200, 12^e étage
Montréal (Québec) H3A 1X6

Visitez le site Internet pour plus d'informations : www.bigmtl.ca

