



VOLUME 4
NUMÉRO 1
JUIN 2023

BULLETIN DE PRÉVENTION

DU BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL

DANS CE NUMÉRO

LIEN DE DÉPENDANCE
ENVERS UN FOURNISSEUR

LES SECTEURS SENSIBLES

COMMENT ÉVALUER LE
POTENTIEL D'UN LIEN DE
DÉPENDANCE ENVERS UN
FUTUR FOURNISSEUR

BIEN PLANIFIER
À LONG TERME

Droit de propriété intellectuelle, entretien d'un produit exclusif fourni par un seul fournisseur, obligation de recourir à l'ingénieur concepteur pour faire des modifications à un plan d'un immeuble municipal, voilà quelques raisons évoquées par des donneurs d'ouvrage pour ne pas publier un nouvel appel d'offres pour un bien ou un service de la Ville de Montréal. En préférant plutôt poursuivre avec l'adjudicataire qui a obtenu le contrat initial, souvent pour des raisons de coûts et de délais, des donneurs d'ouvrage risquent d'établir un lien de dépendance, fermant ainsi la porte à toute concurrence.

LIEN DE DÉPENDANCE ENVERS UN FOURNISSEUR

Selon la *Loi sur les cités et villes*, la poursuite d'un contrat avec un fournisseur pour des raisons de propriété intellectuelle ou de brevets, par exemple, ne doit se faire qu'à titre exceptionnel. Les donneurs d'ouvrage doivent d'abord bien évaluer leurs besoins, en particulier pour l'acquisition des services professionnels, des technologies de l'information ainsi que des produits de marque exclusifs, avant d'avoir recours à cette mesure d'exception.

La Ville de Montréal, tout comme d'autres organismes publics, est régie par des lois qui encadrent l'octroi des contrats afin de promouvoir, entre autres, la transparence et le traitement intègre et équitable des concurrents. Cela se fait en s'appuyant sur une évaluation adéquate et rigoureuse des besoins et la recherche de la meilleure valeur dans l'intérêt public.

Ces lois encouragent et privilégient l'emploi des appels d'offres publics, même si elles prévoient des exceptions pour permettre dans des cas

limités d'octroyer des contrats à un fournisseur en particulier. Le mot d'ordre ici est **EXCEPTION**. Cela implique que l'utilisation des exceptions doit se faire avec parcimonie afin d'éviter de dénaturer la règle générale qui demeure une sollicitation libre de la concurrence par un appel d'offres public. Tel qu'il sera détaillé dans les pages suivantes, il est fortement recommandé de documenter l'ensemble du processus de définition des besoins et du recours à l'exception.

Rappelons qu'un contrat vise entre autres à exécuter des travaux ou à acquérir un service ou un bien. En principe, ce contrat prend fin une fois l'objectif atteint. Ce constat peut sembler simple, mais l'inspectrice générale a souvent eu à traiter des dossiers au cours desquels le donneur d'ouvrage s'était retrouvé en quelque sorte captif de son fournisseur. Le bulletin actuel propose un éventail de bonnes pratiques pouvant être mises en œuvre pour pas que le donneur d'ouvrage soit pris au piège.



LES SECTEURS SENSIBLES

Cette situation de dépendance survient principalement dans trois types de contrats, à savoir les services professionnels, les acquisitions en technologies de l'information (TI) et l'achat de produits de marque exclusifs.

1. Services professionnels

Dans le domaine des services professionnels en ingénierie et en architecture, l'inspectrice générale a pu constater l'existence de contrats se prolongeant au-delà du mandat initial, que ce soit pour de grands projets d'infrastructures, l'acquisition d'équipements spécialisés ou pour l'ajout d'éléments à des contrats en cours.

Les donneurs d'ouvrage concernés avançaient que seuls l'ingénieur ou l'architecte ayant conçu les plans pouvaient les modifier. Ils peuvent en être propriétaires, mais ils ne peuvent les modifier sans le consentement du professionnel. Une nouvelle firme pourrait reprendre le dossier à zéro, mais des donneurs d'ouvrage préfèrent rester avec le même adjudicataire notamment en raison du délai du processus de l'appel d'offres et des coûts qui y sont liés.

La *Loi sur les cités et villes* tient compte de ces enjeux à son article 573.3 :

« Lorsqu'un contrat de services professionnels relatif à la conception de plans et devis a fait l'objet d'une demande de soumissions, les dispositions de l'article 573.1 ou celles d'un

règlement pris en vertu de l'article 573.3.0.1 ne s'appliquent pas à un contrat conclu avec le concepteur de ces plans et devis pour :

- 1° leur adaptation ou leur modification pour la réalisation des travaux aux fins desquelles ils ont été préparés ;
- 2° la surveillance des travaux liés à une telle modification ou à une telle adaptation ou, dans le cadre d'un contrat à prix forfaitaire, à une prolongation de la durée des travaux. »

Cette exception peut être appliquée dans le cadre de la construction d'un immeuble municipal pour lesquels les plans ont été préparés. Une fois les travaux terminés, le propriétaire de l'immeuble ne peut plus y recourir. Par exemple, advenant le projet d'ajout d'une mezzanine, le donneur d'ouvrage ne pourrait pas s'appuyer sur cet article pour s'adresser à nouveau au concepteur des plans du bâtiment. Il devrait produire un nouvel appel d'offres, dont les documents comprendront les plans « tels que construits », à partir desquels le nouvel adjudicataire concevra les plans de la mezzanine.



2. Acquisition en TI

L'inspectrice générale a été saisie de plusieurs cas d'acquisition de plateformes informatiques ou de produits électroniques pour lesquels les donneurs d'ouvrage alléguaient devoir poursuivre

avec le même fournisseur afin d'effectuer les mises à jour informatiques et les mises à niveau, les modifications ou ajouts des modules à l'équipement acquis.

Le donneur d'ouvrage peut être propriétaire des données et des applications conçues pour ses besoins, mais il n'est pas propriétaire des codes sources ou de la plateforme de base qui est souvent enregistrée, propriété d'une compagnie et utilisée par plusieurs clients. En l'absence de ces éléments, souvent nécessaires pour la publication d'un appel d'offres subséquent, il sera complexe pour le donneur d'ouvrage de sortir de cette relation contractuelle, créant du coup un risque de dépendance et d'engrenage de contrats d'exception octroyés à répétition. Un donneur d'ouvrage devrait réfléchir à la sortie du contrat avant même de le commencer, par exemple en s'assurant du droit de propriété des données requises pour un appel d'offres futur ou que la solution retenue soit interopérable sur divers systèmes¹.

Le même risque de dépendance se présente pour la conception d'une technologie industrielle puisque l'ingénieur en signe les plans. La nouvelle technologie peut être la propriété de son entreprise et utilisée par tous les clients. Même si la phase initiale d'un des projets est terminée, il arrive qu'après la fin du contrat, lorsque le donneur d'ouvrage a besoin d'une mise à niveau de la technologie, d'une modification ou d'une nouvelle commande du produit conçu, il croit devoir retourner auprès du professionnel qui a signé les plans de conception, parce que celui-ci en a le droit de propriété ou qu'il en détient les brevets.

3. Acquisition des produits de marque exclusifs

Dans certains dossiers d'acquisition de biens, l'inspectrice générale a pu constater des situations problématiques telles que l'achat d'un bien exclusif à un fournisseur ou pour lequel le fabricant a un distributeur exclusif par région, qui est le seul à fournir les pièces.

Ces biens peuvent être des meubles, des bacs, des pièces automobiles ou même des formats exclusifs à un produit (minuteur, capsule, distributeur automatique, par exemple).

L'article 573.3 précité contient ici également une exception qui pourrait s'appliquer à certains cas : « 573.3 Les dispositions des articles 573 et 573.1 et celles d'un règlement pris en vertu des articles 573.3.0.1 ou 573.3.0.2 ne s'appliquent pas à un contrat (...) »

Dans ces domaines, l'article 573.3 6° de la *Loi sur les cités et villes* prévoit une exception :

« Les dispositions des articles 573 et 573.1 et celles d'un règlement pris en vertu des articles 573.3.0.1 ou 573.3.0.2 ne s'appliquent pas à un contrat (...) »

6° dont l'objet découle de l'utilisation d'un progiciel ou d'un logiciel et vise :

- a) à assurer la compatibilité avec des systèmes, progiciels ou logiciels existants ;
- b) la protection de droits exclusifs tels les droits d'auteur, les brevets ou les licences exclusives ;
- c) la recherche ou le développement ;
- d) la production d'un prototype ou d'un concept original. »

Il s'agit bien entendu d'une exception à la règle générale qui demeure une sollicitation libre et compétitive de l'ensemble du marché en utilisant les modes d'octroi prévus par la loi, et qui doit être utilisée judicieusement. L'utilisation de cette exception législative doit donc s'inscrire dans une démarche rigoureuse, structurée et bien documentée afin d'éviter que le contrat résultant de l'appel d'offres initial ne se transforme en contrat à vie pour l'entrepreneur par une succession d'octrois de gré à gré de contrats d'exception.

9° dont l'objet est l'entretien d'équipements spécialisés qui doit être effectué par le fabricant ou son représentant. »

En plus des extraits précités, l'article 573.3 contient d'autres exceptions sur divers sujets. Nous vous invitons à le lire pour en connaître tous les détails.

Nous ne saurions cependant assez insister sur l'importance d'avoir recours à ces exceptions avec parcimonie afin d'éviter de dénaturer le cadre normatif établi par le législateur, et de toujours documenter votre démarche afin de démontrer pourquoi le recours à une exception est incontournable.

¹ Il arrive que l'infrastructure de base ne soit pas exclusive à un seul fournisseur qui l'a rendue accessible à sa clientèle afin que cette dernière puisse s'en occuper sur une base autonome.



COMMENT ÉVALUER LE POTENTIEL D'UN LIEN DE DÉPENDANCE ENVERS UN FUTUR FOURNISSEUR

Les exemples précédents illustrent la situation de dépendance dans laquelle peuvent se retrouver des donneurs d'ouvrage, souvent sans l'avoir vraiment voulu ni même anticipé. Une fois dans cette situation, un changement de produit ou de fournisseur peut devenir difficile, coûteux et entraîner des délais. Il est donc d'autant plus important, lors de la planification contractuelle, d'analyser et d'anticiper les éléments pouvant mener à une situation de dépendance afin de les éviter. À titre d'exemple, est-il possible de se porter acquéreur des droits d'auteur ou des brevets de l'infrastructure technologique que l'on souhaite faire concevoir ?

Il est entre autres important de savoir si le contrat est ponctuel et complet en lui-même ou s'il s'insère dans un projet à long terme ou complexe. Dans ces derniers cas, il faut être conscient de l'effet du contrat en question sur les prochains à venir.

Idéalement, chaque contrat devrait être séparé des autres dans un processus contractuel. Il doit être ouvert à tous les fournisseurs afin de permettre au donneur d'ouvrage de bénéficier d'une compétition saine et d'obtenir les meilleurs prix. C'est pourquoi il faut éviter de lancer un appel d'offres qui mène à un lien de dépendance. Sans être exhaustives, les questions suivantes sont fournies à titre indicatif et s'inscrivent dans une

démarche de prise de décision bien documentée et mûrement réfléchie par le donneur d'ouvrage. Elles permettent de plus d'envisager les enjeux les plus fréquemment perçus et d'explorer certaines solutions potentielles. Cette analyse doit être faite

Chaque contrat devrait être séparé des autres dans un processus contractuel. Il doit être ouvert à tous les fournisseurs afin de permettre au donneur d'ouvrage de bénéficier d'une compétition saine et d'obtenir les meilleurs prix. C'est pourquoi il faut éviter de lancer un appel d'offres qui mène à un lien de dépendance.

avant de lancer un appel d'offres, car elle peut mener à modifier sa forme et son étendue.

En cas d'acquisition :

1. Est-ce que le bien acquis est de consommation de courte durée ou durable ?
 - a. Si durable, aura-t-il besoin d'entretien, de mises à jour et à niveau ou de modifications ? Si oui, est-ce que plusieurs fournisseurs peuvent répondre à ces besoins ? S'il n'y a qu'un seul, il faudrait alors revoir la stratégie et le besoin.

2. Est-ce un produit sur mesure ?

- a. Est-il vraiment nécessaire que le produit soit conçu sur mesure ou existe-t-il un produit standard répondant au besoin ? L'emploi d'un devis de performance permettra au marché de répondre à cette question.
- b. Si le produit sur mesure est justifié, est-ce que des commandes du même produit seront requises dans le futur ?
 - i. Si oui, qui sera en mesure d'y répondre ? Si c'est uniquement le fournisseur du produit sur mesure, que pouvons-nous faire pour permettre à d'autres concurrents de soumissionner ? Doit-on prévoir au devis la cession des droits de propriété intellectuelle, des brevets, des dessins de fabrication ? Quels autres renseignements devront être rendus disponibles aux autres soumissionnaires lors d'un futur appel d'offres et comment s'assurer de les obtenir dès maintenant ?

3. Est-ce que c'est un produit informatique (plateforme, logiciel, application ou module) ?

- a. Si oui, ce produit est-il fait spécifiquement pour le donneur d'ouvrage ou s'agit-il d'un produit standard utilisé par d'autres clients du fournisseur ? Dans le cas où le donneur d'ouvrage ne pourra pas devenir propriétaire des codes sources, il lui faudra anticiper la fin du contrat afin de maintenir l'ouverture du marché, et la possibilité de reprise par un autre fournisseur. Comment ?
 - i. En créant des passerelles pour assurer la compatibilité avec de nouveaux produits.
 - ii. En prévoyant une période de transition à la fin du contrat, advenant un changement de fournisseur.
 - iii. En évaluant ce qui ne pourrait pas être utilisé par un nouveau fournisseur.
 - iv. En relançant un appel d'offres pour une nouvelle plateforme.

En cas d'entretien ou de service après-vente :

1. L'entretien doit-il être assuré par le fournisseur du produit ? Si c'est non, celui-ci a-t-il des représentants exclusifs pour l'entretien ?
2. D'autres fournisseurs sont-ils en mesure de le faire ?
3. Peut-on séparer l'acquisition de l'entretien ? Si oui, est-ce que cette division contribuera à l'ouverture du marché ?
4. Les termes des garanties obligent-ils à faire affaire avec le même fournisseur ou avec un représentant exclusif ? Si oui, peut-on séparer l'entretien des biens sous garantie des biens sans garantie afin d'élargir la concurrence ?
5. Faut-il utiliser exclusivement les pièces d'origine ou peut-on utiliser des produits équivalents ?

BIEN PLANIFIER À LONG TERME

Les termes d'un appel d'offres peuvent entraîner la création d'un lien de dépendance avec un produit ou un fournisseur avec pour conséquence de limiter, voire d'entraîner l'absence de mise en concurrence possible pour le futur.

Cette situation pourrait donner un avantage au fournisseur qui se sait irremplaçable et qui pourrait établir ses prix et conditions en conséquence. Cette dépendance peut également freiner les recours en cas d'exécution insatisfaisante ou empêcher d'avoir accès à des avancements ou innovations technologiques.

L'adage « mieux vaut prévenir que guérir » trouve tout son sens ici, et la meilleure pratique consiste à réfléchir au-delà du seul besoin immédiat, de bien l'analyser et de planifier l'acquisition dans le cadre général d'une ligne de temps à long terme et de l'ensemble du projet, afin d'éviter de se retrouver dans une relation de dépendance avec le fournisseur.