

Les impasses de l'approvisionnement : On a toujours tort, quoi qu'on fasse...

Robert Jordan

Une gestionnaire de la fonction publique est soumise à des pressions croissantes en vue de faire avancer un projet. Le temps est compté, les ressources rares et les échéances imminentes. De surcroît, sa semaine de travail dépasse déjà les 50 heures, ce qui ne lui laisse plus de temps pour terminer le travail elle-même.

Ce refrain vous est familier?

Idéalement, notre gestionnaire aurait à sa disposition un employé compétent à qui elle pourrait déléguer certaines tâches et responsabilités.

On peut rêver en couleurs, non?

Son organisation compte plusieurs postes vacants. Le peu d'employés en place est déjà affecté à d'autres tâches urgentes, et le travail à effectuer exige un haut niveau d'expertise et une grande capacité d'analyse; des exigences difficiles à satisfaire.

Que fera donc notre gestionnaire débordée pour surmonter ses difficultés?

Sans aucune autre option, elle rencontre son patron, et ils décident ensemble de passer un contrat de services avec un consultant. Une décision pratique et avantageuse, vu les circonstances.

Selon une tendance qui semble de plus en plus fréquente, les gestionnaires de programmes gouvernementaux en manque de personnel finissent souvent par faire appel à des consultants externes pour exécuter de grandes portions de projets, surtout durant les premières phases où l'on procède habituellement à la planification détaillée, à la définition de la portée et à l'étude de faisabilité.

Et c'est ici où notre gestionnaire se retrouve dans l'impasse : même si la seule option pratique et avantageuse pour terminer le travail demandé dans les délais prévus est d'avoir recours à un consultant, en le faisant au tout début du projet, elle a peut être introduit par inadvertance un

risque grave lié à l'approvisionnement qui pourrait ressurgir plus tard.

Il s'agit du risque associé aux connaissances et à l'expérience acquises par le consultant retenu. Ce risque pourrait, à la limite, renforcer un parti pris au détriment de l'organisme gouvernemental dans le cadre beaucoup plus vaste du processus d'approvisionnement qui se déroulera plus tard dans le projet.

Comme on l'a vu à maintes reprises, ce risque survient en général lorsque le consultant, retenu initialement pour réaliser les premières phases de planification et de définition de la portée d'un projet, soumissionne les travaux de la phase ultérieure, soit la mise en œuvre de la phase 2 ou 3, dans le cadre d'une demande de proposition (DP). En tant que soumissionnaire, si ce consultant est retenu, il est fort probable que ses concurrents protesteront en alléguant qu'il a profité d'un avantage concurrentiel déloyal en raison des connaissances acquises et de sa participation antérieure.

Advenant que le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) ou une cour leur donne raison, cela serait désastreux pour l'échéance du projet de l'organisme gouvernemental, sans parler des coûts financiers éventuels pour dédommager les soumissionnaires non retenus, des médias qui en feront état et des conclusions négatives des vérificateurs qui suivront certainement.

De par sa participation active aux phases préliminaires du projet, le consultant aura acquis une connaissance intime des besoins de l'organisme gouvernemental, et peut-être même défini en grande partie ces besoins, qui risquent de se retrouver dans la DP relative à la phase ultérieure du projet. Pire encore, le consultant était peut-être le seul sous-traitant de l'extérieur à participer à cette première phase, et ses services ont probablement été retenus par



Robert Jordan

Robert Jordan est analyste principal de recherche à RFP SOLUTIONS - Procurement Strategies for Government, une firme de professionnels en approvisionnement, conseils juridiques, comptabilité et ingénierie, située à Ottawa. RFP SOLUTIONS travaille exclusivement pour les organismes gouvernementaux pour aider les gestionnaires à réduire les risques, les retards et la complexité associés au processus de demande de proposition. Il est possible de communiquer avec Robert au (613) 728-1335, poste 223, ou par courriel à l'adresse bobby@rfpsolutions.ca.

l'attribution d'un marché sans appel d'offres (marché à fournisseur unique).

De la Commission Gomery aux rapports récents de la vérificatrice générale critiques à l'égard des pratiques de passation des marchés publics, en passant par le scandale de la location d'ordinateurs à Toronto et, aujourd'hui, la *Loi fédérale sur l'imputabilité* propose les pratiques du gouvernement en matière de passation des marchés sont de plus en plus passées au peigne fin par le Parlement et les assemblées provinciales, les médias, la population et les fournisseurs.

Au cœur de cet examen approfondi : la question de l'équité, un principe fondamental dans les services d'approvisionnement du secteur public, souvent confirmé par les tribunaux, vanté par les gouvernements et exigé par les fournisseurs, surtout lorsqu'un manque apparent d'équité dans le processus d'approvisionnement empêche un fournisseur d'être sélectionné pour un important marché public.

Le manque d'équité dans un processus d'approvisionnement public, souvent appelé en droit « existence de partialité », peut prendre différentes formes, certaines plus évidentes que d'autres.

Parmi les cas moins évidents, on trouve les DP dont les spécifications ou les critères d'évaluation sont élaborés de façon à favoriser un titulaire ou un fournisseur

désiré, tandis que les cas les plus flagrants font état d'infractions pures et simples qui sont commises durant l'évaluation des propositions dans le but d'offrir un traitement de faveur à un soumissionnaire particulier, habituellement aux dépens de ses concurrents.

Une autre forme moins évidente de partialité apparaît lorsqu'un entrepreneur titulaire est autorisé à participer à une DP pour laquelle il soumissionnera, ou à avoir accès à de l'information privilégiée sur le contenu d'une DP avant qu'elle soit rendue publique. Il s'agit du cas classique mentionné plus tôt, où un consultant titulaire exécute la phase de définition de la portée au début d'un projet, période durant laquelle il a acquis une vue d'ensemble et des connaissances qui ne sont pas facilement accessibles pour ses concurrents; il a peut-être même rédigé des sections entières de la DP.

Peu importe la façon dont ce risque finit par se présenter dans le processus d'approvisionnement, la possibilité d'une existence de partialité pose un risque grave pour l'intégrité du processus, pour les fonctionnaires concernés et pour leurs organisations.

À la lumière de ces informations, qu'au-

rait dû faire notre gestionnaire pour atténuer la possibilité de l'existence de partialité à la phase de la DP de son projet?

La première étape, et la plus élémentaire, pour réduire le risque de partialité va presque de soi, mais on ne saurait trop insister : un soumissionnaire ne doit jamais prendre part à la planification ou à l'élaboration d'une DP. Sinon, il dispose de renseignements privilégiés sur le contenu de la DP avant tous les autres soumissionnaires, ce qui est susceptible de lui donner un avantage concurrentiel indu vis-à-vis de ses compétiteurs, et les soumissionnaires non retenus risquent d'accuser, avec raison, l'organisme gouvernemental pour s'être d'une certaine façon montré partial.

Lorsqu'on doit faire appel à un consultant externe expressément pour préparer une DP, il vaut toujours mieux retenir les services d'un spécialiste indépendant n'ayant aucun lien d'affaires avec des soumissionnaires potentiels. À tout le moins, le consultant choisi doit signer une renonciation à soumissionner dans le cadre d'une DP faisant partie de son contrat, de même qu'une entente de confidentialité.

Une deuxième mesure pour réduire le risque potentiel consiste à faire appel à un consultant en approvisionnement ou à un

surveillant de l'équité indépendant pour évaluer le processus. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a commencé à recommander les services des surveillants de l'équité pour les achats de grande valeur ou à risque élevé pour lesquels les circonstances justifiaient un degré supérieur de transparence et de prudence de la part de l'entité gouvernementale. Le surveillant de l'équité agit à titre d'observateur indépendant et impartial du processus d'approvisionnement. Idéalement, il assure une surveillance dans l'élaboration de l'énoncé de travail et des critères d'évaluation de la DP, fournit des conseils et supervise l'évaluation des propositions pour veiller à ce que l'ensemble du processus d'approvisionnement respecte les principes d'équité.

Une troisième stratégie possible serait de faire appel à plusieurs entrepreneurs pour exécuter les travaux de planification et de définition de la portée, de sorte qu'il n'y ait aucune apparence de partialité vis-à-vis d'un entrepreneur titulaire en particulier dans une future DP. Cette stratégie permettrait à notre gestionnaire d'atténuer (sans toutefois l'éliminer complètement) le risque de partialité, tout en s'assurant que les entrepreneurs ont le droit de soumis-



LE PARTENARIAT EST UNE RICHESSE

La Banque Nationale est fière de contribuer au développement du secteur public au Canada et ce, grâce à ses partenariats auprès des différents gouvernements, organismes et entreprises. Une équipe de professionnels est à votre disposition pour vous offrir un éventail de services spécialisés ou vous aider à développer une solution personnalisée qui saura répondre à vos besoins.

Vous pouvez rejoindre notre équipe dédiée au (514) 394-4378 ou par courriel au affairesgouvernementales@bnc.ca



sionner les autres parties des travaux.

Bien que sa mise en œuvre initiale soit longue et complexe, une quatrième stratégie possible consiste à inclure la phase de planification et de définition de la portée du projet dans un contrat de plus vaste envergure, ce qui donne à l'organisme gouvernemental le choix de poursuivre la réalisation des phases ultérieures du projet avec le même entrepreneur. Cette stratégie repose sur un mécanisme appelé « contrat d'autorisation de travail », qui garantirait l'attribution des travaux de planification et de définition de la portée de la première phase au soumissionnaire retenu, et qui ferait en sorte que, grâce à une autre autorisation de travail de l'organisme gouvernemental, l'entrepreneur poursuive la réalisation des autres phases du projet telles qu'elles sont définies par le contrat. Autre avantage de ce mécanisme, les « garde-fous » prédéfinis dans le contrat permettent au gouvernement d'attribuer à un entrepreneur seulement quelques parties prédéfinies des travaux à la fois, tout en lui laissant une marge de manœuvre pour résilier en fait le contrat en empêchant l'entrepreneur de passer à la prochaine phase prédéfinie du projet.

Abstraction faite des stratégies susmentionnées, qu'arrive-il si notre gestionnaire n'a décelé ce risque qu'une fois le contrat initial de planification et de définition de la portée attribué et peut-être même terminé? Elle doit effectuer des pirouettes pour arriver à régler cette situation particulière, malgré sa fréquence, et la dernière occasion qui lui est offerte de le faire serait avant le lancement de la DP sur les phases ultérieures du projet.

Lorsqu'un tribunal évalue une allégation de partialité, il examine de façon générale dans quelle mesure l'organisme gouvernemental chargé de la passation des marchés a fait tout en son possible, dans les limites du raisonnable, pour s'assurer que le processus de DP était clair, conforme, équitable et juste. À cette étape du processus (c'est-à-dire lorsque le contrat de planification et de définition de la portée est déjà attribué et terminé), une stratégie de « déclaration offensive » constitue souvent une défense très efficace contre les allégations éventuelles de partialité.

La déclaration offensive signifie essentiellement que notre gestionnaire devrait déclarer ouvertement tout renseignement pertinent aux soumissionnaires potentiels afin de limiter toute apparence d'avantage indu dont l'entrepreneur titulaire pourrait profiter.

Ce n'est pas tant la manière dont la gestionnaire s'y prend pour mettre en œuvre une stratégie de déclaration offensive qui compte, mais le fait qu'elle ait déployé tous les efforts raisonnables pour communiquer les renseignements aux soumissionnaires. Parmi les techniques les plus courantes utilisées dans le passé, on compte la diffusion d'une demande de renseignements avant l'élaboration de la DP sur les phases ultérieures du projet et l'affichage d'une ébauche de DP en vue de recueillir des commentaires avant le lancement officiel. Ces deux demandes doivent servir à recueillir les commentaires de l'industrie pour que tous les soumissionnaires potentiels, et non seulement l'entrepreneur titulaire, aient les mêmes chances d'exprimer leur avis concernant les besoins de la

prochaine DP. Il a été démontré que le fait de permettre aux soumissionnaires potentiels de prendre part à l'évaluation des besoins atténuait les possibilités d'apparence de partialité.

D'autres ont profité de la tribune ouverte d'une réunion de soumissionnaires, ou même créé des sites Web et des bulletins pour communiquer des renseignements aux soumissionnaires potentiels, notamment les pratiques exemplaires de l'industrie, les noms de groupes ou de firmes retenus avant le lancement de la DP et la nature de leur participation, les résultats des phases de planification et de définition de la portée, les plans et mandats de projet.

Toutefois, le simple fait de se voir attribuer un contrat pour réaliser des travaux connexes avant le lancement d'une DP (ce que le TCCE appelle « être titulaire ») ne constitue pas nécessairement un motif d'exclusion ou de partialité dans le processus de la prochaine DP. Le TCCE a établi plusieurs précédents sur ce point. Autrement dit, le fait d'être titulaire n'est pas suffisant en soi pour prouver l'existence de partialité (c'est du moins ce que prétend le TCCE).

Malgré l'existence d'un entrepreneur titulaire, beaucoup peut être fait pour atténuer les risques potentiels liés à l'approvisionnement dans le cadre d'une DP ultérieure.

Recourir à des contrats de services avec des consultants peut être une façon efficace et avantageuse d'acquérir l'expertise nécessaire à court terme, mais ce n'est pas sans risque. Il est important d'être sensibilisé à ces risques et aux moyens de les réduire afin d'assurer le succès d'un projet et l'intégrité du processus d'approvisionnement. ■