



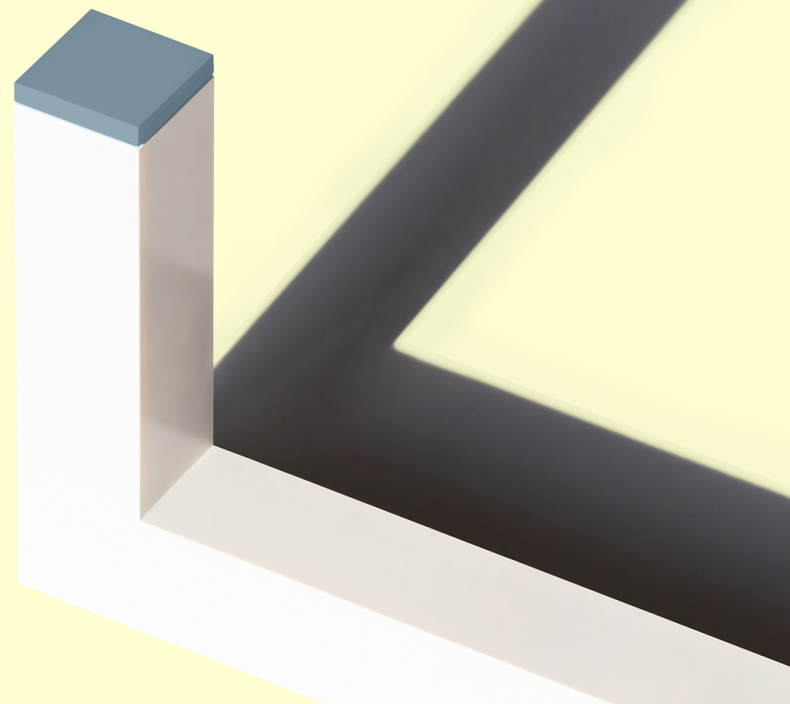
LANGLOIS

AVOCATS - LAWYERS

AMP : Les devis de performance

par Me Sébastien Laprise

Congrès 2021 AIMQ
21 septembre 2021



- 
- Genèse de la règle
 - Les étapes à suivre
 - Le devis fonctionnel ou de performance
 - « À défaut de pouvoir le faire »
 - Les caractéristiques descriptives et le processus d'équivalence
 - Les impacts collatéraux
 - Période de question et d'échange sur les meilleures stratégies

- ***Les Équipements Diésels Abitibi Inc. c. Ville de Val D'Or*, [1981] C.S. 434:**

[...] [L]e conseil d'une ville a le libre exercice de ses moyens administratifs et dans le cadre de ses pouvoirs, il a la faculté d'exercer un choix à la faveur d'un appareil et d'une marque particulière, dépendant de ses besoins, en autant qu'il fasse appel, par avis public, à tous ceux qui pourraient éventuellement l'offrir. Il n'est pas limité par la nature de la chose mais par les moyens de l'acquérir.

- Un principe clairement écarté :

573.1.0.14 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.

[...]

Les spécifications techniques d'un bien, d'un service ou de travaux s'entendent notamment de leurs caractéristiques et qualités physiques ou, selon le cas, professionnelles.

Pour les organismes publics au sens de la LCOP:

- Origine des accords de libéralisation des marchés: Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

Article 1007 : Spécifications techniques

- 1. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.*
- 2. Chacune des Parties fera en sorte que toute spécification technique prescrite par ses entités soit, s'il y a lieu,*
 - a) définie en fonction des **propriétés d'emploi** du produit **plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives**, et*
 - b) fondée sur des normes internationales, des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment.*
- 3. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques prescrites par ses entités n'exigent ni ne mentionnent de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché, et à condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.*
- 4. Chacune des Parties fera en sorte que ses entités ne recherchent ni n'acceptent, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, de conseils susceptibles d'être utilisés dans l'établissement ou l'adoption de spécifications techniques visant un marché donné, de la part d'une personne pouvant retirer des avantages commerciaux du marché.*

Bref historique...

- **Origine des accords de libéralisation des marchés:** *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres :*

Article 19.9 – Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres **Spécifications techniques**

1. *Une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international.*

2. *Lorsqu'elle prescrit les spécifications techniques pour les marchandises ou les services faisant l'objet du marché, une entité contractante, s'il y a lieu :*

d'une part, indique la spécification technique en termes de performances et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives;

d'autre part, fonde la spécification technique sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment.

3. *Si la conception ou les caractéristiques descriptives sont utilisées dans les spécifications techniques, une entité contractante devrait indiquer, s'il y a lieu, qu'elle prendra en considération les soumissions portant sur des marchandises ou des services équivalents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux prescriptions du marché, en utilisant des termes tels que "ou l'équivalent" dans la documentation relative à l'appel d'offres.*

4. *Une entité contractante ne prescrit pas de spécifications techniques qui exigent ou mentionnent une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou modèle, un type, une origine déterminée, un producteur ou un fournisseur déterminé, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que, dans de tels cas, des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.*

[...]

Constats:

- L'article 573.1.0.14 LCV sonne le glas de la règle jurisprudentielle antérieure
- S'applique, notamment, aux demandes de soumission publiques
- Dès qu'une telle demande réfère à des spécifications techniques à l'égard d'un bien, d'un service ou de travaux
- Reprend l'objectif des accords sans en reproduire le libellé, *in extenso*
- N'évacue pas la possibilité de conclure un contrat de gré à gré

Les étapes à suivre

- 
1. En amont du processus contractuel, l'organisme doit déterminer s'il peut décrire ses besoins en termes de performance ou de fonctionnalité; le cas échéant, il doit le décrire ainsi
 2. À défaut de pouvoir le faire, il décrit ses besoins en utilisant des spécifications techniques dont la marque ou le nom du fabricant
 3. Lorsqu'il utilise des spécifications techniques, il permet la présentation de produits ou services équivalents. La procédure et les conditions de reconnaissance de l'équivalence sont déterminées par l'organisme et décrites aux documents d'appel d'offres
 4. L'organisme reconnaît la conformité de tout bien ou service équivalent à ces spécifications techniques

Le devis fonctionnel ou de performance

Définitions des concepts:

- La **performance** repose sur des concepts génériques ou des propriétés d'emploi ainsi que sur des éléments quantifiables ou mesurables telles la puissance, la capacité, la charge, la force, la pression, la vitesse, etc.
- La performance attendue ou les fonctionnalités recherchées ne doivent pas faire référence à la manière, au concept, au design, à la solution retenue ou la méthodologie pour atteindre le résultat attendu
- Quant aux **fonctionnalités**, elles peuvent s'exprimer en terme de commodités, de dimensions, d'attributs particuliers ou tout autre élément répondant au besoin exprimé

Le devis fonctionnel ou de performance

- Quelques exemples:

«Le recouvrement doit être enduit d'époxy, afin d'assurer sa résistance aux chocs et à l'eau.»

«Les fenêtres requises doivent laisser pénétrer au moins 80% de la lumière extérieure et 70% de la chaleur du soleil.»

«Le système proposé doit être interopérable avec celui décrit à la Section 01.08.32 du Devis.»

Le devis fonctionnel ou de performance

Attention!

- Exigences de performance ou fonctionnalités souhaitées = une question de conformité
- EN TOUT TEMPS, cet exercice doit cependant mesurer les incidences des exigences sur le marché:
 - *Autorité des marchés publics: Décision ordonnant au Centre de services scolaire de la Capitale de modifier l'appel d'offres public 1386756* No décision : 2020-06

Le devis fonctionnel ou de performance

Choisir le devis fonctionnel ou de performance:

- C'est être en mesure d'identifier des indicateurs de performance ou de fiabilité
- Ces indicateurs doivent être objectifs et vérifiables
- C'est définir des fonctionnalités de manière exhaustive, afin de s'assurer que l'on répond au besoin du client

«À défaut de pouvoir le faire»

- La position de l'AMP: « *aucun moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du contrat* »
 - *Recommandation formulée au conseil municipal de la Ville de Notre-Dame-de-l'Île-Perrot de modifier la demande de soumissions publique 1397998, No recommandation : 2020-04, 8 octobre 2020*

«À défaut de pouvoir le faire»

- La position du TCCE:
 - « *Les spécifications génériques ne sont pas suffisamment précises pour lui permettre de garantir que le produit demandé s'intégrera convenablement au réseau existant.* »
 - *Canada (Procureur général) c. Siemens Enterprise Communications Inc.*, 2011 CAF 251 (CanLII)

«À défaut de pouvoir le faire»

Constats:

- Performance ou exigences fonctionnelles, le principe; caractéristiques descriptives, l'exception
- Description par caractéristiques descriptives: lorsque procéder autrement présenterait des risques opérationnels importants, découlant d'une description imprécise des besoins (pièce de remplacement)
- La capacité technique de l'organisation ou les contraintes organisationnelles (délais, absence d'expertise interne ou disponible, etc.) n'a pas été retenue à ce jour par l'AMP

«À défaut de pouvoir le faire»

Avançons quelques motifs à tester:

- L'incapacité de préparer des plans définitifs, en raison des variantes des équipements disponibles sur le marché...
- Des positions à documenter:
 - *Décision ordonnant au Groupe d'approvisionnement en commun de l'Est-du-Québec d'annuler l'appel d'offres public 1335682 (art. 29 (1) de la Loi sur l'Autorité des marchés publics) No décision : 2020-05, 24 août 2020*

L'utilisation des caractéristiques descriptives

Définition

- Spécifications techniques d'un produit de référence ou la marque et le modèle de celui-ci
- Ces caractéristiques peuvent refléter les solutions ou équipement déjà en place
- Cette approche pourra couvrir en tout ou en partie seulement les exigences énoncées aux documents d'appel d'offres

L'utilisation des caractéristiques descriptives

- Quelques exemples:

« Clavier de contrôle, à boutons pressoir, permettant d'ajuster la hauteur en fonction de la tâche à effectuer. »

« Le parement exigé est celui fabriqué par JamesHardie, couleur Glaçage à gâteau, modèle # [...] »

Le processus d'équivalence: quand et comment?

La règle

- Toutes les caractéristiques descriptives doivent ouvrir à la présentation d'équivalence:
 - *Recommandation formulée au conseil municipal de la Ville de Notre-Dame-de-l'Île-Perrot de modifier la demande de soumissions publique 1397998, No recommandation : 2020-04, 8 octobre 2020*

Le processus d'équivalence: quand et comment?

QUAND?

- Ni la loi, ni la jurisprudence n'établissent le moment où l'équivalence doit être évaluée
- Les lois municipales excluent la possibilité que les demandes d'équivalence ne puissent être présentées que lors de l'exécution du contrat; de telles demandes constituent des demandes de substitution ou de modification et peuvent être envisagée

Le processus d'équivalence: quand et comment?

QUAND?

Balise à l'égard des critères et exigences contractuels en construction, Gouvernement du Québec:

- *Pour les organismes publics, l'évaluation de la performance et l'appréciation de l'équivalence de nouveaux produits, et plus particulièrement en cours d'appel d'offres, constituent un enjeu important, notamment parce que cela peut nécessiter un budget supplémentaire et entraîner des délais additionnels. Ainsi, la reconnaissance d'équivalence pendant un appel d'offres devrait être limitée à des produits ou à des systèmes d'importance, c'est-à-dire ceux qui ont une influence considérable sur le montant des prix soumis et qui pourraient ainsi avoir un effet sur l'adjudication du contrat.*
- *Les produits qui pourraient bénéficier d'une demande d'équivalence avant la réception des soumissions sont, par exemple, une chaudière, une génératrice, un système de protection contre l'incendie, une unité centrale de climatisation, de ventilation et de chauffage, un panneau et transformateur électrique, un ascenseur, un système de transport ou autre.*

Le processus d'équivalence: quand et comment?

QUAND?

- Si la valeur relative des éléments visés est importante, la meilleure stratégie sera de tenir le processus d'équivalence AVANT le dépôt des soumission
- **Si l'acceptation des équivalences est trop complexe ou nécessite l'examen d'un trop grand nombre d'items, recommandez de tenir un processus de qualification ou d'homologation en amont**

Le processus d'équivalence: quand et comment?

COMMENT?

- Des critères objectifs et précis:
 - Décision ordonnant au Centre hospitalier universitaire de Montréal de modifier l'appel d'offres public 1412091, No décision : 2020-08, 16 décembre 2020
- Une approche proportionnelle s'impose: l'ampleur des informations à fournir vs le délai imparti:
 - *Recommandation formulée au conseil municipal de la Ville de Notre-Dame-de-l'Île-Perrot de modifier la demande de soumissions publique 1397998*, No recommandation : 2020-04, 8 octobre 2020
- Un fardeau qui appartient au soumissionnaire: **à prévoir dans vos devis...**
 - *Distribution Jean Blanchard inc. c. Régie de gestion des matières résiduelles de Manicouagan*, [2016 QCCS 4417](#) (appel rejeté, 2018 QCCA 557)

Le processus d'équivalence: quand et comment?

COMMENT?

- L'ouverture du marché suppose une analyse souple, orientée sur la performance attendue:

Cardinal Industrial Electronics Ltd.

[...] [S]i on exigeait que chaque produit offert comme « équivalent » comporte toutes les caractéristiques du produit utilisé comme norme dans la spécification, on retirerait à celle-ci son applicabilité générale, on enlèverait tout sens à l'expression «ou équivalent» et on transformerait l'adjudication en un achat pour lequel «aucun produit de remplacement» ne peut être accepté.

Le processus d'équivalence: quand et comment?

COMMENT?

- Les processus exigeant un crédit critiqués:

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:

Le fait que la soumission doive être faite avec le modèle et la marque spécifiés et qu'un tel crédit soit exigé représente un avantage pour le distributeur dont le produit est le modèle de référence au devis. Les entrepreneurs sont alors peu incités à proposer des équivalents d'autant qu'ils doivent de toute façon soumissionner avec le produit de référence. De plus, une telle exigence pénalise le donneur d'ouvrage car, pendant l'appel d'offres, elle ne stimule pas la concurrence parmi les distributeurs potentiels de génératrices.

Le processus d'équivalence: quand et comment?

COMMENT?

- Les motifs possible d'acceptation ou de refus:
 - Le sens littéral de l'article 573.1.0.14 LCV:

« sera considérée conforme toute équivalence à des caractéristiques descriptives »
 - Une approche plus libérale commande à ce que l'on puisse considérer les risques opérationnels, comme un élément pertinent de la performance attendue
 - Les aspects esthétiques n'ont pas été soulevés à ce jour mais pourraient être documentés
 - Les critères doivent être objectifs
 - Une décision motivée et documentée

Les impacts collatéraux

Le facteur temps:

Des efforts à planifier en amont pour l'élaboration d'un devis de performance ou une recommandation pour y déroger, le cas échéant

Des échéanciers à revoir

Des délais de soumission à prolonger

Des contrats de services professionnel en révision:

« [...] le fait de recourir à une entreprise privée externe n'abolit pas l'obligation d'un organisme public de s'assurer que le contenu des DAO publiés respecte ses besoins, ainsi que le cadre normatif qui lui est applicable. »

- Décision ordonnant au Centre hospitalier universitaire de Montréal de modifier l'appel d'offres public 1412091, No décision : 2020-08, 16 décembre 2020

Des contrats de services professionnel en révision:

Plusieurs approches possibles:

- Des dispositions onéreuses
- Un partage de risque
- En cas de doute, soulevez la question...

Documenter vos recommandations:

- Afin de respecter le cadre normatif du client
- Afin de vous préparer à la «visite» de l'AMP...

Considérations stratégiques

- Des balises à tester:
 - Choisir le bon dossier pour l'AMP: à qui la chance?
 - Documentez vos décisions en prévision
- Envisager d'autres les possibilités:
 - Le fournisseur unique
 - L'homologation ou la qualification
 - L'évaluation qualitative des soumissions, même pour un contrat d'approvisionnement...

Considérations stratégiques

Camions Carl Thibault inc. c. Ville de Lévis, 2020 QCCA 1264 (CanLII)

Évaluation de la convivialité ou facilité d'utilisation et d'entretien des véhicules d'interventions et de leurs divers équipements et accessoires.

Voici les éléments plus spécifiquement considérés par le comité de sélection à l'égard de ce critère. Dans la présentation de son offre, le fournisseur doit :

- o Démontrer en quoi ses véhicules d'interventions, ainsi que leurs divers équipements et accessoires, sont faciles à opérer par les opérateurs et à entretenir par les mécaniciens; (10 points)*
- o Démontrer que ses véhicules d'interventions et leurs divers équipements et accessoires, possèdent plusieurs similitudes par rapport à ceux déjà utilisés à la Ville (voir la liste annexée au devis); (5 points)*
- o Évaluer la durée de la formation nécessaire pour permettre aux opérateurs une utilisation adéquate, sécuritaire et immédiate des véhicules d'interventions, et de leurs divers équipements et accessoires. (5 points)*

Considérations stratégiques

Camions Carl Thibault inc. c. Ville de Lévis, 2020 QCCA 1264 (CanLII)

[35] *Thibault ne plaide pas que le critère d'évaluation 29.5 n'est pas directement relié au marché. Elle se plaint seulement du dédoublement qu'il engendre dans l'évaluation de la qualité des soumissions.*

[36] *L'argument n'est pas fondé. Il est vrai que, selon les devis techniques, les véhicules d'intervention auront les mêmes équipements et accessoires en termes de fonctionnalité. Cela ne veut pas dire qu'ils seront en tous points identiques. Les instructions aux soumissionnaires prévoient d'ailleurs la possibilité de faire approuver une équivalence pour des marques ou des modèles autres que ceux spécifiés dans les devis*[\[25\]](#).

[37] *Partant, je ne vois rien d'arbitraire ou de frivole à ce que la Ville évalue la facilité d'utilisation et d'entretien des véhicules, notamment en fonction de leurs similitudes par rapport à ceux qu'elle utilise déjà. Du reste, Thibault était bien au fait de ce critère au moment où elle a présenté ses soumissions et n'a formulé aucun grief à son égard.*

Conclusions: 5 règles d'or

- 
1. Sensibiliser les intervenants sur le temps requis pour s'y conformer
 2. Identifier les priorités : choisir ses combats...
 3. Bien connaître les concurrents sur le marché visé
 4. Utiliser un langage clair et objectif: éviter les mots tels que flexible, raisonnable, approprié, lorsque possible, similaire, sécuritaire, solide, pleinement compatible, etc.
 5. Posez-vous la question: mon dossier peut-il se défendre publiquement?

Merci !



Me Sébastien Laprise

Avocat associé, Langlois Avocats

T 418 650-7915

sebastien.laprise@langlois.ca

[Contrats publics québec sur | LinkedIn](#)

LANGLOIS

AVOCATS - LAWYERS