



Bureau de l'ombudsman
de l'approvisionnement

Office of the Procurement
Ombudsman

BUREAU DE L'OMBUDSMAN DE L'APPROVISIONNEMENT



CHAPITRE 3

EXAMEN DES PRATIQUES D'APPROVISIONNEMENT *PRÉAVIS D'ADJUDICATION DE CONTRAT*

Table des matières

RESUME	II
CONTEXTE	1
MISE EN SITUATION.....	1
POURQUOI EST-CE IMPORTANT?.....	3
PRINCIPAUX POINTS DE L'EXAMEN	4
OBJECTIFS	4
PORTÉE DE L'EXAMEN ET PÉRIODE VISÉE	4
CRITÈRES	6
MÉTHODOLOGIE.....	6
CONSTATATIONS	7
POLITIQUES DES MINISTÈRES ET DU CONSEIL DU TRÉSOR.....	7
MISE EN ŒUVRE DU PROCESSUS DE PAC.....	9
Motifs justifiant l'établissement d'un marché avec un seul fournisseur et l'affichage d'un PAC	9
PÉRIODE DE PUBLICATION DU PAC ET PÉRIODE DE SOUMISSION DES ÉNONCÉS DES CAPACITÉS.....	10
PROCESSUS D'ACCEPTATION OU DE REJET DES ÉNONCÉS DES CAPACITÉS	11
SURVEILLANCE ET RAPPORTS	12
CONCLUSION	14
RECOMMANDATIONS	17

Résumé

Conformément à ses objectifs contractuels, le gouvernement du Canada s'est engagé à prendre des mesures pour favoriser l'équité, l'ouverture et la transparence des processus d'approvisionnement en biens, en services et en services de construction.

Selon le *Règlement sur les marchés de l'État* (RME), lancer un appel d'offres en vue de sélectionner un fournisseur devrait être la norme. Néanmoins, le RME permet de conclure un contrat sans recourir à un appel d'offres, et ce, dans quatre (4) exceptions : en cas d'extrême urgence; lorsque le montant estimatif du contrat ne dépasse pas un seuil précis; lorsqu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public ou lorsque le marché ne peut être exécuté que par un seul fournisseur.

Les accords commerciaux comprennent aussi des obligations contractuelles et des dispositions d'« appel d'offres limité » lorsque le gouvernement peut conclure un contrat sans lancer un appel d'offres, notamment pour protéger des brevets d'invention, des droits d'auteur ou lorsque, pour des raisons d'ordre technique, il y a absence de concurrence.

Les contrats attribués sans appel d'offres sont appelés « marchés prescrits ». Ces derniers peuvent être accordés avec ou sans un préavis à l'intention de la collectivité des fournisseurs, dans lequel il annonce son intention d'accorder un contrat à un fournisseur prédéterminé. Les marchés prescrits peuvent poser des risques pour l'équité, l'ouverture et la transparence des processus d'approvisionnement. Par conséquent, des contrôles rigoureux et d'autres mesures devraient être mis en place de manière à atténuer et à gérer ces risques.

L'établissement d'une politique en matière de préavis d'adjudication de contrat (PAC) est l'une des mesures prises par le Conseil du Trésor (CT) pour renforcer la transparence des marchés prescrits. Cette politique est utilisée lorsque le gouvernement a de bonnes raisons de croire qu'un seul fournisseur peut répondre au besoin, mais qu'il n'en est pas certain. Le processus associé au PAC fournit aux autres fournisseurs inconnus du gouvernement l'occasion de démontrer qu'ils peuvent aussi répondre au besoin en soumettant un énoncé des capacités. Si un énoncé des capacités rencontre les exigences établies dans le PAC, le ministère ou l'organisme doit procéder à un processus d'appel d'offres complet pour accorder le contrat.

Pendant la période de trois (3) ans visée par l'examen, soit de janvier 2005 à décembre 2007, le processus des PAC a été utilisé pour environ 1,7 G\$ ou 4,3 % de la valeur totale des contrats gouvernementaux de plus de 25 000 \$ (le seuil prévu pour les demandes de soumissions en vertu du RME).

Dans le cadre actuel, l'attribution de marchés prescrits par l'entremise des PAC comprend des risques inhérents. Par exemple, la période d'affichage doit allouer suffisamment de temps aux autres soumissionnaires pour soumettre un énoncé des capacités. Ces périodes devraient être raisonnables et refléter la complexité ainsi que la valeur du besoin. Si les fournisseurs ne disposent pas de suffisamment de temps pour

préparer une réponse mesurée, cela peut avoir des répercussions négatives sur l'équité, l'ouverture et la transparence du processus.

La Directive du CT sur les marchés, qui exige l'approbation du CT pour conclure ou modifier certains contrats, a été divisée en trois catégories, lesquelles correspondent aux risques associés à l'attribution du contrat. À l'une des extrémités du spectre, où le processus concurrentiel est ouvert à tous les fournisseurs éventuels, les ministères peuvent attribuer des contrats jusqu'aux limites relatives à la passation des marchés, habituellement de 2 M\$ pour les services. Une limite contractuelle moins élevée, habituellement de 400 k\$, est attribuée aux contrats dans le cadre desquels au moins deux soumissions ont été demandées. Finalement, à l'autre extrémité du spectre, lorsqu'il n'est pas possible (brevets ou droit d'auteur) ou réalisable (pas dans l'intérêt public) d'entreprendre un processus d'appel d'offres en régime de concurrence, le contrat peut être conclu sans préavis et conséquemment, les pouvoirs délégués des ministères pour la passation de marchés sont assujettis à une valeur beaucoup moins élevée, généralement de 100 k\$ pour les services.

Puisque la Politique sur les marchés du CT précise que les marchés prescrits attribués à la suite de l'affichage d'un PAC sont considérés comme concurrentiels, les agents d'approvisionnement peuvent attribuer des contrats au moyen des limites contractuelles les plus élevées, sans devoir recourir à l'examen des comités supérieurs ou de la haute gestion. Cela peut accroître les risques pour le gouvernement, puisque la haute gestion peut ne pas avoir à autoriser le recours aux PAC.

Notre présent examen visait à déterminer les pratiques efficaces et les secteurs à améliorer en ce qui a trait à l'équité, à l'ouverture et à la transparence des PAC. Notre examen visait à examiner l'uniformité des politiques ministérielles avec celles du CT et des lignes directrices connexes; les pratiques ministérielles relatives à la mise en œuvre et à la gestion des risques, y compris l'établissement de rapports sur l'utilisation et les niveaux d'activités.

Notre examen porte sur les PAC affichés par l'Agence du revenu du Canada (ARC), le ministère des Pêches et Océans Canada (MPO), le ministère de la Défense nationale (MDN) et Santé Canada (SC), de janvier 2005 à décembre 2007. Nous avons aussi examiné les PAC que Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) a affichés pour le compte de ces organisations.

Les ministères visés par l'examen sont assujettis au RME et aux exigences des politiques du CT relatives aux approvisionnements et à la passation de marchés. Cependant, l'ARC a des pouvoirs uniques, en vertu de sa loi habilitante. Ces pouvoirs sont distincts des pouvoirs établis dans la Directive du CT sur les marchés, mais ont une structure similaire en ce qui a trait à la manière dont ils s'appliquent aux processus d'approvisionnement concurrentiels et non concurrentiels.

Nous avons constaté que la plupart des politiques ministérielles sont conformes à la Politique sur les marchés du CT relative aux PAC, bien qu'il y ait trois différences notables.

Selon le CT, un PAC doit être affiché pour une période d'au moins 15 jours civils. Le MDN est allé un peu plus loin en exigeant que les PAC soient affichés pendant au moins 22 jours, lorsque le besoin est assujéti à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et à l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC).

Le CT précise aussi que, si aucun énoncé des capacités n'est reçu pendant la période d'affichage de 15 jours, le contrat peut être attribué au fournisseur prédéterminé. TPSGC ne respecte pas seulement la Politique sur les marchés du CT; la politique du Ministère précise en plus que lorsqu'un énoncé des capacités est reçu après la date de clôture du PAC, mais avant la date d'attribution du contrat, l'énoncé doit être étudié avant d'attribuer le contrat au fournisseur prédéterminé. La politique de TPSGC est fondée sur le fait que, si son personnel d'approvisionnement apprend qu'il y a un autre soumissionnaire éventuel avant l'attribution du marché prescrit, l'énoncé voulant qu'un seul soumissionnaire soit en mesure d'exécuter le contrat n'est plus valide et attribuer le contrat à l'entrepreneur prédéterminé contreviendrait au RME. La différence du libellé des deux politiques est importante, puisque dans certains cas plusieurs mois peuvent s'écouler entre la date de clôture du PAC et l'attribution du contrat comme telle, notamment en raison de la complexité des négociations.

Ces différentes approches peuvent nuire à la perception d'équité, d'ouverture et de transparence, puisque le même fournisseur peut être traité différemment, tout dépendant si le processus d'approvisionnement est réalisé par TPSGC, par le MDN ou par une autre organisation.

Nous reconnaissons que des risques sont associés à l'acceptation éventuelle et à l'étude des énoncés des capacités jusqu'à l'attribution d'un contrat. Toutefois, nous considérons que certains de ces risques peuvent être atténués, par exemple, en stipulant clairement dans le PAC que le gouvernement étudiera les énoncés des capacités jusqu'à l'attribution du contrat.

Cependant, un nouveau risque opérationnel s'ajoute. Les fournisseurs peuvent ignorer la date de clôture du PAC et ainsi retarder la soumission de son énoncé des capacités à une date ultérieure (mais avant l'attribution du contrat). Ce qui aurait pour résultat de prolonger le processus et causer d'importants délais dans l'atteinte des exigences opérationnelles.

Bien que nous comprenions la réticence de TPSGC à publiciser cette pratique, quelques fournisseurs pourraient en tirer un avantage indu puisque tous n'ont pas la même connaissance de cette période de prolongation pour soumettre un énoncé des capacités.

Finalement, bien que le CT exige uniquement que les raisons du rejet d'un énoncé des capacités soient examinées par un autre agent, TPSGC et l'ARC exigent que cet examen soit réalisé par un agent de niveau supérieur à celui qui a approuvé l'affichage du PAC. À notre avis, cette pratique est beaucoup plus efficace et les autres ministères devraient l'adopter, selon l'évaluation des risques de leurs processus d'approvisionnement.

En ce qui a trait aux pratiques de mise en place des processus de PAC, nous avons sélectionné un échantillon discrétionnaire des dossiers d'approvisionnement de PAC pour les cinq organisations visées par le présent examen. L'examen a permis de constater que la majorité des dossiers n'étaient pas documentés de manière appropriée et que plusieurs d'entre eux ne faisaient pas état des raisons pour lesquelles les exceptions au RME ont été invoquées ou les dispositions d'appel d'offres limité dans le cadre des accords commerciaux ont été utilisées.

La Politique sur les marchés du CT et la directive sur la passation de marchés de l'ARC précise que les PAC ne devraient pas être affichés lorsque le gouvernement n'est pas en mesure d'accepter un énoncé des capacités d'un fournisseur éventuel. Nous nous attendions à ce qu'on applique une bonne pratique contractuelle, c'est-à-dire que la plupart des dossiers d'approvisionnement comprendraient de la documentation indiquant quel genre d'étude de marché avait été réalisée pour évaluer si plus d'un fournisseur pouvait répondre au besoin et pour étayer la décision d'afficher un PAC. Toutefois, ce n'a pas été le cas.

Nous avons été particulièrement préoccupés par le nombre important de dossiers où la documentation démontrait que le gouvernement traitait avec un seul fournisseur en raison d'extrême urgence, lorsqu'un appel d'offres ne servait pas l'intérêt public ou lorsque le soumissionnaire détenait les droits de propriété intellectuelle, et donc, par définition, le gouvernement n'était pas en mesure d'accepter les énoncés des capacités des autres soumissionnaires éventuels.

Selon notre examen des dossiers d'approvisionnement et nos discussions avec les fournisseurs et les représentants des fournisseurs et des ministères, il semble que la Politique sur les marchés du CT précise que les 15 jours minimaux d'affichage des PAC sont plutôt utilisés comme un maximum. Notre examen démontre un éventail de PAC, d'une valeur de 32 k\$ à 42 M\$, ayant tous été affichés pour une période de 15 jours. Nous nous attendions à ce qu'on accorde plus de 15 jours pour répondre au PAC dans le cas des besoins les plus complexes, pour lesquels les fournisseurs pourraient devoir consulter leurs affiliés au Canada ou à l'étranger, ou lorsque deux fournisseurs ou plus souhaitent former une coentreprise.

Selon un rapport de TPSGC qui fait état de son recours au PAC lorsqu'il acquiert des biens et des services pour lui-même ou encore pour les autres organisations, la participation des fournisseurs au processus de PAC est très limitée. On ne reçoit des énoncés des capacités que dans 7 % des cas, et uniquement la moitié d'entre eux sont acceptés.

Jusqu'à présent, il semble qu'aucune analyse n'ait été réalisée pour déterminer les raisons de cette faible participation des fournisseurs et ses incidences sur l'équité, l'ouverture et la transparence du processus de PAC.

Nous avons remarqué des cas dans lesquels les agents d'approvisionnement entamaient les négociations avec le fournisseur prédéterminé avant la clôture de la période d'affichage du PAC. Selon nous, cela pose un risque que le fournisseur puisse

commencer les travaux ou encourir des coûts en se préparant à débiter les travaux, et ce, avant même l'attribution du contrat.

TPSGC nous a informé que la pratique d'entamer les négociations avec les fournisseurs potentiels ne va pas à l'encontre des directives gouvernementales et que les fournisseurs comprennent bien qu'il s'agit-là de négociations préliminaires et qu'ils ne débiteront pas le travail avant d'avoir obtenu le contrat ; s'ils le font, ce sera à leur propres risques. TPSGC a également mentionné qu'ils n'ont pas eu connaissance d'une situation où des négociations préliminaires auraient avantage un fournisseur potentiel.

À notre avis, débiter des négociations avec un fournisseur unique avant la date de clôture d'un PAC soulève des inquiétudes quant à l'équité et l'ouverture du processus. S'il fallait qu'un énoncé des capacités soit accepté et mène ainsi à un processus d'appel d'offres il pourrait y avoir un risque que tous les fournisseurs potentiels ne bénéficient pas des mêmes informations en même temps. Une telle pratique ne serait pas permise lors d'un appel d'offres conventionnel ou électronique.

Nous croyons fortement que les principes d'équité, d'ouverture et de transparence, ainsi que l'objectif d'obtenir la meilleure valeur pour la population canadienne, sont mieux servis par une concurrence contractuelle ouverte. Nous reconnaissons aussi qu'il y a des occasions où la concurrence ouverte n'est pas possible, et que l'établissement d'un marché prescrit est la mesure appropriée.

Le gouvernement reconnaît que les marchés prescrits posent certains risques. Ils peuvent être perçus comme une source de traitement préférentiel ou d'accès diminué à tous les fournisseurs et peuvent représenter un défi pour obtenir la meilleure valeur dans l'utilisation des fonds publics. Toutefois, en conférant des pouvoirs de passation de marchés beaucoup plus élevés aux marchés prescrits attribués au moyen du processus de PAC, ce qui comprendrait possiblement beaucoup moins de surveillance, le gouvernement affaiblirait un important mécanisme de contrôle prévu pour atténuer les risques.

Nous croyons qu'il faut repenser les exigences politiques relatives au PAC, en liaison avec les différentes autres initiatives gouvernementales présentement en développement, visant à rationaliser le processus d'approvisionnement.

Nous recommandons que :

- TPSGC établisse des pratiques efficaces pour ses propres services, que les autres organisations pourraient aussi adopter, selon les besoins opérationnels. Ces pratiques devraient :
 - renforcer le respect des normes documentaires du gouvernement afin d'étayer toutes les étapes du processus d'approvisionnement;
 - clarifier que, bien qu'il existe une période d'affichage minimal pour les PAC, l'autorité contractante devrait déterminer la période d'affichage individuelle

selon les différents risques associés au besoin, y compris l'importance et la complexité.

- puisque du point de vue de l'autorité contractante le PAC est reconnu comme concurrentiel, donner des directives au personnel de l'approvisionnement que les négociations ne doivent pas débiter avec le fournisseur prédéterminé avant la clôture du PAC.
- TPSGC devrait entreprendre une recherche sur les politiques relatives à la période de temps pendant laquelle les énoncés des capacités peuvent être reçus et évalués. Le Ministère devrait tenter de trouver une solution viable aux préoccupations opérationnelles issues de la mise en œuvre de cette politique, tout en maintenant l'équité du processus de PAC.
- Puisqu'il y a trois niveaux de limite de pouvoirs de passation de marchés, (une limite moins élevée assignée aux contrats non concurrentiels, une limite plus élevée pour les contrats concurrentiels traditionnels, et finalement, la limite la plus élevée attribuée aux contrats concurrentiels électroniques) le CT pourrait souhaiter examiner les limites appropriées pour les marchés prescrits attribués au moyen d'un PAC, selon les risques associés.
- Comme mentionné dans le résumé de l'examen des pratiques sur la *Fonction de surveillance et de remise en question de l'approvisionnement*, dans le premier rapport annuel du Bureau de l'ombudsman de l'approvisionnement, cinq des neuf organisations exigent que leurs comités supérieurs d'examen approuvent les contrats attribués au moyen de PAC. Nous croyons que ce genre de projet de marché pose des risques particuliers et nous recommandons aux ministères et aux agences :
 - d'établir des indicateurs de risques fondés sur l'importance et la complexité, et d'exiger que tous les approvisionnements correspondant au profil de risque, particulièrement ceux ayant recours aux PAC, soient examinés par le comité supérieur d'examen, chargé de la fonction de surveillance et de remise en question de l'approvisionnement.

Après avoir réalisé notre examen, l'ARC nous a avisé qu'elle avait publié un nouveau document portant sur les procédures contractuelles, qui comprend des instructions selon lesquelles les agents d'approvisionnement doivent afficher les PAC pendant de plus longues périodes lorsque la portée et la complexité du besoin fait en sorte que les soumissionnaires nécessitent un plus long délai de préparation et de soumission des énoncés des capacités.

Nous avons offert à tous les ministères et l'organisme concernés par cet examen l'occasion de commenter l'ébauche de ce rapport et nous avons tenu compte de leurs commentaires dans la rédaction de la version définitive.

Contexte

Mise en situation

3.1 Le gouvernement du Canada s'est engagé, en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (LGFP), à prendre des mesures pour favoriser l'équité, l'ouverture et la transparence des processus d'approvisionnement.

3.2 Le règlement édicté en vertu de la LGFP, le *Règlement sur les marchés de l'État* (RME), stipule qu'un appel d'offres doit être lancé avant qu'un contrat ne puisse être signé. Le recours à une approche concurrentielle pour sélectionner un fournisseur doit donc être la norme.

3.3 Cependant, le RME permet de signer un contrat sans recourir à un appel d'offres (il s'agit alors d'un « marché prescrit ») dans certaines conditions : en cas d'extrême urgence, lorsque la valeur du contrat est inférieure à un seuil donné en dollars, lorsqu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public ou lorsque le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

3.4 Les accords commerciaux nationaux et internationaux comprennent également des obligations contractuelles et des dispositions visant les « appels d'offres limités », aux termes desquelles le gouvernement peut signer un contrat sans appel d'offres. Par exemple, l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC) contiennent tous des dispositions concernant la procédure limitée d'appel d'offres pour des motifs liés à la protection de brevets d'invention, de droits d'auteur ou de droits exclusifs ou, en l'absence de concurrence pour des motifs techniques, les biens ne peuvent être fournis ou les services rendus que par un fournisseur particulier et qu'il n'existe aucun autre moyen ou produit de remplacement acceptable.

3.5 Aux termes de la Politique sur les marchés du CT, lorsqu'il est clairement établi que plus d'un fournisseur peut répondre au besoin, on doit recourir à un processus concurrentiel. Si le gouvernement n'a pas l'intention de lancer d'appel d'offres, il doit invoquer une exception au RME et, le cas échéant, faire appel aux dispositions visant les appels d'offres limités prévues dans les accords commerciaux. En vertu de la Politique sur les marchés du CT, deux processus contractuels peuvent alors être suivis :

- 1) attribution d'un marché prescrit sans émettre de préavis à l'intention de la collectivité des fournisseurs;
- 2) émettre un préavis d'adjudication de contrat (PAC), au moyen du Service électronique d'appels d'offres du gouvernement (SEAOG) (désormais appelé « MERX »), afin d'informer la collectivité des fournisseurs de l'intention du gouvernement de passer un marché avec un seul fournisseur.

3.6 Conformément à la Politique sur les marchés du CT et aux directives connexes, on ne doit pas émettre un PAC lorsque le gouvernement n'est pas en mesure d'accepter l'énoncé des capacités d'un autre fournisseur qui s'estime entièrement qualifié et en mesure de satisfaire au besoin décrit. Par exemple, en cas d'extrême urgence, comme dans un cas où il existe un danger de mort imminent, le gouvernement peut confier le marché à un seul fournisseur sans émettre de préavis à la collectivité des fournisseurs.

3.7 Cependant, s'il est possible que plus d'un fournisseur soit en mesure de satisfaire au besoin du gouvernement, mais que ce dernier ne dispose pas de renseignements détaillés sur le marché, un PAC peut alors être un moyen efficace d'évaluer le marché. L'énoncé des capacités donne l'occasion à un fournisseur éventuel de démontrer qu'il peut également répondre au besoin du gouvernement.

3.8 Si un fournisseur éventuel soumet un énoncé des capacités qui rencontre les exigences établies dans le PAC, le ministère ou l'organisme doit procéder à un processus d'appel d'offres complet pour accorder le contrat.

3.9 Selon la Politique sur les marchés et les directives du CT, la période minimale d'affichage d'un PAC est de 15 jours civils. Au cours de cette période, si d'autres fournisseurs éventuels ne réussissent pas à démontrer, à l'aide de leur énoncé des capacités, qu'ils satisfont aux exigences précisées dans le PAC, on considère que le marché subséquent est concurrentiel et qu'il peut être attribué selon des limites de passation de marchés plus élevées (les limites des pouvoirs d'approbation des marchés concurrentiels électroniques, par opposition aux marchés non concurrentiels), conformément à la Directive du CT sur les marchés et comme prévu au tableau 1 ci-dessous.

Tableau 1 : Pouvoirs généraux de passation de marchés de biens et de services¹

Pouvoirs de passation de marchés	Marchés concurrentiels électroniques	Marchés concurrentiels traditionnels²	Marchés non concurrentiels
<i>Biens</i> - Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) - Ministères	40 000 000 \$ (selon les pouvoirs délégués par TPSGC)	10 000 000 \$ (selon les pouvoirs délégués par TPSGC)	2 000 000 \$ (selon les pouvoirs délégués par TPSGC)
<i>Services</i> - TPSGC - Ministères	20 000 000 \$ 2 000 000 \$	10 000 000 \$ 400 000 \$	3 000 000 \$ 100 000 \$

Note 1 : L'ARC n'est assujettie à aucune des « limites » ci-dessus, celle-ci ayant des pouvoirs uniques en vertu de sa loi habilitante. Ces pouvoirs sont distincts des pouvoirs établis dans la Directive du CT sur les marchés, mais leur structure est semblable en ce qui concerne la manière dont ces pouvoirs de passation de marchés s'appliquent aux processus d'approvisionnement concurrentiels et non concurrentiels.

Note 2 : Les demandes de soumissions envoyées à au moins deux fournisseurs sans affichage électronique.

3.10 La Politique sur les marchés du CT mentionne que la publication d'un PAC permet de satisfaire à l'obligation de lancer un appel d'offres conformément au RME. Le caractère concurrentiel ou non concurrentiel des PAC fait cependant l'objet d'un débat depuis longtemps. Le présent examen ne visait pas à résoudre les questions soulevées par ce débat. Nous voulions insister sur le processus de mise en œuvre de la politique en matière de PAC.

Pourquoi est-ce important?

3.11 Pendant la période de trois (3) ans visée par l'examen, soit de janvier 2005 à décembre 2007, les marchés prescrits affichés à l'aide d'un PAC ont totalisé environ 1,7 G\$ ou 4,3 p. 100 de la valeur totale des marchés publics de plus de 25 000 \$ (le seuil prévu pour les demandes de soumissions en vertu du RME).

3.12 Bien que le gouvernement publie habituellement un avis après l'attribution d'un marché prescrit, les PAC ont fait leur apparition au début des années 1990 afin d'ajouter de la transparence en annonçant l'intention d'attribuer un marché prescrit avant de le faire.

3.13 La possibilité pour les autres fournisseurs de présenter un énoncé des capacités a été amenée par la suite afin de favoriser l'ouverture du processus. L'affichage d'un PAC donne l'occasion au gouvernement de connaître d'autres fournisseurs éventuels, dont il ignorait l'existence auparavant, qui peuvent être en mesure de satisfaire au besoin, ce qui peut accroître la concurrence et procurer une meilleure valeur pour la population canadienne. Cependant, lorsqu'il n'est pas possible ni réalisable d'accepter les énoncés des capacités des autres fournisseurs éventuels, le marché doit être attribué sans émettre de PAC.

3.14 L'attribution de marchés prescrits par l'entremise des PAC comprend des risques inhérents dans le cadre stratégique actuel. Plus précisément, le gouvernement peut ne pas être perçu comme donnant aux fournisseurs un accès équitable et ouvert aux marchés, car la soumission d'un énoncé des capacités au cours de la période d'affichage limitée d'un PAC peut se révéler un défi pour les fournisseurs.

3.15 De plus, les marchés prescrits comportent certains risques : ils peuvent, par exemple, être une source de traitement préférentiel, restreindre l'accès à l'ensemble des fournisseurs et rendre l'obtention du meilleur rapport qualité-prix plus difficile. Par conséquent, ils devraient faire l'objet de contrôles appropriés afin de réduire ces risques au minimum. Au lieu de cela, puisque les marchés prescrits attribués à la suite de l'affichage d'un PAC sont considérés comme concurrentiels, les agents d'approvisionnement peuvent utiliser les pouvoirs d'approbation de marchés les plus élevés. Cela expose le gouvernement à des risques accrus puisque la confirmation de l'utilisation adéquate des PAC est donnée par des autorités d'un échelon inférieur.

3.16 À l'heure actuelle, le gouvernement des États-Unis met en œuvre une réforme de l'approvisionnement afin d'améliorer la concurrence concernant ses marchés.¹ Depuis quelques années, on a constaté une augmentation importante des sommes dépensées pour des marchés attribués en l'absence de concurrence libre et ouverte. Les rapports ont démontré que [traduction] « les marchés non concurrentiels [...] ont été utilisés à des fins abusives, ce qui a entraîné un gaspillage de l'argent des contribuables, un mauvais rendement des entrepreneurs, et une reddition de comptes inadéquate à l'égard des résultats ». Selon les politiques du gouvernement des États-Unis, les organismes ne doivent pas signer de marchés non concurrentiels, sauf dans les cas où leur utilisation est entièrement justifiée et lorsque des mesures de protection appropriées ont été mises en place pour protéger le contribuable. D'ici l'automne 2009, le gouvernement des États-Unis entend élaborer et émettre des directives concernant l'utilisation adéquate et la surveillance des marchés non concurrentiels, et il vise à réduire au minimum les risques ainsi qu'à optimiser la valeur des marchés publics en général.

Principaux points de l'examen

Objectifs

3.17 Les objectifs de l'examen consistaient à déterminer les pratiques efficaces et les secteurs à améliorer en ce qui a trait à l'équité, à l'ouverture et à la transparence des PAC. Ceux-ci visaient plus particulièrement :

- l'uniformité des politiques ministérielles en regard des politiques et des directives connexes du CT;
- les pratiques relatives à la mise en œuvre de la politique en matière de PAC;
- les pratiques liées à la mise en œuvre et à la gestion du risque, y compris l'établissement de rapports sur l'utilisation et les niveaux d'activités.

Portée de l'examen et période visée

3.18 L'examen porte sur les PAC affichées pour les marchés prescrits de biens et de services (sans compter les travaux de construction) entre janvier 2005 et décembre 2007.

3.19 Les ministères et l'organisme qui suivent, situés dans la région de la capitale nationale et dans des régions de l'ensemble du Canada, étaient visés par l'examen :

¹ Federal Register, *Presidential Documents*, vol. 74, n° 43, vendredi le 6 mars 2009.

PRÉAVIS D'ADJUDICATION DE CONTRAT

- Agence du revenu du Canada (ARC)²;
- Ministère des Pêches et Océans (MPO);
- Ministère de la Défense nationale (MDN);
- Santé Canada (SC);
- Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC); TPSGC passe des marchés au nom de l'organisme et des ministères ci-dessus lorsque la valeur du marché excède leurs pouvoirs de passation de marchés, ou sur demande.

3.20 L'organisme et les ministères ont été choisis pour l'envergure de leurs activités de passation de marchés, illustrée dans le tableau 2 ci-dessous, en vue de proposer un aperçu adéquat des pratiques relatives à l'attribution de marchés au moyen de PAC.

Tableau 2

Les PAC et les activités de passation de marchés (excédant 25 000 \$) menées par l'organisme et les ministères visés par le présent examen et dans l'ensemble du gouvernement								
2005								
Ministère/ organisme	Total des activités de passation de marchés		Total des PAC publiés		PAC publiés par le ministère ou l'organisme lui-même		PAC publiés par TPSGC au nom du ministère ou de l'organisme	
	Nombre	Valeur en \$ (milliers)	Nombre	Valeur en \$ (milliers)	Nombre	Valeur en \$ (milliers)	Nombre	Valeur en \$ (milliers)
ARC	461	241 380 \$	80	51 782 \$				
MPO	1 054	252 450 \$	137	15 358 \$			Données non disponibles en 2005	
MDN	4 852	7 417 570 \$	379	239 109 \$				
SC	975	174 903 \$	121	20 984 \$				
TOTAL (3 ministères et 1 organisme)	7 342	8 086 303 \$	717	327 233 \$				
Total (ensemble du gouvernement)	22 483	14 780 801 \$	1 664	595 169 \$				
2006								
ARC	335	287 572	52	21 144 \$	48	20 478 \$	4	666 \$
MPO	940	173 877	160	40 383 \$	62	6 874 \$	98	33 509 \$
MDN	5 073	4 605 658	342	181 346 \$	8	5 069 \$	334	176 277 \$
SC	489	106 934	52	13 672 \$	17	5 828 \$	35	7 844 \$
TOTAL								

² Aux fins du présent rapport, l'Agence du revenu du Canada peut à l'occasion être désignée par le terme « ministère ».

PRÉAVIS D'ADJUDICATION DE CONTRAT

(3 ministères et 1 organisme)								
Total (ensemble du gouvernement)	22 006	10 944 322 \$	1 581	496 762 \$				
2007								
ARC	223	230 609 \$	25	32 261 \$	25	32 261 \$	0	0
MPO	1 044	167 028 \$	186	36 167 \$	86	11 575 \$	100	24 592 \$
MDN	4 804	7 318 839 \$	310	219 330 \$	6	3 556 \$	304	215 774 \$
SC	542	238 575 \$	87	26 460 \$	26	3 852 \$	61	22 608 \$
TOTAL (3 ministères et 1 organisme)	6 613	7 955 051 \$	608	314 218 \$	143	51 244 \$	465	262 974 \$
Total (ensemble du gouvernement)	20 625	10 501 578 \$	1 505	588 938 \$				
2005-2007								
TOTAL GLOBAL (3 ministères et 1 organisme)	20 712	21 215 395 \$	1 931	897 996 \$				
TOTAL GLOBAL (ensemble du gouvernement)	65 114	36 226 701 \$	4 750	1 680 869 \$				

Critères

3.21 Notre examen était fondé sur les critères suivants :

1. Les politiques ministérielles sont conformes aux politiques et directives du CT.
2. La mise en œuvre ministérielle du processus de PAC respecte les politiques et les directives du CT, particulièrement en ce qui concerne :
 - les motifs pour passer un marché avec un seul fournisseur et afficher un PAC;
 - la période d'affichage des PAC et la période durant laquelle les autres fournisseurs éventuels doivent soumettre leur énoncé des capacités;
 - le processus d'acceptation ou de rejet des énoncés des capacités reçus.
3. La mise en œuvre et la gestion du risque, y compris l'établissement de rapports sur l'utilisation et les niveaux d'activités.

Méthodologie

3.22 Nous avons examiné les cadres législatif, réglementaire et stratégique fédéraux liés aux PAC; nous avons réalisé des entrevues avec la direction et les agents d'approvisionnement des ministères; nous avons également analysé les pratiques ministérielles en procédant à un examen des dossiers d'approvisionnement.

3.23 Nous avons sélectionné un échantillon comprenant 177 dossiers : 148 dossiers pour lesquels un PAC a été affiché, et 29 dossiers pour lesquels un marché prescrit a été signé sans qu'un PAC ait été affiché. En choisissant les dossiers d'approvisionnement des ministères, nous avons notamment tenu compte des facteurs suivants : le volume d'activité; la proportion entre la région de la capitale nationale et les bureaux régionaux; les dossiers comprenant et ne comprenant pas d'énoncé des capacités; les dossiers pour lesquels un PAC a été affiché et présentant une augmentation importante de la valeur des marchés après l'attribution. Nous avons également choisi des dossiers par suite desquels le processus de PAC a été annulé.

3.24 Il convient de souligner que nous n'avons pas évalué le caractère adéquat de la justification à l'appui des marchés prescrits. Nous avons aussi exclu de notre examen les avis d'attribution de contrat publiés après qu'un marché prescrit a été attribué.

3.25 Nous avons examiné les rapports sur les acquisitions du CT ainsi qu'un rapport interne de TPSGC portant sur les PAC. Nous avons également cherché à obtenir de la rétroaction des associations de fournisseurs.

Constatations

Politiques du Conseil du Trésor et des ministères

3.26 Nous avons remarqué que l'ARC n'est pas assujettie au RME ni à la Politique sur les marchés du CT, alors qu'elle invoque par ailleurs les mêmes exceptions énoncées au RME pour lancer un appel d'offres. Ces exceptions figurent dans les directives sur les marchés de l'ARC. Les processus d'approvisionnement suivis par l'ARC en regard des marchés prescrits sont également semblables à ceux qui sont décrits aux paragraphes 3.5 à 3.8 du présent rapport.

3.27 Bien que les politiques ministérielles soient pour la plupart conformes aux politiques du CT et aux directives connexes, nous avons constaté qu'il existe trois différences notables ayant trait à la période d'affichage, à la période de soumission des énoncés des capacités et au processus d'examen des énoncés des capacités.

3.28 Premièrement, conformément à la Politique sur les marchés et aux directives du CT, un PAC doit être affiché pendant au moins 15 jours civils. Exception faite du MDN, toutes les politiques ministérielles que nous avons examinées répètent les exigences énoncées dans la Politique sur les marchés du CT. Le MDN exige un affichage minimal de 22 jours pour les PAC lorsque les achats sont soumis à des accords commerciaux (ALENA ou AMP-OMC).

3.29 Deuxièmement, la Politique sur les marchés du CT indique que d'autres fournisseurs éventuels peuvent soumettre un énoncé des capacités au cours de la période d'affichage de 15 jours civils. Si aucun énoncé des capacités n'est reçu pendant cette période, le marché peut être attribué.

3.30 TPSGC satisfait non seulement à cette exigence de la Politique sur les marchés du CT, mais sa politique mentionne en outre que tous les énoncés des capacités reçus après la fin de la période d'affichage d'un PAC doivent être pris en compte, jusqu'à l'attribution du contrat.

3.31 Cette différence de la politique de TPSGC repose sur le principe que, si ses agents d'approvisionnement apprennent qu'il existe un autre soumissionnaire éventuel avant l'attribution d'un marché prescrit, l'énoncé voulant qu'un seul soumissionnaire soit en mesure d'exécuter le marché n'est plus valide, et attribuer le marché à l'entrepreneur prédéterminé contreviendrait alors au RME.

3.32 Cependant, le libellé standard des PAC émis par TPSGC ne correspond pas aux exigences de sa propre politique. L'avis indique que si aucun autre fournisseur ne soumet, au plus tard à la date de clôture, un énoncé des capacités satisfaisant aux exigences précisées dans le PAC, un contrat peut être attribué au fournisseur prédéterminé. Essentiellement, TPSGC n'indique pas aux fournisseurs qu'il acceptera les énoncés des capacités jusqu'au moment de l'attribution du contrat.

3.33 Les deux différences décrites ci-dessus peuvent être perçues par la collectivité des fournisseurs comme faisant obstacle à l'équité, à l'ouverture et à la transparence du processus. Un ministère dont la politique est harmonisée à la Politique sur les marchés du CT n'acceptera aucun énoncé des capacités après la période d'affichage de 15 jours lorsqu'il procède à la passation de ses propres marchés. Toutefois, si TPSGC est chargé de passer les marchés pour ce ministère, les énoncés des capacités seront acceptés jusqu'à l'attribution du contrat. Les fournisseurs peuvent donc être traités de façon différente selon le ministère.

3.34 Nous avons reconnu que des risques opérationnels sont liés à l'acceptation éventuelle et à l'étude des énoncés des capacités jusqu'à l'attribution d'un contrat. Cependant, nous estimons que certains de ces risques pourraient être atténués. Par exemple, une mention claire pourrait être ajoutée dans un PAC, voulant que le gouvernement étudie les énoncés des capacités jusqu'à l'attribution du contrat, mais que les négociations commenceront avec le fournisseur prédéterminé la journée suivant la clôture du PAC. On devrait par ailleurs informer clairement le fournisseur prédéterminé, par écrit, que si un énoncé des capacités soumis par un autre fournisseur éventuel est accepté pendant les négociations, mais avant l'attribution du contrat, le processus sera annulé et un appel d'offres concurrentiel sera lancé.

3.35 Cependant, un nouveau risque opérationnel s'ajoute. Les fournisseurs peuvent ignorer la date de clôture du PAC et ainsi retarder la soumission de son énoncé des capacités à une date ultérieure (mais avant l'attribution du contrat). Ce qui aurait pour résultat de prolonger le processus et causer d'importants délais dans l'atteinte des exigences opérationnelles.

3.36 Bien que nous comprenions la réticence de TPSGC à publiciser cette pratique, quelques fournisseurs pourraient en tirer un avantage indu puisque tous n'ont pas la

même connaissance de cette période de prolongation pour soumettre un énoncé des capacités.

3.37 Troisièmement, le CT exige que les motifs du rejet d'un énoncé des capacités soient examinées par un agent différent de celui qui approuve l'utilisation d'un PAC. TPSGC et l'ARC ont des contrôles encore plus stricts puisqu'ils exigent que cet examen soit réalisé par un agent d'échelon supérieur à celui qui a approuvé l'affichage du PAC. Il s'agit là d'une pratique efficace que d'autres ministères peuvent vouloir adopter d'une certaine manière (p. ex., l'approbation par un comité supérieur d'examen), selon une évaluation des risques connexes à leur processus.

Mise en œuvre du processus de PAC

Motifs justifiant l'établissement d'un marché avec un seul fournisseur et l'affichage d'un PAC

3.38 Parmi les 148 dossiers d'approvisionnement qui ont eu recours au processus de PAC, nous nous attendions à trouver des éléments justifiant les exceptions invoquées au RME pour lancer des appels d'offres. La grande majorité des dossiers de l'ARC étaient documentés, mais ce n'était pas le cas pour les quatre ministères.

3.39 Pour ce qui est des accords commerciaux, nous nous attendions à trouver des éléments justifiant le recours aux dispositions visant les appels d'offres limités. Les dossiers de TPSGC, de l'ARC et du MDN que nous avons examinés contenaient de tels éléments justificatifs. Cependant, aucun des dossiers du MPO n'était documenté, et il en était ainsi pour environ la moitié des dossiers de SC.

3.40 Si, à ce stade du processus décisionnel, le gouvernement n'est pas en mesure d'accepter l'énoncé des capacités d'un autre fournisseur, il ne doit pas émettre un PAC. Conformément à la Politique sur les marchés du CT, le marché prescrit peut être négocié et attribué au fournisseur prédéterminé.

3.41 Cependant, dans les cas où il existait un certain degré d'incertitude quant au fait qu'un seul fournisseur pouvait de fait exécuter le contrat, nous nous attendions à ce que les agents d'approvisionnement aient réalisé une certaine forme d'étude de marché. Parmi les dossiers examinés, nous avons trouvé très peu d'éléments indiquant qu'une étude de marché avait été exécutée.

3.42 Une étude de marché aiderait les agents d'approvisionnement à prendre une décision éclairée pour passer un marché en invoquant le fait qu'un seul fournisseur est en mesure d'exécuter les travaux. Les conclusions justifieraient pour leur part la décision de publier ou de ne pas publier l'intention de confier un marché à un seul fournisseur avant l'attribution du contrat. De façon générale, nous avons constaté l'absence de documents importants permettant de justifier ces deux décisions dans les dossiers des quatre ministères et de l'ARC.

3.43 De plus, dans la majorité des dossiers d'approvisionnement examinés, ces décisions n'ont pas fait l'objet d'un examen par les pairs ou par un supérieur avant la publication d'un PAC.

3.44 Par conséquent, l'intégralité des documents versés au dossier suscite un certain nombre de préoccupations. Nous sommes surtout préoccupés du fait que peu d'éléments justifient la publication d'un PAC lorsque le gouvernement n'est pas certain qu'il existe seulement un fournisseur qui soit en mesure de répondre au besoin.

3.45 Dans un grand nombre de cas, nous avons également constaté que les documents versés au dossier ne justifiaient pas l'affichage d'un PAC, puisque le gouvernement n'était pas en mesure d'accepter les énoncés des capacités d'autres fournisseurs éventuels (p. ex., en raison d'extrême urgence, parce que cela ne servait pas l'intérêt public, ou parce qu'un fournisseur détenait les droits de propriété intellectuelle ou le pouvoir exclusif d'exécuter des travaux particuliers). Le recours aux PAC dans ces cas contrevenait aux politiques sur les marchés du CT et de l'ARC.

3.46 La décision de recourir à un PAC doit être justifiée. Il doit exister un niveau d'incertitude raisonnable (ou bien le doute doit commencer à s'installer) concernant l'affirmation qu'un seul fournisseur est en mesure d'exécuter le contrat, et d'autres fournisseurs doivent avoir la possibilité d'être pris en considération pour exécuter le contrat. Dans les cas où des renseignements détaillés sur le marché confirment l'existence d'un seul fournisseur, aucun PAC ne doit être publié, et le contrat doit être approuvé aux termes des pouvoirs de passation de marchés moins élevés. En revanche, si des renseignements détaillés sur le marché révèlent l'existence de plus d'un fournisseur éventuel, les agents d'approvisionnement doivent recourir à un processus concurrentiel assorti de pouvoirs de passation de marchés plus élevés.

Période de publication du PAC et période de soumission des énoncés des capacités

3.47 En ce qui concerne la période de publication du PAC, nous avons constaté que l'ARC et le MPO publiaient des PAC pour un nombre maximal de quinze jours civils au lieu du minimum prévu. Nous n'avons pas pu valider ce renseignement pour les autres ministères car, dans la plupart des cas, des exemplaires de publication du PAC n'avaient pas été archivés.

3.48 Nous avons en outre constaté que la période de publication de quinze jours était la même période utilisée pour permettre aux autres fournisseurs potentiels de soumettre un énoncé des capacités. Quand les PAC portent sur des acquisitions simples d'une faible valeur en dollars, quinze jours suffisent amplement. Toutefois, comme l'indique le tableau 3 ci-dessous, nous avons constaté que des PAC récemment publiés par les ministères avaient une période de publication identique, qu'ils portent sur des acquisitions simples d'une faible valeur en dollars ou très complexes d'une valeur de plusieurs millions de dollars.

Tableau 3

Valeur estimative du marché	Courte description du marché	Période
32 130 \$	Marché pour l'achat d'un spectromètre	15 jours
38 367 \$	Marché pour l'achat d'une machine à laver la verrerie de laboratoire	15 jours
253 000 \$	Marché pour des meubles d'habitation	15 jours
300 000 \$	Marché pour des services relatifs à des relevés de poissons de fond	15 jours
1 077 200 \$	Marché pour des services de consultation sur un projet d'intégration et de soutien technique d'un système logiciel	15 jours
2 103 000 \$	Marché de TI lié à des réseaux locaux, à des systèmes ou à des composants	15 jours
10 553 117 \$	Marché pour la maintenance de divers navires	15 jours
42 000 000 \$	Marché pour des services de communication radio bidirectionnelle	15 jours

3.49 Pour certains des besoins plus complexes, il se peut que les fournisseurs doivent consulter leurs sociétés affiliées au Canada ou à l'étranger, ou constituer un groupe de ressources avec d'autres fournisseurs pour préparer une soumission conjointe. Dans ce cas, il est difficile de concevoir qu'un énoncé des capacités adéquat puisse être soumis dans un délai de quinze jours.

Processus d'acceptation ou de rejet des énoncés des capacités

3.50 Nous avons passé en revue un rapport pluriannuel rédigé en 2007 sur les PAC publié par TPSGC, lorsqu'il acquiert des biens et des services pour lui-même ou encore pour les autres ministères et organismes fédéraux. Bien que nous ne disposions des données que pour deux des trois années de notre champ d'application, nous avons constaté que les fournisseurs ne soumettaient un énoncé des capacités que pour 7 p. 100 des PAC, et que près de la moitié de ces énoncés étaient rejetés.

3.51 Jusqu'à présent, il semble qu'aucune analyse n'ait été réalisée pour déterminer les raisons de cette faible participation des fournisseurs et ses effets sur l'équité, l'ouverture et la transparence du processus de PAC.

3.52 Nous avons examiné au total vingt-neuf dossiers pour lesquels des énoncés des capacités avaient été reçus. Nous avons constaté que les critères et le processus suivis pour leur évaluation figuraient rarement dans les dossiers d'acquisition. Nous avons observé que seuls sept dossiers sur vingt-neuf indiquaient que les énoncés des

capacités avaient été comparés aux exigences publiées dans le PAC. La mesure prise dans les autres dossiers n'était pas documentée, y compris deux dossiers où l'exigence avait été annulée avant l'examen de l'énoncé des capacités. Sans document décrivant le processus d'acceptation ou de rejet des énoncés des capacités, il était difficile d'évaluer si le processus avait été mené de façon juste.

3.53 Nous avons remarqué des cas dans lesquels les agents d'approvisionnement entamaient des discussions et échangeaient de l'information avec le fournisseur prédéterminé avant la clôture de la période d'affichage du PAC. Selon nous, cela pose un risque que le fournisseur puisse commencer les travaux ou encourir des coûts en se préparant à débiter les travaux, et ce, avant même l'attribution du contrat.

3.54 TPSGC nous a informé que la pratique d'entamer les négociations avec les fournisseurs potentiels ne va pas à l'encontre des directives gouvernementales et que les fournisseurs comprennent bien qu'il s'agit-là de négociations préliminaires et qu'ils ne débiteront pas le travail avant d'avoir obtenu le contrat ; s'ils le font, ce sera à leur propres risques. TPSGC a également mentionné qu'ils n'ont pas eu connaissance d'une situation où des négociations préliminaires auraient avantage un fournisseur potentiel.

3.55 À notre avis, débiter des négociations avec un fournisseur unique avant la date de clôture d'un PAC soulève des inquiétudes quant à l'équité et l'ouverture du processus. S'il fallait qu'un énoncé des capacités soit accepté et mène ainsi à un processus d'appel d'offres, il pourrait y avoir un risque que tous les fournisseurs potentiels ne bénéficient pas des mêmes informations en même temps. Une telle pratique ne serait pas permise lors d'un appel d'offres conventionnel ou électronique.

3.56 Un article de *Summit*, un magazine sur les achats de la fonction publique canadienne, mentionne les risques précités : « Pour comprendre la façon de travailler du PAC, on peut imaginer une course où l'un des participants prendrait le départ avant même que les autres ne soient informés de la course. »

Surveillance et rapports

3.57 L'attribution d'un marché prescrit à un fournisseur préétabli peut compromettre l'équité, l'ouverture et la transparence du processus d'acquisition. Par exemple, cette attribution peut être perçue comme une source de traitement préférentiel, une réduction d'accès à tous les fournisseurs et un obstacle à l'optimisation des ressources concernant l'utilisation des fonds publics.

3.58 On reconnaît ces risques en ce qui concerne les marchés prescrits pour lesquels aucun avis n'est publié à l'avance, et des mesures de contrôle plus strictes ont été mises en place comme stratégie d'atténuation des risques : la surveillance est généralement accrue et le personnel chargé des acquisitions a des pouvoirs d'approbation plus faibles. La directive du Conseil du Trésor sur les marchés indique que les pouvoirs d'approbation généraux du ministère pour les services fournis de façon non concurrentielle sont de 100 000 \$, alors que les pouvoirs d'approbation sont de

2 000 000 \$ pour les marchés pleinement concurrentiels (voir le tableau 1). En conséquence, en ce qui concerne les marchés prescrits d'une valeur en dollars plus élevée pour lesquels aucun préavis n'est publié, il faut soumettre le processus à un examen indépendant afin de réduire le risque d'iniquité par rapport aux fournisseurs potentiels.

3.59 Bien que des risques semblables existent à la passation d'un marché prescrit par l'intermédiaire d'un PAC, le même niveau de contrôle ne s'applique pas pour atténuer ces risques. Pour approuver la passation des marchés, le personnel chargé des acquisitions peut utiliser les mêmes pouvoirs pour les PAC que pour les marchés pleinement concurrentiels, soit jusqu'à 2 000 000 \$. Ils ont les mêmes pouvoirs d'approbation que pour les marchés pleinement concurrentiels, sans la rigueur de la concurrence ouverte. Par conséquent, le gouvernement est exposé à un risque plus important, puisque ce processus fait généralement l'objet d'une surveillance moins stricte et qu'il se peut qu'il n'y ait aucun examen indépendant de la justification du PAC. Ce problème est de taille car, d'après notre examen, une majorité des dossiers d'acquisition ne comprenaient aucun document pour appuyer cette justification.

3.60 Quand le personnel chargé des acquisitions publie un PAC, un marché prescrit peut être attribué beaucoup plus rapidement car il ne nécessite pas l'obtention d'un pouvoir d'approbation des marchés plus élevé. Nous avons constaté que certains PAC avaient été publiés alors qu'ils n'auraient pas dû l'être, comme il est indiqué dans les exigences de la politique sur la passation des marchés liées aux PAC. Ces observations ainsi que des discussions avec les agents responsables des approvisionnements nous ont amenés à conclure que certains PAC servaient à éviter le processus plus lent d'approbation des marchés, quand aucun marché prescrit n'est publié au préalable.

3.61 Le Conseil du Trésor (CT) publie un Rapport annuel sur les acquisitions qui porte sur la passation de marchés dans les ministères et organismes fédéraux et l'utilisation des PAC par les ministères, y compris ceux qui font l'objet du présent examen. Le rapport du CT est fondé sur les données de chaque ministère. Il indique le nombre, le type (biens, services ou construction) et la valeur des marchés du PAC.

3.62 TPSGC est également en mesure de produire des rapports détaillés sur les PAC qu'il publie quand il attribue des marchés pour lui-même ou au nom d'autres ministères fédéraux. Outre les renseignements de base disponibles, TPSGC peut établir quels marchés prescrits ont été attribués par l'intermédiaire d'un PAC et pour lesquels il a reçu un énoncé des capacités d'un autre fournisseur potentiel et accepté ou rejeté cet énoncé, ainsi que les dossiers pour lequel le PAC a été annulé.

3.63 TPSGC est le seul, parmi les quatre ministères et l'organisme sur lesquels porte notre examen à pouvoir facilement recenser les dossiers contenant ce type de renseignements. Les autres ministères peuvent faire un suivi des dossiers pour lesquels un PAC a été publié, mais ils ne disposent pas des autres renseignements facilement accessibles.

3.64 Si aucun suivi des renseignements sur les marchés prescrits attribués à l'aide d'un PAC n'est effectué, cela signifie que la direction ne tient pas régulièrement compte du risque que ce processus pose aux activités qui sont appuyées par ces marchés.

3.65 Le gouvernement des États-Unis se préoccupe également des marchés non concurrentiels et, dans le cadre des réformes du processus d'acquisition conçues pour améliorer la concurrence des marchés fédéraux, il a affirmé récemment que le « gouvernement fédéral devait impérativement être en mesure de gérer et de surveiller ses marchés de façon rigoureuse et minutieuse afin de réaliser des objectifs programmatiques, d'éviter des trop-perçus importants et d'enrayer les dépenses inutiles »³

Conclusion

3.66 Nous croyons fermement que les principes d'équité, d'ouverture et de transparence ainsi que l'objectif relatif à l'optimisation des ressources pour la population canadienne sont mieux servis par une concurrence contractuelle ouverte. Nous reconnaissons également que, dans des cas exceptionnels, il est impossible de recourir à un processus concurrentiel et qu'un marché prescrit est la seule option.

3.67 Certains dossiers contenaient des éléments indiquant que le gouvernement publiait des PAC contraires aux exigences de la *Politique des marchés* du CT, au *Règlement sur les marchés de l'État* de l'ARC ainsi qu'aux politiques et aux procédures ministérielles. Cela ternit la confiance des fournisseurs dans le processus d'acquisition du gouvernement fédéral.

3.68 La majorité des dossiers examinés contenaient des documents insuffisants ou inappropriés. Nous pensons que la situation est préoccupante, et nous nous demandons si les ministères comprennent la politique et les documents d'orientation, ou s'ils choisissent de ne pas les respecter. Nous nous demandons également comment ils remplissent leurs obligations en matière d'équité, d'ouverture et de transparence.

3.69 Le processus doit permettre aux différents fournisseurs de faire affaire avec le gouvernement. Si des PAC sont utilisés pour obtenir les mêmes résultats que les marchés prescrits qui ne sont pas publiés, les fournisseurs risquent de perdre confiance et d'arrêter de participer aux processus, ce qui pourrait réduire la liste des fournisseurs et représenter une augmentation des coûts pour l'État.

3.70 Nous craignons que le personnel chargé des acquisitions commence les négociations avec le fournisseur préétabli avant la fin de la période de publication du

³ Registre fédéral / Vol. 74, n° 43 / Vendredi 6 mars 2009 / Documents présidentiels

PAC, même si cette pratique est interdite dans un processus pleinement concurrentiel. En plus du risque d'inéquité vis-à-vis des fournisseurs potentiels, ceux-ci pourraient penser que le gouvernement ne souhaite pas en réalité adopter d'autres options.

3.71 Nous nous demandons également si l'on « agit comme il se doit » en publiant un PAC de quinze jours seulement pour les exigences importantes et complexes. Les objectifs d'acquisition du gouvernement sont mieux servis quand on respecte, non seulement les exigences minimales de la politique, mais quand on établit un juste équilibre entre les aspects quelquefois conflictuels de l'intérêt public. Le fait de donner le moins de temps possible aux fournisseurs pour examiner un besoin plutôt complexe peut être mal perçu et avoir, dans la pratique, l'effet inverse, si la période de soumission d'un énoncé des capacités n'est pas jugé raisonnable par la collectivité des fournisseurs.

3.72 Nous craignons en particulier que les exigences des politiques du CT et de TPSGC ne soient pas harmonisées en ce qui concerne la prise en compte des énoncés des capacités jusqu'au moment de l'attribution du marché. Ce manque de cohérence augmente le risque de traitement inégal des fournisseurs.

3.73 Notre étude a révélé qu'il existait une participation très limitée des fournisseurs aux processus de PAC de TPSGC. À ce jour, nous n'avons pas été informés d'analyses menées sur les raisons de ce faible taux de participation des fournisseurs. Nous avons remarqué que récemment, lors d'une réunion du comité parlementaire sur le processus d'acquisition du gouvernement fédéral, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI), qui représente 105 000 membres dans l'ensemble du Canada, a toutefois, indiqué que ses membres trouvaient difficile de faire affaire avec le gouvernement fédéral, et il est probable que bon nombre d'entreprises ont tout simplement abandonné.⁴ Bien que la FCEI ne mentionne pas directement les PAC, elle parle des processus d'acquisition du gouvernement qui, bien sûr, comprennent les PAC.

3.74 Le Centre Canadien de Politiques Alternatives (CCPA) a publié un document de recherche en juin 2007⁵ qui soulevait des questions sur l'ouverture et la transparence du processus de PAC, en particulier pour les exigences militaires.

3.75 Les fournisseurs et le personnel chargé des acquisitions nous disent souvent que le processus d'acquisition est devenu encombrant et que l'obtention des approbations nécessaires prend trop de temps, ce qui peut rendre difficile la satisfaction rapide des besoins opérationnels. En conférant au personnel chargé des acquisitions

⁴ Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires, jeudi 26 février 2009.

⁵ 2007 CCPA, Foreign Policy Series, *No Bang for the Buck: Military contracting and public accountability*.

les mêmes pouvoirs d'approbation des marchés, qu'un marché prescrit soit publié par l'intermédiaire d'un PAC ou qu'un processus pleinement concurrentiel ait lieu, le gouvernement peut, en réalité, encourager un comportement non voulu. Le fait d'utiliser un PAC est perçu comme une façon de réduire la durée du processus d'acquisition.

3.76 Bien qu'un avis préalable soit fourni, les marchés prescrits créent des risques pour le gouvernement. En conférant les pouvoirs d'approbation de marchés les plus élevés pour les marchés prescrits attribués à l'aide d'un PAC, le gouvernement a affaibli un important mécanisme de contrôle.

3.77 En 2007, le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a examiné la plainte d'un fournisseur selon lequel le gouvernement avait rejeté à tort son énoncé des capacités.⁶ Le TCCE a fait observer qu'un PAC « est un instrument qui ne contient souvent qu'une brève description du besoin particulier pour lequel une solution est recherchée. Il est donc à prévoir qu'un [énoncé des capacités] d'un PAC, par un fournisseur potentiel qui estime que sa solution de rechange est viable, ne contiendra pas le même niveau de détail qu'une réponse à une [demande de soumissions] en régime de concurrence ». En conséquence, le TCCE a établi que si un autre fournisseur potentiel s'estimait apte à satisfaire aux besoins opérationnels du gouvernement, il devrait avoir la possibilité de répondre, dans un régime de concurrence, à un énoncé des besoins parfaitement détaillé.

3.78 À la suite de notre étude, l'ARC nous a informés qu'elle avait publié un nouveau document sur les procédures d'acquisition comprenant les éléments suivants sur les périodes d'affichage obligatoires des PAC :

- « Périodes de publication : (...) En établissant la date de clôture, il faut tenir compte du niveau de complexité du besoin et de la proposition technique et financière requise, de la forme de publication utilisée et des besoins opérationnels du client. »
- « Appel d'offres limité : Si un préavis d'attribution de contrat (PAC) est fourni, la période d'affichage doit être d'au moins quinze (15) jours civils à partir de la date à laquelle le PAC a été affiché sur le Service électronique d'appels d'offres du gouvernement (SEAOG). La période d'affichage sera plus longue si le besoin est d'une complexité telle qu'il faut plus de temps pour préparer et soumettre un énoncé des capacités. »

3.79 Bien que nous n'ayons pas examiné la mise en œuvre de ces nouvelles procédures, nous considérons qu'il s'agit là de pratiques satisfaisantes que les autres ministères pourraient adopter.

⁶ *Information Builders (Canada) Inc. c. le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada*, TCCE, 16 juillet 2007.

Recommandations

3.80 D'après nos observations, le gouvernement devrait redéfinir son approche quant à la mise en œuvre du processus de PAC, afin de s'assurer que les risques inhérents, y compris ceux qui ont trait à l'équité, à l'ouverture et à la transparence du processus de passation de marchés, sont gérés de façon appropriée par les ministères et organismes. Nous recommandons ce qui suit :

3.81 TPSGC devrait élaborer une politique qui lui soit uniquement destinée et que les autres ministères et organismes pourraient adopter selon leurs besoins opérationnels. Cette politique devrait être conçue pour :

- renforcer les pratiques d'acquisition afin de rehausser leur conformité aux normes de documentation du gouvernement, et en vue d'appuyer toutes les étapes du processus d'acquisition, y compris :
 - le motif de l'attribution d'un marché prescrit;
 - les résultats de la recherche pertinente afin d'établir si un seul fournisseur peut exécuter le marché;
 - le motif pour lequel on a décidé de publier un PAC;
 - la possibilité d'accepter un énoncé des capacités d'un autre fournisseur;
 - le processus d'acceptation ou de rejet d'un énoncé des capacités, y compris un examen indépendant;
 - en cas d'acceptation de l'énoncé des capacités, le processus concurrentiel qui en découle;
 - des preuves d'avis et de débriefage sur demande des fournisseurs qui ont soumis des énoncés des capacités;
- préciser que, bien qu'il existe une période d'affichage minimale pour les PAC, l'autorité contractante devrait établir la période d'affichage particulière d'après les différents risques liés au besoin, y compris la complexité et l'importance relative de ce dernier;
- puisque du point de vue de l'autorité contractante le PAC est reconnu comme concurrentiel, donner des directives au personnel de l'approvisionnement que les négociations ne doivent pas débiter avec le fournisseur prédéterminé avant la clôture du PAC.

3.82 TPSGC devrait entreprendre une recherche sur les politiques relatives à la période de temps pendant laquelle les énoncés des capacités peuvent être reçus et évalués. Le Ministère devrait tenter de trouver une solution viable aux préoccupations opérationnelles issues de la mise en œuvre de cette politique, tout en maintenant l'équité du processus de PAC.

3.83 Puisqu'il existe trois niveaux de limite concernant les pouvoirs de passation de marchés, une limite moins élevée attribuée aux marchés non concurrentiels, une limite plus élevée pour les marchés concurrentiels traditionnels, et enfin, la limite la plus élevée attribuée aux marchés concurrentiels électroniques, le CT pourrait souhaiter examiner les limites appropriées pour les marchés prescrits attribués au moyen d'un PAC, selon les risques associés.

3.84 Comme mentionné dans le résumé de l'examen des pratiques sur la *Fonction de surveillance et de remise en question de l'approvisionnement*, dans le premier rapport annuel du Bureau de l'ombudsman de l'approvisionnement, cinq des neuf organisations exigent que leurs comités supérieurs d'examen approuvent les contrats attribués au moyen de PAC. Nous croyons que ces soumissions posent un risque particulier et nous recommandons que les ministères et organismes:

- établissent des indicateurs de risque fondés sur l'importance relative et la complexité;
- tous les marchés prescrits à l'aide de PAC qui répondent au profil de risque soient approuvés par les comités ministériels supérieurs chargés de la fonction de surveillance et de remise en question de l'approvisionnement.

Nous avons offert à tous les ministères et l'organisme concernés par cet examen l'occasion de commenter l'ébauche de ce rapport et nous avons tenu compte de leurs commentaires dans la rédaction de la version définitive.