



MEDEC

CANADA'S MEDICAL TECHNOLOGY COMPANIES
LES SOCIÉTÉS CANADIENNES DE TECHNOLOGIES MÉDICALES

COMMISSION DES FINANCES PUBLIQUES

Déposé le : 8 Mai 2018

No. : CFP-161

Secrétaire : [Signature]

PAR COURRIEL

Montréal, 16 avril 2018

Monsieur Raymond Bernier

Président

Commission des finances publiques

Assemblée nationale

1035, rue des Parlementaires, 3^e étage, bureau 3.15

Québec (Québec) G1A 1A3

Objet : Commentaires concernant le projet de loi n° 171, *Loi édictant la Loi concernant la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien et visant la conformité des mesures relatives aux contrats des organismes publics avec cet accord, l'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario et l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres* (ci-après le « PL »)

Monsieur le Président,

MEDEC est l'association de l'industrie canadienne des technologies médicales. Elle représente plus de 150 entreprises actives au Canada, qui regroupent plus de 6 300 emplois au Québec. Depuis plus de 40 ans, MEDEC collabore avec les gouvernements et les patients afin de contribuer à l'amélioration de la santé de la population et à la pérennité du système de soins de santé.

Les membres de MEDEC sont des fournisseurs importants du Réseau de la santé du Québec qui génèrent environ 50 contrats d'approvisionnement publics chaque jour. Nos membres travaillent donc dans le quotidien à se conformer au cadre normatif serré qui entoure les contrats publics au Québec mais aussi dans les autres provinces canadiennes et en Europe. Une plus grande cohérence et une harmonisation des règles à travers les marchés géographiques dans lesquels œuvre l'industrie est donc désirable, et c'est pourquoi MEDEC salue tous les efforts d'allègement réglementaire, de correspondance administrative et de facilitation de l'accès aux marchés publics offerts par les juridictions comme le Québec.

Ainsi, de manière générale, MEDEC est en accord avec l'adoption du principe du projet de loi. Toutefois, de l'avis de MEDEC, ce projet de loi est une occasion significative de mettre à niveau le cadre législatif normatif des marchés publics du Québec, en particulier en santé. Les commentaires qui suivent vont donc en ce sens. Nous abordons essentiellement les dispositions que nous estimons nécessaires pour mettre à niveau le cadre normatif québécois, en lien avec les accords visés, mais également en lien avec les éléments qui nous semblent faire défaut au projet de loi dans sa forme actuelle.



Une note importante : selon la lecture de MEDEC, l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres (AECG) comporte essentiellement les mêmes dispositions d'intérêt pour MEDEC que l'Accord de libre-échange canadien (ALEC). Nous avons choisi de ne pas alourdir le texte en ajoutant les références correspondantes de l'AECG à nos commentaires. Il faut prendre en considération que nos commentaires à l'égard de l'ALEC s'appliquent également à l'AECG.

Article 509

Article 509 : 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.
2. Lorsqu'elle prescrit les spécifications techniques pour les produits ou les services faisant l'objet du marché, une entité contractante, s'il y a lieu :
 - a) 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;
 - b) d'autre part, fonde la spécification technique sur des normes, dans les cas où il en existe.

Analyse : MEDEC insiste depuis plusieurs années sur le fait que les marchés publics en santé au Québec ne sont pas centrés sur la valeur pour les patients, le système de santé ou pour les contribuables. La règle et la pratique du « prix plus bas conforme » restent la référence par défaut et on observe bien peu de recours au facteur qualité dans les appels d'offres en santé (« facteur k ») même s'il est permis par la *Loi sur les contrats des organismes publics (LCOP)*. Cet article de l'ALEC devrait inciter le législateur à renforcer l'importance de définir les besoins en termes de performance et d'exigences fonctionnelles comme prévu dans le texte de l'article 509. Qui plus est, cet article comporte aussi un alinéa 3 qui oblige l'entité contractante à prendre en considération les soumissions portant sur des produits ou services équivalents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux prescriptions du marché, ce qui est très difficile à gérer efficacement dans le contexte des appels d'offres québécois qui usent et abusent de critères de conformité techniques précis et trop souvent éloignés de la réalité du marché et de la concurrence.

Recommandation : Introduire dans le *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics (RCA)* un nouvel article incitant les organismes publics à établir des devis en termes de performance et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives, et à ne pas recourir à des critères de conformité qui pourraient plutôt être traités comme des critères de qualité.



Article 511

Article 511 : Détails

Une entité contractante accorde, d'une manière compatible avec ses besoins raisonnables, un délai raisonnable aux fournisseurs pour préparer et présenter des soumissions valables, compte tenu de facteurs tels que :

- a) la nature et la complexité du marché;
- b) l'importance des sous-traitances anticipées;
- c) le temps nécessaire pour l'acheminement de la documentation relative à l'appel d'offres par voie non électronique.

Analyse : MEDEC reçoit régulièrement des commentaires de son membership à propos des délais très courts qui leurs sont accordés pour préparer leurs offres. Il n'est pas rare que le délai entre la publication de l'appel d'offres et la date de réception des soumissions soit de 2 ou 3 semaines, ce qui est extrêmement court pour des marchés parfois complexes comme la technologie médicale. Cette pratique n'est pas compatible avec l'intérêt public ni avec les principes de l'article 2 de la LCOP.

Recommandation : Introduire à l'article 4 du RCA un alinéa prévoyant un délai « raisonnable » permettant aux fournisseurs de présenter des soumissions valables compte tenu de la nature et de la complexité du marché.

Article 512

Article 512 : Négociation

1. Si cela est compatible avec sa législation, une Partie peut prévoir que ses entités contractantes procèdent à des négociations avec les fournisseurs si, selon le cas :
 - a) l'entité contractante a indiqué son intention de procéder à des négociations dans l'avis d'appel d'offres requis à l'article 506;
 - b) il apparaît d'après l'évaluation de l'entité contractante qu'aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiques énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres.
2. Une entité contractante fait en sorte que l'élimination de fournisseurs participant aux négociations se fasse selon les critères d'évaluation énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres, et, selon le cas :
 - a) si les négociations sont menées simultanément avec plusieurs fournisseurs, elle prévoit la même échéance pour la présentation de toutes soumissions nouvelles ou révisées pour les fournisseurs participants;
 - b) si les négociations sont menées consécutivement avec un fournisseur à la fois, elle prévoit une échéance pour la présentation de toute soumission nouvelle ou révisée pour le fournisseur participant avant d'engager des négociations avec le fournisseur classé au rang suivant.
3. Dans le cadre des négociations, une entité contractante n'accorde pas d'avantage indu à un fournisseur, et n'établit pas de discrimination à l'égard d'un fournisseur.



Analyse : La notion de négociation dans les contrats d'approvisionnement au Québec n'existe pas. À l'issue de l'appel d'offres, le ou les fournisseurs retenus sont partie d'un contrat d'adhésion selon des gabarits fixés d'avance comportant des termes et conditions non discutables. Cette pratique est un enjeu majeur pour les membres de MEDEC et c'est pourquoi l'association insiste depuis longtemps pour qu'un espace de dialogue – ou de négociation – soit aménagé dans le cadre des appels d'offres, en particulier pour les dossiers de haute technologie. Ainsi, on pourrait permettre dans les marchés publics en santé la possibilité d'un « dialogue compétitif » à l'instar de ce qu'on a maintenant permis dans les dossiers de technologies de l'information.

Recommandation : Ajouter au *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics* les dispositions nécessaires pour permettre des négociations et un dialogue compétitif.

Article 513

Article 513 : Appel d'offres limité

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, et à condition qu'elle n'utilise pas la présente disposition dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre Partie ou protège ses propres fournisseurs, une entité contractante peut recourir à l'appel d'offres limité dans les circonstances suivantes :

Analyse : À l'instar de la LCOP, l'ALEC comporte des dispositions permettant le recours aux « appels d'offres limités », soit l'équivalent d'un contrat de gré à gré dans la LCOP. En revanche, l'ALEC indique spécifiquement que ce mode d'attribution ne doit pas servir à éviter la concurrence ou à discriminer parmi les fournisseurs. MEDEC incite le législateur à introduire aussi ces conditions dans son cadre normatif.

Recommandation : Modifier l'article 13 de la LCOP en introduisant la condition de ne pas éviter la concurrence ou de discriminer les fournisseurs en concluant un contrat de gré à gré.

Article 516

Article 516 : Transparence des renseignements relatifs aux marchés

Renseignements communiqués aux fournisseurs

1. Une entité contractante informe dans les moindres délais les fournisseurs participants des décisions qu'elle a prises concernant l'adjudication du marché et, si un fournisseur le lui demande, elle le fait par écrit. Sous réserve de l'article 517, une entité contractante expose, sur demande, à un fournisseur non retenu les raisons pour lesquelles elle n'a pas retenu sa soumission.



Analyse : La rétroaction offerte aux fournisseurs non retenus au Québec est trop souvent jugée insuffisante et manque de transparence, en particulier lorsque des comités de sélection sont impliqués et qu'aucun processus de négociation ou de dialogue n'est prévu. Il ne suffit pas d'annoncer à un soumissionnaire que sa soumission n'a pas été jugée conforme sur une base technique ou que son niveau de qualité était insuffisant sans étayer ni justifier l'évaluation. D'ailleurs, toute la question de la gestion des comités de sélection en santé au Québec est un enjeu de plus en plus sensible en particulier avec la tendance de regrouper les achats parfois à l'échelle provinciale. Il n'est pas simple d'uniformiser les besoins entre des établissements parfois très différents et plusieurs groupes d'utilisateurs hétéroclites qui hésitent à adhérer à des contrats qu'ils jugent inappropriés pour leurs besoins spécifiques. C'est d'ailleurs pour inciter les cliniciens à se conformer aux achats de groupe qu'on a introduit au Québec des ristournes obligatoires servant de levier administratif pour les établissements concernés, quitte à soulever des enjeux éthiques, juridiques et économiques significatifs pour les fournisseurs obligés de les payer.

Recommandation : Renforcer l'article 12 du RCA pour le rendre conforme aux dispositions de l'article 516 de l'ALEC et informer les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue.

Article 517

Article 517 : Divulcation de renseignements

1. Nonobstant toute autre disposition du présent chapitre, une entité contractante ne communique pas à un fournisseur particulier des renseignements qui pourraient nuire à la concurrence loyale entre fournisseurs.

Analyse : MEDEC tient à souligner l'importance de transparence et de divulgation des renseignements relatifs aux marchés publics en s'assurant de faire en sorte de promouvoir la concurrence saine sur le marché. Or, les membres de MEDEC rapportent deux cas de figure où la publication de renseignements pouvant nuire à la concurrence loyale entre fournisseurs survient régulièrement au Québec :

1. Publication des résultats par lots pouvant permettre le calcul du prix unitaire soumis par l'attributaire du contrat.
2. Annulation d'un appel d'offres suivie par la publication de la valeur des offres soumises par chacun des soumissionnaires puis publication d'un nouvel appel d'offres pour les mêmes biens.

MEDEC exhorte le législateur à revoir son cadre normatif et les pratiques en cours pour veiller à ne pas divulguer des renseignements commercialement sensibles pouvant affecter négativement la concurrence.



Recommandation : Modifier l'article 22 de la LCOP et 38 du RCA pour qualifier la publication de renseignement en fonction de la protection de la concurrence loyale entre fournisseurs.

Article 518

Article 518 : Procédures de recours

Procédures de recours administratifs ou judiciaires

1. Chaque Partie établit une procédure de recours administratif ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire au moyen de laquelle un fournisseur canadien peut déposer un recours, selon le cas :

- a) pour violation du présent chapitre;
- b) dans les cas où le fournisseur n'a pas le droit de déposer directement un recours pour violation du présent chapitre en vertu de la législation d'une Partie, pour non-respect de mesures prises par une Partie pour mettre en œuvre le présent chapitre,

dans le contexte de la passation d'un marché couvert dans lequel le fournisseur a, ou a eu, un intérêt.

Analyse : L'article 518 de l'ALEC comporte plusieurs dispositions quant aux recours et au traitement des plaintes de fournisseurs. Or, le projet de loi ne modifie en rien la Loi sur l'Autorité des marchés publics qui reste à être instaurée ni n'ajoute de référence aux procédures de recours à la LCOP.

Recommandation : S'assurer de la concordance entre l'ALEC, la Loi sur l'Autorité des marchés publics et la LCOP en ce qui a trait aux procédures de recours des fournisseurs.

Conclusion

Comme les parlementaires auront pu le constater à la lecture de nos commentaires, le projet de loi n° 171 est donc une occasion significative à saisir pour mettre à niveau le cadre législatif normatif des marchés publics du Québec, en particulier dans le secteur de la santé. MEDEC rappelle que la **Stratégie québécoise des sciences de la vie**, annoncée en 2017, prévoit une révision des marchés publics en santé pour mieux faire correspondre les impératifs d'intégration de l'innovation dans le Réseau à la réalité des entreprises du secteur qui innovent mais qui trouvent difficilement leur place dans les marchés québécois. Ce fait a été maintes fois documenté, en particulier dans le rapport du **Conseil consultatif sur l'économie et l'innovation** (rapport Leroux), le rapport de l'**Institut du Québec sur l'adoption d'innovations en santé au Québec** (rapport Bachand) et le rapport du **Comité de travail sur l'entrepreneuriat des jeunes entreprises** (rapport Poëti).



MEDEC

CANADA'S MEDICAL TECHNOLOGY COMPANIES
LES SOCIÉTÉS CANADIENNES DE TECHNOLOGIES MÉDICALES

1, Place-Ville-Marie, bureau 2901
Montréal (Québec) H3B 0E9
T : 514 217-1167
www.medec.org

7

En attendant le lancement des travaux de révision des marchés publics prévus par le Conseil du trésor, ainsi que la poursuite des essais d'approvisionnements fondés sur la valeur en cours dans les groupes d'approvisionnement en commun en santé, MEDEC espère que ses commentaires sur le projet de loi seront entendus.

Comme toujours, nous restons disponibles dans l'intervalle pour toute question ou demande d'information supplémentaire à ce sujet et nous vous assurons de notre entière collaboration dans ce dossier.

Veuillez recevoir, Monsieur le Président, mes salutations distinguées.

Le vice-président Québec,

Benoît Larose

MEDEC – Les sociétés canadiennes de technologies médicales
BLarose@medec.org - 514 217-1167

c. c. M. Robert Poëti, ministre délégué à l'Intégrité des marchés publics et aux Ressources
informationnelles