

Bureau de l'ombud de l'approvisionnement

Demandes de propositions avec négociations

Mai 2025



Gouvernement
du Canada

Bureau de l'ombud
de l'approvisionnement

Government
of Canada

Office of the
Procurement Ombud

Canada 

Bureau de l'ombud de l'approvisionnement

Le Bureau de l'ombud de l'approvisionnement (BOA) est une organisation du gouvernement du Canada neutre et indépendante, qui travaille en collaboration avec les organisations fédérales et les entreprises canadiennes pour promouvoir l'équité, l'ouverture et la transparence du processus d'approvisionnement fédéral. Le BOA s'acquitte de ce mandat en mettant en relation les intervenants, en enquêtant sur les plaintes, en réglant les problèmes, en formulant des recommandations et en communiquant les pratiques exemplaires.

En 2018, le BOA a lancé l'initiative d'approfondissement et de partage des connaissances (APC) afin de mieux comprendre les principaux enjeux de l'approvisionnement fédéral. Ces études d'APC fournissent une plateforme qui permet au BOA de mener des recherches plus vastes sur les causes profondes des problèmes liés à l'approvisionnement actuels, de mieux comprendre les problèmes liés à l'approvisionnement qui se profilent à l'horizon et de fournir des conseils utiles aux fournisseurs et au gouvernement fédéral.

Remerciements

Le BOA tient à remercier les personnes interrogées des ministères fédéraux participants, des provinces et des municipalités canadiennes et des associations de l'industrie pour leur généreuse contribution à cette étude.

Demandes de renseignements

Veillez transmettre toute demande de renseignements à l'adresse suivante :

Bureau de l'ombud de l'approvisionnement
410, avenue Laurier Ouest, bureau 400
Ottawa (Ontario)
K1R 1B7
Canada

Téléphone : 1-866-734-5169

Service ATS sans frais (pour les personnes malentendantes) : 1-800-926-9105

Courriel : ombudsman@opo-boa.gc.ca

N° de cat. : P114-26/2025F-PDF

ISBN : 978-0-660-76878-6

Table des matières

1.0 Introduction.....	1
1.1 Objectif de l'étude.....	1
1.2 Contexte	1
1.3 Méthodologie	2
2.0 Renseignements généraux.....	2
2.1 Évolution du format des appels d'offres avec des contrats A/B au Canada	2
2.2 Obligations implicites en vertu du modèle d'appel d'offres avec des contrats A/B.....	3
2.3 Risques et défis du format d'appel d'offres avec des contrats A/B	3
3.0 Aperçu des demandes de propositions avec négociations au Canada.....	8
3.1 Caractéristiques d'une demande de propositions avec négociations	8
3.2 Aucun obstacle dans les lois ou les accords commerciaux.....	10
3.3 Avantages des demandes de propositions avec négociations	11
3.4 Utilisation du format d'appel d'offres de demandes de propositions avec négociations - Risques et stratégies d'atténuation.....	12
3.5 Pratiques relatives aux demandes de propositions avec négociations aujourd'hui dans les provinces et les municipalités canadiennes.....	14
4.0 Pourquoi le gouvernement fédéral hésite à adopter la demande de propositions avec négociations	15
5.0 Orientation pour l'avenir.....	17
6.0 Conclusion	19
Annexe A - Pratiques exemplaires provinciales et municipales pour les demandes de propositions avec négociations	20

1.0 Introduction

1.1 Objectif de l'étude

L'objectif de cette étude d'APC consiste à examiner si le gouvernement fédéral devrait adopter le format d'appel d'offres des demandes de propositions (DP) avec négociations dans certaines circonstances en tant qu'option plus souple par rapport aux formats d'appel d'offres traditionnels, et comme moyen d'obtenir de meilleurs résultats et de régler les problèmes récurrents liés aux marchés concurrentiels, en particulier ceux qui sont plus complexes.

1.2 Contexte

Une DP avec négociations correspond à un format d'appel d'offres non contraignant qui permet à une entité contractante d'entamer des négociations sur des aspects précis d'un contrat proposé, comme la solution ou l'approche proposée pour les travaux et le prix de soumission associé. Ces négociations ont lieu avec un ou plusieurs soumissionnaires conformes après qu'une évaluation initiale a été terminée et que les soumissionnaires ont été classés. Cela diffère d'un format de DP traditionnelle qui exige que les soumissionnaires présentent une soumission irrévocable et ne permet pas de négocier, de préciser l'exigence ou de modifier le prix de la soumission après l'évaluation des soumissions.

Les DP avec négociations sont largement utilisées par de nombreuses provinces et municipalités canadiennes depuis plus de dix ans, et la souplesse du format des DP avec négociations est largement considérée comme ayant contribué à améliorer la concurrence, les solutions et la valeur, et à atténuer bon nombre des risques juridiques associés aux formats d'appel d'offres traditionnels.

Le gouvernement fédéral, quant à lui, sollicite le plus souvent des soumissions à l'aide de formats d'appel d'offres traditionnels tels que les invitations à soumissionner, les demandes de propositions et les demandes de prix, qui sont fondées sur ce qu'on appelle le format d'appel d'offres avec des contrats A/B.¹ L'utilisation de ce format d'appel d'offres moins souple avec ses risques inhérents a souvent conduit à se fier à des critères trop restrictifs, à des exigences techniques prescriptives et à des exigences onéreuses de soumission par les soumissionnaires, ce qui peut avoir pour effet de réduire le bassin de soumissionnaires potentiels et donc de ne pas tirer parti des tensions concurrentielles. Cette dépendance vise principalement à éviter les contestations judiciaires de la part des fournisseurs et a donné lieu à des processus d'approvisionnement souvent inutilement complexes et lourds.

[Le rapport annuel de l'ombud de l'approvisionnement 2023-2024 - Agissons maintenant](#) a souligné la nécessité d'apporter des changements pour résoudre les problèmes de longue date

¹Le gouvernement mène des activités préalables à la demande de soumissions au moyen de mécanismes tels que les demandes de renseignements, les lettres d'intérêt, les exercices d'examen et de perfectionnement des exigences et d'autres processus de présélection tels que les demandes de qualification, les invitations à se qualifier, les demandes d'offre à commandes et les demandes d'arrangements en matière d'approvisionnement. Ces processus n'étaient pas non plus visés par la présente étude, car ils n'aboutissent pas directement à l'attribution d'un contrat.

liés à l'approvisionnement fédéral. Le BOA espère que cette étude incitera le gouvernement fédéral à envisager l'adoption des DP avec négociations dans certains contextes, dans le but de régler certains de ces enjeux de longue date.

1.3 Méthodologie

Les recherches du BOA ont porté sur les éléments suivants :

- La documentation universitaire et juridique relative aux formats d'appel d'offres flexibles
- Les décisions juridiques historiques relatives aux obligations en vertu des contrats A/B et des formats d'appel d'offres flexibles comme les DP avec négociations
- Divers accords commerciaux auxquels le Canada est signataire, des exigences législatives, juridiques et réglementaires, ainsi que des politiques, des procédures et des clauses des demandes de soumissions du Conseil du Trésor (CT), de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) et de Services partagés Canada (SPC)
- Les modèles de DP avec négociations provinciaux et municipaux et les DP avec négociations réelles

Le BOA a également interrogé des représentants du gouvernement fédéral, des responsables de l'approvisionnement de plusieurs administrations provinciales et municipales et des représentants d'associations de l'industrie.

2.0 Renseignements généraux

2.1 Évolution du format des appels d'offres avec des contrats A/B au Canada

Le format traditionnel d'appel d'offres avec des contrats A/B couramment utilisés dans les processus d'approvisionnement fédéraux est ancré dans la jurisprudence canadienne. Dans sa décision historique de 1981, *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, la Cour suprême du Canada (CSC) a créé une nouvelle structure juridique pour les appels d'offres concurrentiels au Canada, qui a été définie par deux décisions subséquentes de la CSC qui s'appuyaient sur les interprétations de cette nouvelle structure.¹

La première de ces décisions de la CSC est souvent appelée « Ron Engineering ». À des fins contextuelles, Ron Engineering a présenté en 1972 un appel d'offres pour un projet de construction à North Bay, en Ontario. L'entreprise a présenté la soumission conforme au prix le plus bas, mais ne s'est rendue compte qu'elle avait commis une erreur importante dans le prix de sa soumission qu'après que les appels d'offres aient été ouverts publiquement. L'entreprise n'a pas retiré sa soumission, mais a refusé de signer le contrat subséquent et a demandé le remboursement de sa caution de soumission. L'entité acheteuse a cependant conservé la caution de soumission et Ron Engineering a intenté une poursuite pour obtenir son remboursement.

L'affaire est finalement parvenue à la CSC, qui a statué que la conduite des parties à la demande de soumissions concurrentielle avait donné lieu à deux contrats, dont l'un a été

appelé contrat A, créé individuellement entre l'entité contractante et chaque soumissionnaire qui présente une soumission conforme et qui régit le processus jusqu'à l'attribution d'un contrat officiel. Le deuxième, appelé contrat B, est le contrat attribué tel qu'il a été remis au soumissionnaire conforme retenu. Deux décisions subséquentes ont défini davantage les contrats A/B. Premièrement, dans l'affaire *Martel Building Ltd. c Canada*, la CSC a précisé que le contrat A comprend l'obligation de traiter tous les soumissionnaires de manière juste et égale.² Dans l'affaire *Naylor Group Inc. c Ellis-Don Construction*, la CSC a déclaré que dans les processus concurrentiels en vertu du contrat A, les entités contractantes ont l'obligation d'attribuer un contrat au soumissionnaire retenu.³

2.2 Obligations implicites en vertu du modèle d'appel d'offres avec des contrats A/B

Les décisions des tribunaux subséquentes à l'arrêt *Ron Engineering* ont établi des règles d'appel d'offres avec des contrats A/B qui doivent être respectées par l'entité contractante et le soumissionnaire lorsque ce format est utilisé. Compte tenu de la nature contractuelle du processus, la violation de l'une ou l'autre de ces règles est considérée comme une rupture de contrat. Les soumissionnaires doivent se conformer à certaines règles pour que leurs soumissions soient considérées comme conformes, comme le respect de toutes les conditions de la demande de soumissions et de toutes les exigences obligatoires, et la présentation d'une soumission irrévocable qui doit demeurer valide pour la période précisée dans la demande de soumissions. De plus, les soumissionnaires ne sont pas autorisés à modifier leurs soumissions après la clôture de la période de soumission. En contrepartie, l'entité contractante assume un certain nombre d'obligations implicites :

- l'obligation d'équité³;
- l'obligation de divulguer tous les renseignements importants⁴;
- l'obligation de mener une concurrence équitable²;
- l'obligation de rejeter les soumissions non conformes⁵;
- l'obligation d'attribuer le contrat tel qu'il a été soumissionné⁵;
- l'obligation d'adjudication au soumissionnaire retenu³.

2.3 Risques et défis du format d'appel d'offres avec des contrats A/B

Le format d'appel d'offres avec des contrats A/B a créé des défis pour les entités contractantes et les soumissionnaires. Étant donné que les demandes de soumissions dans le cadre des contrats A/B nécessitent des soumissions irrévocables, les soumissionnaires et les entités contractantes ont peu d'occasions d'échanger des idées, de demander des modifications aux soumissions, de corriger des erreurs ou de peaufiner les exigences pour mieux répondre aux besoins de l'entité contractante, sans craindre un nouvel appel d'offres ou un litige. Les tribunaux canadiens ont strictement appliqué les obligations implicites en vertu du format des contrats A/B, ce qui a donné lieu à de nombreuses réclamations de la part des soumissionnaires pour perte de profits, même lorsque l'entité contractante a rédigé des clauses dans la demande de soumissions pour éviter la création d'une relation de contrats A/B. Par exemple, dans

l'affaire *Tercon Contractors Ltd. c Colombie-Britannique*, la CSC a annulé une clause d'un contrat protégeant le gouvernement contre toutes les réclamations relatives à une demande de soumissions dans le cadre de contrats A/B, déclarant le gouvernement de la Colombie-Britannique responsable de 3,3 millions de dollars de profits perdus après avoir attribué un contrat à un soumissionnaire non conforme.⁵

À l'heure actuelle, le gouvernement fédéral canadien est une exception dans son utilisation continue des contrats A/B par rapport aux provinces et aux municipalités canadiennes et à d'autres pays. De nombreuses autres administrations dans le monde empêchent la création de contrats A/B ou limitent leur création au moment où l'entité contractante énonce explicitement son intention de créer le contrat A. Par exemple, au Royaume-Uni, la Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles, dans l'affaire *Adferiad Recovery Ltd. v. Aneurin Bevan University Health Board*⁶, a fermement rejeté que les principes du contrat A (connu sous le nom de contrat de processus) s'appliquent à tous les demandes de soumissions concurrentielles. La Cour a souligné que les contrats A/B n'existent que lorsque l'entité contractante exprime son intention de les conclure et qu'ils peuvent être explicitement évités par un libellé clair dans la demande de soumissions. Aux États-Unis, la *Sovereign Acts Doctrine* empêche les fournisseurs de faire des réclamations de type contrat A⁷, ce qui signifie que les plaignants n'ont pas de recours juridique pour être indemnisés pour la perte de profits en vertu d'un contrat A.

Les responsables de l'approvisionnement provinciaux et municipaux canadiens et les membres de l'industrie interrogés dans le cadre de cette étude ont été unanimes pour affirmer que le format des contrats A/B présente des défis. Les représentants provinciaux et municipaux s'inquiétaient de leur incapacité à tenir des discussions avec les soumissionnaires, à collaborer à l'élaboration de l'exigence et à finaliser les modalités du contrat. Cela pourrait possiblement entraîner la nécessité d'annuler la demande de soumissions et de relancer un appel d'offres, ou entraîner un malentendu entre l'entité contractante et l'entrepreneur. Plusieurs fonctionnaires provinciaux estiment également que le manque de consultation des soumissionnaires potentiels, conjugué aux situations où le client ou l'utilisateur final n'a peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour définir correctement ses besoins opérationnels, comme c'est souvent le cas pour les achats de TI, peut amener l'entité contractante à accepter une proposition dans son intégralité même si elle ne le souhaite pas.

La plupart des membres de l'industrie interrogés ont exprimé leur frustration de ne pas pouvoir parler à quelqu'un qui possède l'expertise technique requise pour résoudre les problèmes liés à la description du travail pendant le processus de demande de soumissions. Un membre de l'industrie s'est dit préoccupé par le fait qu'il est tenu de lire dans les pensées de l'entité contractante, de sorte que chaque soumissionnaire peut interpréter les exigences d'une manière légèrement différente. D'autres personnes interrogées ont déclaré que cela met l'industrie en danger financièrement, car elle doit faire des hypothèses sur la façon de gérer les risques importants. Par exemple, les exigences de construction comportent des risques de conception et des conditions imprévues du site qui peuvent entraîner des dépassements de coûts. Un autre représentant de l'industrie a estimé que des exigences mal définies peuvent

entraîner une dérive de la portée des contrats, ce qui entraîne des ordres de modification de contrat itératifs et une solution plus coûteuse. La plupart des représentants provinciaux et municipaux se sont dit préoccupés par le fait que le manque de collaboration entre les soumissionnaires et l'entité contractante risque de coûter plus cher que prévu.

Une personne interrogée de l'industrie a estimé que l'approche d'approvisionnement uniforme est « maladroite et pleine de paperasserie », tandis qu'une autre a ajouté qu'elle est aggravée par l'inclusion d'exigences obligatoires excessives qui peuvent éliminer des fournisseurs autrement viables « dès le départ ». Ces opinions ont été relayées par de nombreux fonctionnaires provinciaux et municipaux, qui ont estimé que le format des contrats A/B les place dans une position où ils doivent rejeter des soumissions par ailleurs valides parce que le soumissionnaire s'oppose à certaines modalités, ou en raison d'erreurs administratives mineures telles que le fait de ne pas remplir les formulaires de soumission obligatoires, des documents manquants, des erreurs mathématiques, ou des problèmes avec les cautions de soumission.

En ce qui concerne la concurrence, certains fonctionnaires provinciaux et municipaux estiment que le bassin de soumissionnaires pourrait être plus petit dans le cadre du format des contrats A/B en raison du fait que les travaux ne sont pas correctement définis pour refléter les pratiques de l'industrie ou du manque d'occasions de négocier les modalités. Étant donné que les modalités ne sont généralement pas flexibles, plusieurs fonctionnaires municipaux jugent que les prix des soumissions peuvent être gonflés pour tenir compte des risques potentiels, car le soumissionnaire retenu doit assumer davantage de risques.

La plupart des fonctionnaires provinciaux ont déclaré qu'ils courent un risque plus élevé de contestations judiciaires, y compris des réclamations pour perte de profits, lorsqu'ils utilisent l'approche d'appel d'offres avec des contrats A/B. L'une des personnes interrogées a déclaré que les soumissionnaires sont plus enclins à se plaindre d'un processus de contrats A/B que d'une DP avec négociations.

Du point de vue fédéral, plusieurs fonctionnaires ont déclaré que le format d'appel d'offres avec des contrats A/B exige beaucoup de ressources et un long processus de planification pour définir les exigences et élaborer des critères d'évaluation. En ce qui concerne l'approvisionnement en technologie, comme la technologie évolue si rapidement, une personne interrogée a déclaré qu'elle doit répondre à une pléthore de questions de soumissionnaires potentiels pendant la période de demande de soumissions, ce qui entraîne la nécessité de reporter la date de clôture des soumissions ou de modifier, entre autres, l'exigence ou les critères d'évaluation. Les propriétaires d'entreprises gouvernementales ne prennent pas nécessairement le temps ou l'expertise nécessaires pour bien définir leurs besoins, ou préfèrent répéter ce qu'ils ont fait dans le passé, ce qui se traduit par un faible nombre de soumissions, voire parfois aucune soumission. Lorsqu'une exigence n'est pas clairement définie, les fournisseurs peuvent mal comprendre ce qu'elle exige, mais soumettre des soumissions en vertu de cette interprétation erronée. Cela pourrait entraîner des situations dans lesquelles ils sont jugés non conformes et soumettent par la suite une plainte.

Un autre fonctionnaire fédéral a parlé du meilleur rapport qualité-prix, s'inquiétant des coûts de renonciation lorsque le gouvernement utilise des formats d'appel d'offres moins souples comme les contrats A/B qui ne permettent pas les négociations, et s'est demandé ce que le gouvernement pourrait laisser sur la table. Le fonctionnaire s'est également demandé si le gouvernement obtenait vraiment la meilleure entente ou la meilleure solution, ou tirait parti de la technologie. Si le gouvernement pouvait négocier certains des paramètres finaux, la personne interrogée a affirmé qu'il pourrait être en mesure d'obtenir un meilleur résultat en termes de portée et de prix.

Un autre problème est que le gouvernement fédéral semble rarement faire valoir ses droits en vertu du contrat A de réclamer la caution de soumission lorsque les soumissionnaires retenus n'honorent pas leurs soumissions irrévocables et ne signent pas le contrat. De plus, même en l'absence d'obligation, le gouvernement peut toujours réclamer au soumissionnaire défaillant la différence entre sa soumission et le montant payé au soumissionnaire suivant, mais c'est rarement, voire jamais le cas. Par conséquent, aucune des parties ne bénéficie vraiment d'un processus de contrats A/B. D'une part, les soumissionnaires sont limités par la rigidité du processus et, d'autre part, le gouvernement ne bénéficie pas de la protection contre les soumissionnaires qui ne respectent pas leurs obligations en vertu du contrat A.

Dans une évaluation annuelle du risque des pratiques d'approvisionnement des pays du monde entier, un expert reconnu en droit de l'approvisionnement a toujours classé le gouvernement canadien comme ayant un niveau élevé de risque en matière d'approvisionnement, attribuable en grande partie à l'ampleur des contestations de soumissions qui entraînent des pertes de profits, ainsi qu'aux recours procéduraux tels que les ordonnances de réévaluation et les ordonnances de récession.⁸ Ces réclamations peuvent coûter cher au gouvernement fédéral et perturber les processus d'approvisionnement, et elles sont aussi rendues plus probables par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), qui les applique relativement fréquemment.⁹ De plus, un important cabinet d'avocats canadien a affirmé que le Canada connaît plus de litiges en matière d'approvisionnement que presque tous les autres pays du monde, ce qui rend les fournisseurs et les entités contractantes « hyper conscients du potentiel de litige », et les entités contractantes comparativement défavorables aux risques.¹⁰

Pratiques du gouvernement fédéral pour offrir plus de souplesse

Au cours des dernières années, le gouvernement fédéral a mis en place des pratiques qui, collectivement, visent à mobiliser les fournisseurs, à réduire la nécessité de rejeter de bonnes soumissions ou de bons soumissionnaires et à éviter d'avoir à relancer un appel d'offres. Bien que les objectifs de ces pratiques soient similaires à ceux des DP avec négociations, elles n'offrent toujours pas aux entités contractantes la même souplesse que les DP avec négociations. Selon la pratique, les fournisseurs peuvent être embauchés avant la publication de la demande de soumissions officielle, pendant la période de demande de soumissions ou, comme les DP avec négociations, après la réception des soumissions et la réalisation d'une évaluation initiale.

i. Cadre d'approvisionnement Agile 3.0 de Services partagés Canada (SPC)

Avec ce cadre, lors de l'élaboration de la demande de soumissions, SPC réunit une équipe interfonctionnelle composée d'experts techniques et de la passation de marchés, avec des utilisateurs au centre de la conception, ainsi que des facilitateurs spécialisés dans la clarté, la transparence des marchés et la pensée conceptuelle. Plutôt que de se concentrer sur les spécifications, l'équipe définit le problème que le client veut résoudre, établit une courte liste d'exigences minimales viables et cerne les contraintes et les défis.

Avant que la demande de soumissions ne soit officiellement publiée, de multiples consultations ont lieu avec l'industrie par le biais de webinaires, de processus d' « invitation à peaufiner » et de rencontres individuelles avec les fournisseurs pour discuter ouvertement de l'exigence. Toutes ces activités visent à finaliser le document de demande de soumissions. Contrairement aux DP avec négociations, aucune négociation avec les soumissionnaires n'a lieu pendant le processus d'évaluation.

ii. Réunions confidentielles sur le plan commercial

SPAC et SPC tiennent parfois des réunions confidentielles sur le plan commercial avec les soumissionnaires potentiels intéressés avant la clôture des soumissions pour discuter des aspects commerciaux confidentiels qui sont uniques à la soumission proposée par le fournisseur et pour les aider à élaborer des solutions optimales et conformes. Le processus est conçu pour s'assurer que les soumissionnaires potentiels peuvent discuter d'aspects uniques de leur offre dans un cadre confidentiel et leur permet également de fournir au gouvernement des commentaires et des rétroactions sur la demande de soumissions. Toutes les discussions et communications, y compris les documents écrits échangés, ne sont pas contraignantes et ne portent pas préjudice au Canada ou au fournisseur, à moins que ces renseignements ne soient inclus dans une modification à la demande de soumissions. Lorsque le gouvernement détermine qu'il a fourni au fournisseur des renseignements qui clarifient ou complètent la demande de soumissions, il fournit ces renseignements à tous les soumissionnaires potentiels, en supprimant tout renseignement commercial de nature confidentielle pour un soumissionnaire.

Il n'y a actuellement aucune directive stratégique officielle du gouvernement fédéral sur les réunions confidentielles sur le plan commercial, de sorte que la compréhension du BOA des réunions confidentielles sur le plan commercial est fondée sur un examen des clauses coutumières (par opposition aux clauses types) utilisées dans les demandes de soumissions applicables. Le BOA a donc peu de connaissances sur l'ampleur de l'utilisation des réunions confidentielles sur le plan commercial au gouvernement fédéral.

iii. Processus de conformité des soumissions en phases

La politique sur le processus de conformité des soumissions en phases (PCSP) a été introduite par SPAC en 2017 pour permettre aux soumissionnaires de fournir des renseignements manquants à leurs soumissions financières après la clôture des soumissions et de rectifier une constatation de non-conformité à l'égard des « exigences obligatoires admissibles »¹¹ désignées ou des critères d'évaluation technique obligatoires spécifiés. Les résultats attendus de la politique du PCSP sont « d'appuyer les objectifs du gouvernement en matière de concurrence et de meilleur rapport qualité-prix en augmentant le nombre de soumissions conformes ».

La première phase du processus donne aux soumissionnaires l'occasion de fournir toute information financière manquante dans leurs soumissions. La deuxième phase consiste à évaluer uniquement les soumissions contenant tous les renseignements financiers requis, afin de déterminer si les soumissionnaires respectent les exigences obligatoires admissibles. Une fois que l'équipe d'évaluation a terminé l'évaluation initiale des soumissions, tout soumissionnaire qui ne démontre pas sa conformité aux exigences obligatoires admissibles désignées a la possibilité de rectifier sa soumission en fournissant des renseignements supplémentaires ou différents liés à ces éléments de la demande de soumissions.

Lorsqu'un soumissionnaire soumet des renseignements supplémentaires ou différents, l'équipe d'évaluation examine ces renseignements et détermine si la soumission est conforme à toutes les exigences obligatoires admissibles. Les soumissions qui ne démontrent pas la conformité ne sont pas prises en considération. SPAC passe ensuite à la troisième et dernière phase, au cours de laquelle l'équipe d'évaluation évalue les soumissions restantes conformément au processus décrit dans la demande de soumissions et détermine le soumissionnaire retenu.

3.0 Aperçu des demandes de propositions avec négociations au Canada

3.1 Caractéristiques d'une demande de propositions avec négociations

La nature plus souple des DP avec négociations permet aux entités contractantes d'éviter bon nombre des exigences onéreuses associées aux contrats A/B. Par exemple :

- Les soumissions sont révocables et peuvent être retirées à tout moment pendant le processus de demande de soumissions, y compris après la date de clôture des soumissions et après que la soumission a été jugée conforme.
- Les négociations sont autorisées avec un ou plusieurs soumissionnaires conformes, consécutivement ou simultanément.

- Les négociations peuvent être utilisées pour clarifier certains aspects des soumissions, obtenir des renseignements supplémentaires au besoin et cerner les points faibles des soumissions qui pourraient être améliorés.
- Les soumissionnaires ont la possibilité de corriger les irrégularités associées aux exigences de soumission obligatoire, aux lacunes de nature administrative ou aux irrégularités de prix, ce qui augmente la possibilité de soumissions plus conformes.
- Ni l'entité contractante ni le ou les soumissionnaires participant aux négociations ne sont tenus de conclure un contrat.

Au cours des dix dernières années, deux formats de négociation dans le cadre de la DP avec négociations sont devenus des outils efficaces qui évitent les restrictions du contrat A, tout en respectant les lois commerciales nationales et internationales. Il s'agit notamment des négociations « consécutives » et des négociations « simultanées ». Les provinces et les municipalités interrogées utilisent des variantes de ces formats, et les pratiques évoluent continuellement. Le présent rapport reflète les pratiques actuelles dans les provinces et les municipalités canadiennes interrogées par le BOA en 2024.

Le format de négociation *consécutif* est la méthode dominante utilisée par les provinces et les municipalités interrogées. Avec ce format, les soumissions sont évaluées conformément aux critères d'évaluation énoncés dans la demande de soumissions, notées et classées en fonction des soumissionnaires conformes. L'entité contractante peut choisir d'entamer une étape de dialogue avec le soumissionnaire conforme le mieux classé ou d'attribuer un contrat à ce soumissionnaire sans aucune négociation. Si les parties ne parviennent pas à une entente définitive, les négociations avec ce soumissionnaire cessent et l'entité contractante peut entamer des négociations avec le soumissionnaire conforme suivant. S'ils parviennent à une entente, un contrat est attribué à ce soumissionnaire. Le processus se poursuit par les soumissionnaires classés jusqu'à ce qu'un contrat soit conclu avec l'un d'entre eux. Dans tous les cas, l'entité contractante peut décider de ne pas aller de l'avant avec le contrat ou le soumissionnaire peut décider de retirer sa soumission.

Dans le cadre des négociations *simultanées*, les soumissionnaires présentent des soumissions et l'entité contractante entame des discussions simultanées pendant une période préétablie avec plusieurs soumissionnaires présélectionnés classés après l'évaluation préliminaire. Au cours de l'étape du dialogue, les soumissionnaires ont la possibilité de réviser ou d'améliorer leurs soumissions s'ils le souhaitent, ce qui peut avoir pour effet d'améliorer leur pointage. À la fin de l'étape du dialogue, l'entité contractante peut choisir d'évaluer immédiatement les soumissions révisées et de choisir le soumissionnaire retenu, ou d'inviter officiellement les soumissionnaires à présenter leur meilleure offre finale dans un délai précis. Les soumissions sont ensuite évaluées et le classement final établi. Dans la plupart des cas, le contrat est attribué au soumissionnaire final le mieux classé, bien qu'aucune des parties ne soit obligée de conclure un contrat.

3.2 Aucun obstacle dans les lois ou les accords commerciaux

Les accords commerciaux et les décisions des tribunaux postérieurs à Ron Engineering reconnaissent la légitimité des formats d'appel d'offres alternatifs comme les DP avec négociations. Les accords commerciaux comme l'Accord de libre-échange canadien¹² (ALEC) et l'Accord économique et commercial global¹³ (AECG) reconnaissent explicitement les processus négociés. De plus, ils créent des obligations qui font partie intégrante de l'équité des processus de demande de soumissions concurrentiels qui utilisent des négociations et complètent les obligations générales qui s'appliquent à tous les processus d'approvisionnement du gouvernement. Par exemple :

- 1) Il doit y avoir une intention divulguée d'utiliser un processus de négociation : Une entité contractante ne peut entamer des négociations que si elle a indiqué son intention dans l'avis d'intention de marché [paragraphe 512(1a) de l'ALEC, article 19.11(1a) de l'AECG];
- 2) Les règles de négociation doivent être transparentes : L'élimination des soumissionnaires doit être effectuée conformément aux critères d'évaluation publiés. De plus, lorsqu'ils mènent des négociations simultanées, tous les soumissionnaires doivent avoir une date limite commune pour présenter des soumissions nouvelles ou révisées. Lorsqu'il mène des négociations consécutives, le soumissionnaire doit avoir une date limite pour présenter toute soumission nouvelle ou révisée avant que les négociations avec le soumissionnaire suivant commencent [paragraphe 512(2) de l'ALEC, paragraphe 19.11(2) de l'AECG];
- 3) Les comportements déloyaux ou discriminatoires à l'égard d'un fournisseur donné sont interdits : Les entités contractantes ne doivent pas accorder d'avantage indu à un fournisseur ou faire preuve de discrimination à l'égard des fournisseurs [article 512(3) de l'ALEC]. Bien que la liste suivante ne soit pas exhaustive et que d'autres facteurs liés à l'équité puissent s'appliquer aux circonstances d'une demande de soumissions donnée, les obligations ci-dessous soulignent l'exigence d'assurer l'équité dans le processus de DP avec négociations :
 - a. *Les règles du processus doivent être transparentes* : En plus d'énoncer les règles associées au processus de négociation, la demande de soumissions doit énoncer clairement les règles associées à l'application des critères d'évaluation et à la sélection du soumissionnaire retenu, et l'entité contractante doit respecter ces règles, sans être arbitraire;¹⁴
 - b. *Les critères d'évaluation doivent être appliqués de manière égale aux soumissionnaires restants* : Les critères d'évaluation obligatoires de la DP initiale ne doivent pas être assouplis ou appliqués différemment à différents soumissionnaires [article 512(1a) de l'ALEC]. De plus, toute modification des critères d'évaluation notée doit être fournie à tous les soumissionnaires encore en lice [paragraphe 510 (2) de l'ALEC, paragraphe 19.9(11) de l'AECG];

- c. *Les exigences obligatoires inutiles doivent être évitées* : les entités contractantes ne doivent pas établir de critères d'évaluation trop restrictifs [paragraphe 509(1) de l'ALEC],² et les critères d'évaluation obligatoires doivent servir un objectif opérationnel légitime;
- d. *Le contrat finalement attribué doit s'inscrire dans la portée initiale de l'appel d'offres* : Bien qu'il y ait une certaine souplesse pour négocier les exigences, les négociations ne peuvent pas être utilisées pour modifier les exigences obligatoires.¹⁵ Elles ne doivent qu'améliorer une soumission et ne doivent pas s'écarter de l'intention initiale de l'approvisionnement.¹⁶

Les décisions du TCCE ont reconnu la légitimité des DP avec négociations en examinant les cas fondés sur la conformité aux accords commerciaux applicables et au processus de négociation établi dans la demande de soumissions.¹⁷ Si les DP avec négociations n'étaient pas conformes aux accords commerciaux, les décisions du TCCE l'auraient reflété.

Les décisions des tribunaux ont également reconnu la légitimité des DP avec négociations. Dans l'affaire *M.J.B. Entreprises c. Construction de défense*,¹⁸ la CSC a statué que la fonction publique a le droit de choisir son propre format d'appel d'offres et n'est pas tenue d'utiliser les contrats A/B. Les formats d'appel d'offres comme les DP avec négociations sont donc autorisés, mais doivent tenir compte des exigences des accords commerciaux, le cas échéant.

3.3 Avantages des demandes de propositions avec négociations

Promotion de l'innovation

De par leur nature même, les DP avec négociations encouragent l'innovation et l'utilisation de techniques comme l'ingénierie de la valeur, ce qui rend les soumissions plus attrayantes pour les fournisseurs. Les soumissionnaires peuvent discuter avec l'entité contractante du coût d'investissement dans un élément du projet plutôt qu'un autre en vue d'obtenir une meilleure valeur et d'optimiser certains aspects du besoin. Par exemple, l'entité contractante et le soumissionnaire peuvent discuter des coûts d'économie d'énergie ou d'autres économies au cours du cycle de vie de la solution proposée, et le soumissionnaire peut mieux comprendre les domaines où l'entité contractante a le plus de souplesse. Les DP avec négociations permettent également à l'entité contractante d'être ouverte aux solutions impliquant de nouvelles technologies et de tirer parti de l'expertise de pointe de l'industrie avec des technologies en évolution rapide telles que la cybersécurité et l'infonuagique.

Meilleur partage des risques

La phase de dialogue permet de résoudre toute inadéquation des attentes entre l'entité contractante et le soumissionnaire et de s'assurer que les deux parties comprennent mutuellement les exigences et leurs obligations respectives avant l'attribution du contrat. Le

² Voir aussi la [Décision du TCCE 2006-12-18, CASTOR CANADIEN TECHNOLOGIE INFORMATIQUE INC.](#) pour discuter des critères d'évaluation trop restrictifs qui nuisent à l'équité du processus de demande de soumissions en limitant le nombre de fournisseurs capables de présenter des soumissions conformes.

dialogue peut donc se traduire par un meilleur partage des risques entre l'entité contractante et l'entrepreneur et, par conséquent, une meilleure tarification et moins de différends contractuels.

Amélioration de la concurrence

Les DP avec négociations sont connues pour améliorer la concurrence, car elles peuvent réduire l'incidence de l'absence de soumissions ou de l'absence de soumissions conformes et fournir une plus grande assurance que les bonnes entreprises soumissionnent pour un besoin. Certains membres de l'industrie ont indiqué qu'il s'agissait actuellement d'un marché de vendeurs afin que les fournisseurs puissent choisir les demandes de soumissions pour lesquelles ils soumissionnent et avec lesquelles ils choisissent de traiter. Ils ont indiqué qu'ils sont plus disposés à soumissionner pour les exigences en utilisant le format d'appel d'offres de DP avec négociations, et une personne interrogée de l'industrie a déclaré qu'elle ne soumissionnerait généralement pas pour une demande qui utilise le format traditionnel d'appel d'offres avec des contrats A/B. Une municipalité a déclaré que pour certaines industries, il y a moins d'intérêt des fournisseurs lorsqu'il n'y a pas de négociations.

3.4 Utilisation du format d'appel d'offres de demandes de propositions avec négociations - Risques et stratégies d'atténuation

Planification et exécution de la demande de soumissions

La complexité des DP avec négociations est telle que les entités contractantes peuvent ne pas bénéficier de la souplesse offerte par ce format d'appel d'offres si elles ne planifient pas soigneusement et ne prennent pas le temps d'exécuter correctement le processus de demande de soumissions. Les DP avec négociations nécessitent une planification préalable considérable avec tous les intervenants internes et du temps pour élaborer la stratégie de dialogue et de négociation et rédiger le document de demande de soumissions afin d'éviter de créer un processus de contrats A/B. Il faut plus de temps après l'évaluation initiale pour mener des négociations avec un ou plusieurs soumissionnaires, peaufiner le besoin et éventuellement chercher et évaluer des soumissions révisées. Les entités contractantes doivent donc tenir compte de tous ces facteurs lorsqu'elles établissent leurs stratégies d'approvisionnement, prévoir des échéanciers réalistes dans leurs projets et leurs calendriers d'approvisionnement et s'assurer que leurs clients sont d'accord avec le calendrier.

Capacité de négociation

Les entités contractantes peuvent ne pas atteindre le résultat souhaité et, par conséquent, perdre les avantages d'un processus négocié à moins d'affecter des ressources suffisantes, compétentes et expérimentées pour concevoir le processus, effectuer les évaluations et mener les négociations. Les négociations exigent une navigation minutieuse et des compétences spécialisées, et le manque d'expertise en négociation pourrait faire en sorte que le soumissionnaire ait le « dessus ». Les entités contractantes doivent donc s'assurer que les membres de l'équipe de négociation sont formés sur la conduite des négociations et

comprennent et suivent clairement les règles établies pour les négociations dans le cadre des DP avec négociations.

Création d'une relation de contrats A/B

Les entités contractantes peuvent créer par inadvertance une relation de contrats A/B et les obligations connexes en utilisant le langage qu'elles utilisent dans la demande de soumissions. Il ne suffit pas d'étiqueter la demande de soumissions comme une DP avec négociations – les entités contractantes doivent s'assurer que la demande de soumissions exclut tout libellé qui pourrait être interprété comme créant ou menant à la création de contrats A/B. Par exemple, la DP avec négociations doit indiquer expressément que les soumissions sont révocables et qu'une relation contraignante sur le plan juridique n'est pas créée tant qu'une entente écrite n'est pas officiellement signée. Les entités contractantes doivent également éviter d'exiger une garantie de soumission et devraient également prévoir une période de rectification pour permettre aux soumissionnaires de rectifier la non-conformité aux exigences obligatoires et de corriger les irrégularités dans leurs soumissions.

Révocabilité des soumissions

Puisque les soumissions sont révocables, les soumissionnaires peuvent se retirer du processus à tout moment, ce qui paralyse l'approvisionnement. Par exemple, les entreprises peuvent vouloir révoquer leurs soumissions parce que les conditions du marché ont changé depuis la première soumission ou parce qu'elles n'ont pas confiance dans l'intégrité du processus d'approvisionnement. Plusieurs membres de l'industrie craignaient qu'une entité contractante ne divulgue ses renseignements exclusifs ou sa propriété intellectuelle à des concurrents au cours de négociations simultanées, ou qu'elle utilise le processus de négociation pour divulguer les prix des soumissionnaires ou des renseignements exclusifs à d'autres soumissionnaires. De telles préoccupations peuvent amener un soumissionnaire à se retirer d'un processus de DP avec négociations et, par conséquent, limiter la concurrence.

Bien qu'une personne interrogée ait affirmé qu'il peut être plus difficile pour un soumissionnaire de se retirer d'une négociation lorsqu'il est sur le point d'obtenir le contrat, les entités contractantes doivent néanmoins savoir qu'une soumission peut être révoquée à n'importe quel moment du processus de demande de soumissions. Si cela se produit après le début des négociations, les entités contractantes doivent être en mesure d'adapter le processus prescrit au nombre des soumissionnaires classés restants. Elles doivent également établir des garde-fous clairs et transparents pour empêcher la divulgation de renseignements exclusifs à d'autres soumissionnaires. Par exemple, puisque les négociateurs sont au courant de l'information de tous les soumissionnaires participant au processus de négociation, ils devraient être tenus de signer des ententes de non-divulgaration au début du processus d'approvisionnement, et ils doivent être vigilants pour protéger les renseignements confidentiels et éviter de divulguer des renseignements sur les soumissionnaires avec d'autres soumissionnaires lorsqu'ils mènent des négociations.

Assurer l'équité, l'ouverture et la transparence

Pour s'assurer que le processus est équitable, ouvert et transparent, les entités contractantes doivent définir clairement le processus de négociation dans la DP avec négociations, y compris en déterminant les éléments négociables et ceux qui ne le sont pas, comme les exigences obligatoires et la conformité légale et réglementaire. Les négociateurs doivent également éviter tout préjugé dans leur prise de décision.

3.5 Pratiques relatives aux demandes de propositions avec négociations aujourd'hui dans les provinces et les municipalités canadiennes

Lorsqu'elles lancent un processus d'approvisionnement, les provinces et les municipalités interrogées examinent chaque projet d'approvisionnement afin d'évaluer les risques et les avantages de l'utilisation d'une DP avec négociations par rapport à une DP traditionnelle. Cette analyse des risques et des avantages tient compte du temps requis pour mener un processus de DP traditionnel par rapport au temps supplémentaire qui est souvent nécessaire pour mener un processus de DP avec négociations, bien que les DP avec négociations réduisent généralement le besoin de relancer un appel d'offres. De plus, les personnes interrogées tiennent compte de facteurs tels que le produit, la nature et la complexité de l'exigence, le coût, le contexte et le marché.

Les DP avec négociations sont plus efficaces lorsqu'une collaboration étroite avec les soumissionnaires est nécessaire, par exemple pour les approvisionnements plus complexes comme les grands projets d'infrastructure, les approvisionnements stratégiques et les approvisionnements où plusieurs solutions pourraient atteindre le résultat requis. Des produits comme les solutions logicielles intégrées comportant une composante de services, l'infonuagique et les achats de conception-construction et de gestion de la construction, où la prise en compte de conceptions alternatives pour réduire les coûts du cycle de vie est un facteur, ont souvent été cités comme se prêtant aux DP avec négociations. Les logiciels ont également été mentionnés comme un produit pour lequel la négociation des modalités est généralement requise et bénéficierait donc du format d'appel d'offres de DP avec négociations. Les personnes interrogées ont été unanimes pour affirmer qu'il y aurait peu ou pas d'avantages à utiliser les DP avec négociations pour les produits commerciaux prêts à l'emploi.

Pour tirer parti des avantages des DP avec négociations, les personnes interrogées décrivent leurs besoins avec moins de prescription que dans les demandes de soumissions de contrats A/B, et plus en termes de fonctionnalité requise, du problème à résoudre et du résultat souhaité. Elles limitent les critères d'évaluation obligatoires à des exigences vraiment critiques, laissant la place à l'industrie pour fournir des solutions novatrices.

Les personnes interrogées ont souligné qu'elles sont judicieuses dans la rédaction des DP avec négociations afin d'éviter explicitement de créer une relation de contrats A/B. Les modèles de DP avec négociations et les DP fournis par divers fonctionnaires provinciaux et municipaux contiennent tous un libellé soigneusement rédigé indiquant clairement que l'entité contractante n'a pas l'intention de créer des contrats A/B.

L'annexe A donne un aperçu des autres pratiques exemplaires en matière de DP avec négociations employées par les provinces et les municipalités interrogées.

4.0 Pourquoi le gouvernement fédéral hésite à adopter la demande de propositions avec négociations

Obstacles juridiques et politiques perçus

Bien que les fonctionnaires fédéraux aient reconnu qu'il faut plus de souplesse dans le processus d'approvisionnement actuel et que le gouvernement « grignote les bords » avec des processus comme la conformité progressive des soumissions, certains craignent que les DP avec négociations ne s'harmonisent pas avec les obligations de libre-échange. Le BOA est d'avis que les accords commerciaux reconnaissent explicitement les processus négociés et que le [Règlement sur les marchés de l'État](#) et la [Directive sur la gestion de l'approvisionnement](#) du CT n'empêchent pas l'utilisation des DP avec négociations.

Certains fonctionnaires interrogés étaient particulièrement préoccupés par les négociations des DP avec négociations, affirmant que les mêmes renseignements devaient être fournis à tous les soumissionnaires en même temps et que les dispositions de négociation des accords commerciaux prévoient que tout le monde puisse soumissionner à nouveau, au sujet de la même exigence. Ils croient également que des négociations simultanées placeraient les fournisseurs dans une position inégale et pourraient permettre des soumissions pour des exigences différentes. À leur avis, plus une entité contractante est prête à négocier, plus il sera difficile de démontrer que le gouvernement évalue les soumissions sur la même base.

Aversion pour le risque

Depuis plus de trente ans, le gouvernement fédéral s'appuie sur le format d'appel d'offres avec des contrats A/B dans ses efforts pour se conformer aux accords commerciaux. L'impact inattendu est que, dans certains cas, le gouvernement finit par ne pas se conformer aux obligations des accords commerciaux parce qu'il n'a pas suivi les règles rigides qu'il s'était fixées en utilisant le format des contrats A/B. Cela a donné lieu à de nombreuses décisions judiciaires, ce qui a suscité des inquiétudes quant au fait que l'adoption de nouveaux formats d'appel d'offres pourrait entraîner des litiges coûteux. Cela a également mené à une culture d'aversion au risque où les représentants du gouvernement croient qu'ils pourraient faire l'objet de plaintes devant le TCCE, même si des notions de Common law comme le contrat A font rarement partie de l'analyse du Tribunal, car il tire ses compétences des obligations de l'Accord de libre-échange.

Ces décisions ont cultivé une culture d'aversion au risque et une réticence de la part de la communauté fédérale de l'approvisionnement à aller au-delà des limites du système d'approvisionnement actuel, par crainte de plaintes des fournisseurs. Certains fonctionnaires fédéraux croient que les DP avec négociations pourraient entraîner une augmentation des plaintes du TCCE lorsque la demande de soumissions implique des négociations avec un seul soumissionnaire ou, inversement, qu'il y a un risque que les négociations ne soient pas menées

sur la même base lorsque plusieurs soumissionnaires sont impliqués. Un fonctionnaire a affirmé que les décisions du TCCE n'étaient pas uniformes, de sorte que les DP avec négociations pourraient présenter des risques juridiques inattendus.³ Notamment, un fonctionnaire a déclaré que les agents de négociation des contrats ont une aversion pour le risque et évitent tout ce qui est nouveau, car ils ont tendance à se faire « taper sur la main après avoir essayé quelque chose de nouveau », ce qui mène à un système rigide qui maintient simplement le statu quo.

Un fonctionnaire fédéral a également fait remarquer que les provinces et les municipalités n'ont pas les mêmes risques juridiques et ne sont pas assujetties au même degré d'examen que le gouvernement fédéral, car le TCCE n'a pas compétence en ce qui concerne les marchés publics provinciaux et municipaux.

Un ancien haut fonctionnaire fédéral a témoigné devant le Comité permanent de la défense nationale (CPDN) dans le cadre de son étude sur l'approvisionnement en matière de défense que les fonctionnaires du gouvernement fédéral étaient aux prises avec des préoccupations d'ordre juridique. Le fonctionnaire a déclaré que certains fonctionnaires sont « ... Devenu(s) extrêmement réticent(s) à prendre des mesures qui prêterent le flanc à des litiges ». ¹⁹ Dans son rapport, le CPDN a conclu que cette réticence contribue aux « blocages » dans les processus d'approvisionnement. ²⁰ Il ne serait pas déraisonnable de conclure que la question des préoccupations juridiques touche à la fois l'approvisionnement en matière de défense et l'approvisionnement non lié à la défense.

Des témoins de l'industrie qui ont comparu devant le CPDN ont attiré l'attention *sur* « ... la rigidité des exigences... » et « ... le manque de souplesse... ». Un témoin a déclaré que le gouvernement pourrait simplifier les processus d'approvisionnement en matière de défense en faisant « que l'industrie ait la responsabilité de montrer ce qu'elle peut faire dans le cadre d'un processus concurrentiel juste et ouvert ». ²¹ De même, dans son rapport de 2021 intitulé *L'approvisionnement en solutions de technologies de l'information complexes*, la vérificatrice générale du Canada a déclaré que le gouvernement reconnaît que l'approvisionnement traditionnel doit être adapté pour fournir des solutions qui permettent d'obtenir des résultats opérationnels. ²²

Capacité

Les fonctionnaires fédéraux reconnaissent que certains agents de négociation n'ont pas les compétences adéquates en négociation, étant donné que la plupart des agents d'approvisionnement sont habitués aux processus d'approvisionnement concurrentiels traditionnels. Une personne interrogée est d'avis qu'en plus de la nécessité de renforcer les compétences de négociation des agents d'approvisionnement, un changement de culture est nécessaire pour passer d'une approche qui repose principalement sur l'approche traditionnelle

³ À titre de rappel, le TCCE a reconnu que les processus négociés sont conformes aux accords commerciaux. Tant que les entités adjudicatrices respectent les règles de procédure énoncées dans les accords, le risque de plaintes auprès du TCCE est réduit au minimum.

des contrats A/B pour mener des approvisionnements concurrentiels à une approche qui peut également stimuler les négociations. Plusieurs personnes interrogées ont également exprimé leur inquiétude quant au fait que les négociations pourraient ne pas aboutir aux résultats que l'entité contractante espérait atteindre (y compris le prix et la valeur obtenus) si les ressources gouvernementales qui mènent les négociations n'ont pas les compétences requises pour négocier efficacement.

5.0 Orientation pour l'avenir

Les DP avec négociations peuvent être un outil efficace pour obtenir des résultats opérationnels et obtenir le meilleur rapport qualité-prix, qui sont deux des résultats attendus de la [Directive sur la gestion de l'approvisionnement](#) du CT. Cela dit, l'adoption des DP avec négociations comme l'un des formats d'appel d'offres utilisés par le gouvernement fédéral exigera un engagement important de la part du gouvernement. Comme l'a affirmé un fonctionnaire provincial interrogé, les organisations doivent comprendre qu'elles font face à une initiative de gestion du changement qui implique un changement majeur de culture, passant d'une initiative qui n'a pas l'habitude de parler aux soumissionnaires après la clôture des soumissions à une initiative où les entités contractantes discutent activement avec les soumissionnaires. Entre autres choses, le gouvernement devra former et éduquer les responsables de l'approvisionnement et les propriétaires d'entreprises sur tous les aspects des DP avec négociations et obtenir leur adhésion aux changements, ainsi que communiquer les changements à la communauté des fournisseurs.

Dans son profil de risque ministériel, SPAC reconnaît que la gestion du changement est un risque clé auquel fait face le Programme d'approvisionnement. Les activités d'atténuation prévues de la Direction générale des approvisionnements comprennent l'application d'une stratégie de transformation et d'un plan de mise en œuvre axés sur la gestion du changement, y compris des plans et des activités de gestion du changement, ainsi que l'augmentation de la formation du personnel existant et la mise à la disposition de professionnels de l'approvisionnement. SPAC pourrait envisager de s'assurer que ses plans et activités de gestion du changement intègrent un examen des DP avec négociations et des contextes dans lesquels elles peuvent être utilisées efficacement.

Pendant la pandémie de COVID-19, les cadres supérieurs de l'approvisionnement du Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada (SCT), de SPAC et de SPC ont mis en œuvre des solutions d'approvisionnement flexibles pour répondre aux besoins urgents de la population canadienne. Cette expérience a démontré que le gouvernement reconnaît la nécessité de l'engagement et du leadership de la haute direction pour prendre des mesures décisives et cultiver une culture organisationnelle où l'innovation et la prise de risques calculés sont encouragées. À cet égard, le BOA recommande qu'un haut fonctionnaire de l'approvisionnement du gouvernement soit nommé pour diriger un examen de la faisabilité de l'adoption des DP avec négociations. Dans une étude récente intitulée [Dirigeant principal des achats : des silos à la synergie](#), le BOA a recommandé au gouvernement d'envisager la création d'un poste de dirigeant principal des achats (DPA) qui serait responsable de la création, de l'interprétation et de l'application de la

politique d'approvisionnement du gouvernement. Si le gouvernement décide d'établir un poste de DPA, il pourrait envisager de lui confier à la direction de cette initiative.

L'examen de la faisabilité de l'adoption des DP avec négociations pourrait être mené en collaboration avec le Centre d'expertise en droit de l'approvisionnement et la Direction de l'approvisionnement, du matériel et des collectivités du SCT, qui pourraient examiner les répercussions législatives, juridiques, réglementaires et stratégiques de l'adoption des DP avec négociations. SPAC et SPC, en tant que fournisseurs de services communs, pourraient examiner les DP avec négociations du point de vue des changements de processus qui seraient nécessaires, ainsi que des répercussions sur des outils tels que les modèles de demande de soumissions, les instructions et conditions uniformisées et les clauses types, entre autres. Le gouvernement pourrait envisager de mener un projet pilote du format d'appel d'offres de DP avec négociations et d'en évaluer les résultats afin de déterminer si les DP avec négociations pourraient être mises en œuvre plus largement comme l'un des formats d'appel d'offres utilisés dans les marchés publics fédéraux.

En termes de capacité, le SCT a élaboré un nouveau cadre de perfectionnement professionnel pour les professionnels de l'approvisionnement qui comprend quatre piliers. L'un de ces piliers est l'apprentissage continu, qui comprend un apprentissage obligatoire, supplémentaire, spécialisé et pratique. Si le gouvernement décide d'adopter les DP avec négociations, l'approche de développement des capacités devrait s'harmoniser avec le cadre de perfectionnement professionnel, et l'orientation stratégique devrait indiquer quand et comment les responsables de l'approvisionnement devraient utiliser le format d'appel d'offres de DP avec négociations. La politique gouvernementale devra également fournir des conseils aux propriétaires d'entreprises sur des aspects tels que le dialogue avec les soumissionnaires après la clôture des soumissions et la conduite des négociations, tout en maintenant l'équité, l'ouverture et la transparence dans les processus d'approvisionnement. Le haut fonctionnaire de l'approvisionnement du gouvernement, ou DPA, mentionné ci-dessus, pourrait jouer un rôle de leadership clé dans la création d'une culture où les professionnels de l'approvisionnement sont autorisés à faire preuve de jugement et à prendre des décisions stratégiques fondées sur les risques.

Toujours en termes de capacité, en avril 2024, SPAC a mis sur pied la Direction du soutien à la négociation des contrats (DSNC) au sein de sa Direction générale de l'approvisionnement. Le mandat de la direction est d'accroître la capacité de négociation du ministère en fournissant aux agents d'approvisionnement les outils dont ils ont besoin pour participer efficacement aux négociations. La direction offre une formation sur les éléments importants de négociation tels que la prise en compte des objectifs du projet, l'établissement de tactiques ambitieuses et stimulantes, la définition de leur approche stratégique, les concessions possibles et la planification des réticences potentielles. La direction appuie équipes de négociation, à la demande de l'organisme d'approvisionnement, et pourrait jouer un rôle clé dans la formation du personnel d'approvisionnement sur la conduite des négociations dans le cadre d'un processus de DP avec négociations.

6.0 Conclusion

Les hauts fonctionnaires fédéraux de l'approvisionnement peuvent être réticents à adopter le format d'appel d'offres de DP avec négociations, en particulier compte tenu des nombreuses initiatives de transformation en cours à l'intérieur et à l'extérieur de l'approvisionnement. Cependant, pour certains approvisionnements, l'utilisation des DP avec négociations présente des avantages importants pour le gouvernement fédéral et la communauté des fournisseurs. Le gouvernement a déjà, par le biais de réunions commerciales confidentielles et du processus de conformité des soumissions en phases, tenté de régler certains des problèmes qui affligent depuis longtemps les marchés concurrentiels dans le cadre du format d'appel d'offres avec des contrats A/B. Ces mesures, combinées à l'adoption des DP avec négociations, pourraient réduire le nombre de demandes de perte de profits des fournisseurs, encourager l'innovation en tirant parti de la technologie et de l'expertise de l'industrie, et réduire davantage les coûts en équilibrant mieux l'acceptation du risque entre les ministères et les fournisseurs. L'utilisation des DP avec négociations dans certains approvisionnements pourrait également améliorer la concurrence en réduisant l'incidence du faible nombre ou de l'absence de soumissions reçues, et donner l'occasion de résoudre bon nombre des problèmes de longue date de l'approvisionnement fédéral. Cela pourrait se faire grâce à une meilleure communication et à des négociations entre les responsables de l'approvisionnement et les acheteurs, ce qui permettrait d'harmoniser davantage les besoins du gouvernement et les solutions offertes par les soumissionnaires.

Annexe A - Pratiques exemplaires provinciales et municipales pour les demandes de propositions avec négociations

- Être proactif pour comprendre le marché et utiliser des outils tels que les demandes de renseignements avant de publier une DP avec négociations.
- Inclure plusieurs experts en la matière dans le processus d'approvisionnement, p. ex. expert juridique, gestion des risques, cybersécurité, protection de la vie privée, données, etc.
- Consulter un conseiller juridique afin d'obtenir du soutien avec la rédaction de la DP avec négociations.
- Préciser dans la DP avec négociations ce qui fait l'objet de négociations et ce qui ne l'est pas.
- S'assurer que les ressources sont bien formées sur la conduite des négociations, y compris ce qui peut et ne peut pas être discuté, et sur la protection des renseignements exclusifs et de la propriété intellectuelle.
- Envisager un surveillant de l'équité pour superviser les processus d'approvisionnement, en particulier pour les achats trop complexes ou délicats.
- Établir un plan de projet détaillé et s'assurer que les propriétaires d'entreprise adhèrent au processus et s'engagent à respecter les échéanciers.
- Élaborer un processus bien planifié et bien organisé, y compris des plans d'urgence, et un cadre de négociation qui établit les échéanciers, les rôles et les responsabilités en matière d'approvisionnement.
- S'assurer que les processus sont transparents et détailler ce que l'entité contractante fera à chaque étape du processus afin que les soumissionnaires sachent comment le processus se déroulera.
- Établir des points de contrôle dans la demande de soumissions et les échéanciers associés aux évaluations et aux négociations, p. ex., l'étape 1 de la phase 3 doit être terminée au plus tard le x (date), ou les négociations doivent être terminées au plus tard le x (date).
- Peaufiner continuellement les processus en fonction des leçons tirées des achats précédents.

-
- ¹ Cour suprême du Canada, [La Reine \(Ont.\) c. Ron Engineering](#), 1981 CanLII 17 (CSC), [1981] 1 RCS 111
- ² Cour suprême du Canada, [Martel Building Ltd. c. Canada](#), 2000 CSC 60
- ³ Cour suprême du Canada, [Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.](#), 2001 CSC 58
- ⁴ Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, [Opron Constr. Co. c. Alta.](#) (1994), 1994 CanLII 18362 (AB KB)
- ⁵ Cour suprême du Canada, [Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique](#) (Transports et Voirie), 2010 CSC
- ⁶ England and Wales High Court, [Adferiad Recovery v Aneurin Bevan University Health Board](#) [2021] EWHC 3049
- ⁷ United States Court of Appeals for the Federal Circuit, [Conner Bros Const Co Inc v Geren](#) [2008] 550 F.3d 1368
- ⁸ Paul Emanuelli, [Critical Trends - January 2022 Edition](#), 2022
- ⁹ Paul Emanuelli, [2020 Case of the Year](#), 2020
- ¹⁰ McCarthy Tétrault, [A Deep Dive into Canada's Public Procurement Law – Part 2](#), 2021
- ¹¹ Services publics et Approvisionnement Canada, [Politique sur le Processus de conformité des soumissions en phases, Avis relatif aux politiques AP-123](#), juillet 2017
- ¹² [Accord de libre-échange canadien](#), 2024, Article 512.
- ¹³ Union européenne, [Accord économique et commercial global](#); 2018, article 19.11
- ¹⁴ Paul Emanuelli, [Seven Due Process Principles for Negotiated RFPs](#)
- ¹⁵ Paul Emanuelli, [The Art of Tendering- A Global Due Diligence Guide](#), 2023, page 2474
- ¹⁶ Paul Emanuelli, [The Art of Tendering- A Global Due Diligence Guide](#), 2023, page 1481-1482
- ¹⁷ Par exemple, [Zenix Engineering Ltd.](#) (PR-2006-035)
- ¹⁸ Cour suprême du Canada, [M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense Ltée.](#) [1999] 1 SCR 619
- ¹⁹ Comité permanent de la défense nationale (CPDN), [L'heure du changement a sonné : réforme de l'approvisionnement en matière de défense au Canada](#), juin 2024, p. 11, voir l'extrait des déclarations faites par Richard Fadden lors d'une comparution devant le CPDN le 26 septembre 2023.
- ²⁰ Comité permanent de la défense nationale (CPDN), [L'heure du changement a sonné : réforme de l'approvisionnement en matière de défense au Canada](#), juin, p. 32
- ²¹ Comité permanent de la défense nationale (CPDN), [L'heure du changement a sonné : réforme de l'approvisionnement en matière de défense au Canada](#), juin 2024, p. 53, voir l'extrait des déclarations faites par Anne-Marie Thibaudeau lors d'une comparution devant le CPDN le 7 novembre 2023.
- ²² Bureau du vérificateur général, [L'approvisionnement en solutions de technologies de l'information complexes](#), 2021, paragraphe 1.11