

Office of the Access
to Information and
Privacy Commissioner

New Brunswick



Commissariat à l'accès
à l'information et à la
protection de la vie privée

Nouveau-Brunswick

RAPPORT DES CONCLUSIONS DE L'ENQUÊTE DE LA COMMISSAIRE

Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée

Affaire : 2013-1516-AP-803

Date : Le 21 juillet 2014

« Dossier concernant le défaut de divulguer de l'information sur l'approvisionnement de la part d'un organisme public »

INTRODUCTION et CONTEXTE

1. Le présent rapport des conclusions de l'enquête de la Commissaire est établi en vertu du paragraphe 73(1) de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, L.N.-B., ch. R-10.6 (la « *Loi* »). Il fait suite à la plainte que l'auteure de la demande a déposée auprès du Commissariat pour demander à la Commissaire de mener une enquête sur cette affaire.
2. Le 23 avril 2013, l'auteure de la demande a demandé l'accès aux documents du Réseau de santé Horizon (« Horizon ») relativement à un processus d'approvisionnement pour l'attribution d'un contrat à Marchese Hospital Solutions (« Marchese ») pour la fourniture de solutions IV pré-mélangées de cyclophosphamide et de gemcitabine en 2012, dont le contrat proprement dit et l'information sur l'étiquette des solutions IV pré-mélangées de cyclophosphamide et de gemcitabine préparées par Marchese. Dans le deuxième volet de la demande, l'auteure a demandé l'accès à des documents liés à d'autres contrats avec certaines sociétés pour des services de mélange, ainsi que des documents qui faisaient état de la quantité de ces fournitures commandées et de leur usage (la « demande »).
3. Après avoir reçu la demande, Horizon en a accusé réception et a demandé à l'auteure de la demande de fournir tout autre détail pour expliquer ce qu'elle demandait. L'auteure de la demande a répondu en affirmant à Horizon qu'elle avait à ce moment les documents suivants en sa possession et qu'elle les retirait de l'objet de sa demande :
 - le contrat conclu avec Marchese Hospital Solutions pour l'approvisionnement de solutions IV pré-mélangées de cyclophosphamide et de gemcitabine;
 - l'information sur l'étiquette des solutions IV pré-mélangées de cyclophosphamide et de gemcitabine préparées par Marchese Hospital Solutions;
 - la demande de propositions (« DP ») de Marchese Hospital Solutions;
 - la grille utilisée pour évaluer les trois soumissionnaires et déterminer le soumissionnaire retenu.
4. L'auteure de la demande a précisé qu'elle souhaitait toutefois toujours recevoir les renseignements suivants :

- les notes obtenues par chacun des trois soumissionnaires;
 - l'ensemble des autres notes, courriels ou lettres ou autres renseignements liés au processus d'approvisionnement concurrentiel, dont la correspondance entre Medbuy et Horizon, Medbuy et les trois soumissionnaires, et les trois soumissionnaires et Horizon;
 - les documents mentionnés dans la deuxième partie de la demande, dont ceux qui montrent la quantité de fournitures commandées des sociétés de mélange, les produits ou matières mélangés dans les hôpitaux, la raison d'être du mélange et la taille des lots de produits mélangés faits avec ces fournitures.
5. Le 10 juin 2013, Horizon a avisé l'auteure de la demande qu'il prorogeait pendant 30 jours additionnels l'échéance selon laquelle il devait fournir une réponse en vertu du paragraphe 11(3) de la *Loi*, car il devait extraire un grand nombre de documents, aviser des tiers et recevoir des observations de ces derniers avant de décider s'il fallait accorder ou non l'accès aux contrats demandés dans le deuxième volet de la demande.
6. Horizon a envoyé une réponse à l'auteure de la demande le 6 août 2013, lui accordant l'accès entier à certains documents et un accès partiel à d'autres en prélevant certains renseignements. Horizon a prélevé de l'information pour deux raisons : d'abord, parce qu'il l'estimait non pertinente par rapport à la demande et ensuite parce qu'en vertu des alinéas 22(1)*b*) et *c*) de la *Loi*, la communication de ces renseignements pourrait nuire aux intérêts commerciaux ou financiers d'un tiers (la « réponse »).
7. L'auteure de la demande a par la suite déposé une plainte auprès du Commissariat le 22 août 2013 dans laquelle elle déclarait qu'elle souhaitait la communication entière et non prélevée de tous les documents liés au processus d'approvisionnement pour un contrat de services de mélange stérile à certains hôpitaux qui a ultimement été attribué à Marchese. Elle a également précisé que la réponse d'Horizon relativement au deuxième volet de la demande ne faisait pas partie de la plainte déposée auprès du Commissariat.

PROCESSUS DE RÈGLEMENT INFORMEL

8. Comme dans le cas de toute enquête relative à une plainte, le Commissariat tente d'abord d'en arriver à un règlement informel de la plainte d'une manière satisfaisante pour les deux parties et conformément aux droits et aux obligations prévus dans la *Loi*. En réalité, dans le cadre du processus de règlement informel comme dans celui de

- l'enquête formelle, le travail de la Commissaire reste le même : évaluer le bien-fondé de la plainte et en arriver à un règlement qui soit conforme à la *Loi*.
9. Lorsque la plainte ne peut être réglée de façon informelle, la Commissaire termine son travail par une enquête formelle et publie le rapport de ses conclusions.
 10. Dans cette affaire, nous avons fait enquête et soumis nos conclusions préliminaires à Horizon, en expliquant les raisons pour lesquelles Horizon aurait dû accorder à l'auteure de la demande l'accès à certaine information demandée. Nous avons invité Horizon à nous faire savoir s'il acceptait nos commentaires et à fournir une réponse révisée avec des renseignements supplémentaires à l'auteure de la demande, conformément à notre approche visant à régler la plainte. Toutefois, Horizon n'était pas disposé à le faire et nous avons donc entrepris notre enquête et la préparation du présent rapport.

ENQUÊTE

11. Nous avons entrepris notre enquête au sujet de cette plainte en rencontrant les représentants d'Horizon afin d'établir comment la demande avait été traitée et comment la recherche des documents en question avait été faite, ainsi que pour obtenir les faits et les raisons pour lesquelles des exceptions à la divulgation avaient été appliquées aux documents dans ce cas-ci. Nous avons également examiné tous les documents qui portaient sur la demande entière.
12. Puisque l'auteure de la demande nous a avisés que sa plainte portait uniquement sur le premier volet de sa demande, soit l'information sur la DP, notre enquête a porté expressément sur cette partie de la demande; toutefois, nous faisons référence à la demande entière dans ce rapport des conclusions seulement en ce qui touche le délai opportun de la réponse d'Horizon.

Recherche adéquate des documents pertinents

13. Étant donné la nature des renseignements demandés, le coordonnateur du droit à l'information d'Horizon a communiqué avec son vice-président des services professionnels et le directeur régional de la pharmacie, car il estimait que ces entités avaient la garde des documents qui contenaient les renseignements sur la DP.
14. Pendant notre examen des documents pertinents cernés, nous avons soulevé la question de savoir si tous les documents pertinents avaient été extraits, étant donné

qu'il semblait manquer des documents liés au processus d'approvisionnement, c'est-à-dire des renseignements sur la note d'évaluation accordé à chaque soumissionnaire par chaque membre du comité nommé pour évaluer les soumissions ainsi que des courriels, des notes et de la correspondance entre les membres du comité quant au processus d'approvisionnement.

15. Horizon a toutefois expliqué qu'il n'avait pas tous les documents liés au processus de DP, car Horizon a fait appel à une organisation appelée Medbuy pour superviser le processus de DP lié à cette affaire. Medbuy est un organisme d'achat de soins de santé qui s'associe à des fournisseurs de services de santé pour offrir des fournitures médicales, des services et des produits pharmaceutiques. Medbuy n'est pas un organisme public, mais bien une société privée et organisation d'approvisionnement en santé. Elle a été sélectionnée par Horizon et FacilicorpNB en tant qu'organisation d'achat en groupe pour les produits pharmaceutiques.
16. En novembre 2011, les deux régies régionales de la santé du Nouveau-Brunswick et FacilicorpNB ont choisi Medbuy en tant qu'organisation provinciale d'achat en groupe dans le domaine de la santé. Ainsi, Horizon a demandé à Medbuy de superviser le processus d'approvisionnement lié à cette affaire. Pour cette raison, Horizon n'avait pas tous les documents liés au processus d'approvisionnement demandés dans cette affaire, mais nous avons su qu'Horizon a demandé à l'auteure de la demande de communiquer directement avec Medbuy pour obtenir tout document additionnel propre au processus.
17. Étant donné ces faits, nous sommes d'avis qu'Horizon a mené une recherche adéquate pour les documents pertinents par rapport à la demande quant aux documents dont elle avait la garde ou la responsabilité et que l'auteure de la demande a été dirigée vers la source pour tout autre renseignement.

Respect des délais prescrits pour répondre

18. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'auteure a présenté une demande de renseignements à Horizon le 23 avril 2013, qu'Horizon a cependant reçue le 6 mai 2013.
19. Horizon a demandé des éclaircissements, que l'auteure de la demande lui a fournis le 9 mai 2013. Horizon a cru à tort que la limite de 30 jours pour traiter la demande commençait le 9 mai 2013.

20. Le 10 juin 2013, soit le 35^e jour après avoir reçu la demande, Horizon a avisé l'auteure de la demande qu'il prorogeait de 30 jours additionnels l'échéance pour fournir une réponse. Ainsi, Horizon a cru à tort que la nouvelle date butoir pour envoyer la réponse était le 8 juillet 2013, soit 60 jours après le 9 mai 2013. Toutefois, Horizon n'a envoyé la réponse à l'auteure de la demande que le 6 août 2013, soit 92 jours après avoir reçu la demande le 6 mai 2013.
21. Nous soulignons qu'Horizon n'a pas offert de réponse en temps opportun dans cette affaire et qu'il n'a pas prorogé l'échéance dans un délai raisonnable le 10 juin 2013. Cependant, nous comprenons qu'il y avait des raisons qui justifiaient le retard. Pour mieux expliquer ces raisons, nous avons préparé un tableau utile des échéances utilisées par Horizon dans cette affaire.

Date de traitement	Mesure de traitement entreprise
Le 6 mai 2013	Horizon reçoit la demande le 23 avril 2013. L'échéance pour répondre est de 30 jours après avoir reçu la demande : le 5 juin 2013.
Le 7 mai 2013	On demande des éclaircissements à l'auteure de la demande; la demande est en attente d'éclaircissements, que l'on reçoit rapidement le 9 mai 2013. Horizon recommence à traiter la demande.
Le 27 mai 2013	Horizon avise les tiers touchés par le deuxième volet de la demande (contrats).
Le 5 juin 2013	Il s'agit de l'échéance de 30 jours pour donner une réponse ou du dernier jour pour aviser l'auteure de la demande qu'Horizon proroge l'échéance.
Le 10 juin 2013	Horizon avise l'auteure de la demande qu'il proroge de 30 jours additionnels l'échéance pour répondre à la demande afin d'extraire un grand nombre de documents et d'aviser les tiers touchés par le deuxième volet de la demande et de recevoir leurs observations. Horizon a supposé par erreur que la nouvelle échéance prorogée était le 4 juillet 2013.
Du 5 au 10 juin 2013	Horizon reçoit les observations de quatre tiers sur cinq.
Le 17 juin 2013	Échéance pour la transmission des observations des tiers

	(dans les 21 jours suivant l'envoi de l'avis) – toujours en attente des observations du cinquième tiers.
Le 3 juillet 2013	Horizon fait une demande à la Commissaire pour obtenir plus de temps (une autre période de 30 jours) afin d'examiner les détails des documents avant de faire part d'une réponse. Horizon a cru à tort que le <u>8 juillet</u> était l'échéance prorogée qu'il pouvait s'accorder.
Le 4 juillet 2013	Il s'agit de la nouvelle échéance prorogée par Horizon pour fournir une réponse. La Commissaire n'a d'autre choix que de refuser la demande de prorogation de l'échéance, car elle n'a pas assez de détails pour prendre une décision.
Le 2 juillet 2013	Horizon reçoit les observations du cinquième tiers.
Le 6 août 2013	Horizon envoie une réponse complète à l'auteur de la demande.

22. Comme nous pouvons le déduire à partir du tableau ci-dessus, de nombreux facteurs ont fait qu'Horizon a transmis sa réponse en retard à l'auteur de la demande, soit croire à tort que le traitement de la demande commençait uniquement après la réception d'éclaircissements et être dans une situation difficile en n'ayant pas reçu les commentaires de tous les tiers à temps. Il y a également eu une erreur de calcul de l'échéance prorogée pour répondre.
23. Nous avons monté un deuxième tableau, à la page 9, qui montre comment quelques simple ajustements au traitement de la demande dans cette affaire auraient fait une différence marquée dans le respect des échéances, sans parler du fait que les tiers auraient été mieux informés de leurs obligations de fournir leurs observations à temps à Horizon.

Demande d'éclaircissements et de prorogation de l'échéance d'Horizon en vertu des paragraphes 11(3) et 11(4)

24. Nous savons qu'Horizon a demandé des éclaircissements à l'auteur de la demande le 7 mai 2013, qu'il les a reçus le 9 mai 2013, et qu'il a cru à tort que l'échéance commençait ce jour-là. Nous estimons donc qu'il est utile d'expliquer les étapes en

- cause dans la recherche d'éclaircissements auprès d'un auteur d'une demande en vertu de la *Loi*.
25. Lorsqu'un organisme public demande des éclaircissements après avoir reçu une demande d'accès, il est prudent d'attendre la réponse à la demande d'éclaircissements transmise à l'auteur de la demande pour éviter du travail inutile, au cas où la portée de la demande en serait réduite. Cependant, cela ne signifie pas que l'échéance pour offrir une réponse est en attente de la réception d'éclaircissements.
26. Un organisme public peut proroger l'échéance de réponse en vertu de l'alinéa 11(3)*b* uniquement si l'auteur de la demande ne répond pas à bref délai à la demande d'éclaircissements. Dans ce cas, l'organisme public est tenu d'aviser l'auteur de la demande qu'il aura besoin de plus de temps pour fournir une réponse étant donné que l'auteur n'a pas fourni les éclaircissements aussitôt que possible. Il importe de noter cependant que cela ne change pas la date de réception initiale à partir de laquelle l'organisme public doit calculer son échéance. Le changement accorde néanmoins plus de temps à l'organisme public à partir de la date de réception au besoin.
27. De plus, l'attente d'éclaircissements de l'auteur d'une demande en vertu de l'alinéa 11(3)*b* ne permet pas à un organisme public de dépasser la limite maximum de 60 jours après avoir reçu la demande. Dans ces situations, la *Loi* reconnaît que l'auteur de la demande peut être difficile à joindre ou opter de ne pas répondre à une demande d'éclaircissements. Si l'auteur de la demande ne répond pas à une demande d'éclaircissements qui lui est signifiée par écrit dans les 30 jours, l'organisme public peut estimer que la demande a été abandonnée en vertu de l'article 12 de la *Loi* et en aviser l'auteur par écrit selon le paragraphe 12(2). Il appartient ensuite à l'auteur de la demande de déposer une plainte auprès de la Commissaire pour permettre au Commissariat de déterminer pourquoi l'auteur de la demande n'a pas répondu à la demande d'éclaircissements.
28. Pour ces raisons, la période de 30 jours pour offrir une réponse à l'auteur de la demande dans cette situation en vertu du paragraphe 11(1) demeurait le 5 juin 2013 et non le 8 juin 2013, comme le croyait Horizon.
29. Malgré qu'il ait tardé à le faire, Horizon a prorogé l'échéance lui-même pour des motifs raisonnables, car il avait besoin d'extraire un important nombre de documents [selon l'alinéa 11(3)*c*] et parce qu'il devait aviser des tiers et recevoir leurs observations avant de décider d'accorder ou non l'accès à leurs contrats demandés [alinéa 11(3)*d*].

Processus d'intervention de tiers

30. Avant de rendre une décision sur l'accès aux contrats des tiers (soit le deuxième volet de la demande de l'auteure), Horizon a envoyé des avis à ces tiers le 27 mai 2013 pour demander leur consentement ou leurs observations. En vertu de l'alinéa 35(1)c) de la *Loi*, une fois qu'un tiers a reçu cet avis, il a 21 jours pour consentir à la communication ou publier ses observations écrites expliquant ses motifs de refus de communication.
31. Dans l'affaire dont nous avons été saisis, la période de 21 jours est arrivée à échéance le 17 juin 2013 et nous savons qu'à cette date quatre des cinq tiers avaient transmis à Horizon leurs observations depuis un bon moment. Toutefois, le cinquième tiers a uniquement transmis ses observations à Horizon le 2 juillet 2013.
32. Étant donné que la plupart des tiers avaient fourni leurs observations à Horizon avant le 17 juin 2013, celui-ci aurait pu avoir pris une décision sur la communication de leurs renseignements et envoyé une réponse partielle à l'auteure de la demande avant l'échéance du 4 juillet 2013. De plus, Horizon aurait dû avoir insisté pour que la cinquième partie respecte l'échéance et aurait dû prendre une décision sur la communication malgré l'absence des observations de la cinquième partie.
33. Même si Horizon ne voulait pas ou ne pouvait pas offrir une réponse partielle, il aurait pu avoir fourni une réponse complète à l'auteure de la demande à temps s'il avait entamé son processus de communication avec les tiers plus tôt. Il n'aurait donc pas eu à demander une prorogation de l'échéance au-delà des 60 jours prévus auprès de la Commissaire en vertu du paragraphe 11(4).
34. Nous estimons donc qu'Horizon aurait plutôt dû suivre les échéances ci-dessous dans son traitement de la demande. Bien qu'elles ne soient pas si différentes dans l'ensemble, elles auraient fait en sorte qu'Horizon demeure conforme à la *Loi*.

Date de traitement	Mesure qui aurait dû avoir été entreprise
Le 6 mai 2013	Horizon reçoit la demande le 23 avril 2013. L'échéance pour répondre est de 30 jours – inscrire le 5 juin 2013 en tant qu'échéance exacte.
Le 7 mai 2013	Des éclaircissements sont demandés rapidement à l'auteure de la demande.

	<p>Le traitement de la demande est en suspens dans l'attente d'éclaircissements, mais l'échéance de 30 jours se poursuit (à moins que des éclaircissements ne soient pas reçus dans les 30 jours initiaux).</p> <p>Les éclaircissements sont reçus rapidement le 9 mai 2013.</p> <p>Horizon recommence sans tarder à traiter la demande.</p>
Entre les 7 et 15 mai 2013	Horizon aurait dû avoir entamé ses avis aux tiers à ce moment, car attendre jusqu'au 27 mai pour le faire a entraîné des délais à la fin du processus.
Le 5 juin 2013	<p>Il s'agit de l'échéance de 30 jours.</p> <p>Lorsqu'Horizon ne pouvait pas envoyer la réponse, il aurait dû en avoir avisé l'auteur de la demande.</p> <p>Proroger l'échéance en vertu du paragraphe 11(3) pour recevoir une période de 30 jours additionnels pour répondre à la demande dans le but d'extraire un grand nombre de documents et d'aviser les tiers et recevoir leurs observations était de mise.</p> <p>Toutefois, l'échéance qu'Horizon a prorogée lui-même aurait dû être fixée au 4 juillet 2013 et non au 8 juillet 2013.</p> <p>La nouvelle échéance aurait dû avoir été respectée étant donné la taille et la portée de la demande dans ce cas-ci.</p>
Fin mai 2013 ou Début juin 2013	<p>Horizon aurait reçu les observations des tiers au plus tard à la fin mai.</p> <p>Également, Horizon aurait pu avoir rédigé une réponse partielle selon les données qu'il avait à ce moment-là.</p> <p>Ensuite, le cinquième tiers aurait été avisé par courriel de fournir des observations sans tarder, faute de quoi une décision aurait été prise sans ces observations.</p> <p>Ce n'est pas aux tiers de dire aux organismes publics ce qu'il faut faire et quand le faire relativement à l'accès du public à l'information. Horizon aurait pu prendre une décision sans les observations du cinquième tiers.</p> <p>Les tiers devaient respecter les échéances pour fournir leurs observations.</p>
Le 21 juin 2013	<p>Horizon aurait dû avoir fixé cette date pour mettre au point sa réponse.</p> <p>Si les problèmes pertinents entourant le cinquième tiers s'appliquaient</p>

	toujours, Horizon aurait dû prendre sa décision sans les observations, selon ses obligations de le faire en vertu des articles 34 à 36.
Le 4 juillet 2013	Le dernier jour. Horizon aurait dû avoir envoyé sa réponse partielle finale ou la seule version de sa réponse entière à l'auteure de la demande à temps. Il n'avait pas à consacrer temps et efforts pour rédiger une demande de prorogation à la Commissaire.

35. Avec ces commentaires utiles, nous sommes convaincus qu'Horizon pourra ajuster son processus pour veiller à ce que le problème de respect des échéances soit corrigé à l'avenir.

Contenu de la réponse

36. En ce qui concerne le format de la réponse, nous estimons qu'Horizon a fourni une réponse très détaillée à la demande de l'auteure, dont :
- un index des documents pertinents qui indiquait le sujet de la demande et les documents pertinents;
 - le nombre de pages que contenait chacun des documents;
 - des indications sur la mesure dans laquelle l'accès était accordé ou refusé ainsi que des explications qui indiquaient pourquoi l'accès à certains renseignements demandés n'avait pas été accordé.
37. Certains renseignements ont été prélevés dans certains documents fournis à l'auteure de la demande et n'ont pas été mentionnés dans la réponse, notamment des renseignements financiers qui se trouvaient dans les procès-verbaux des réunions du Comité de pharmacie du 17 au 19 mai 2011, de l'automne 2011 et d'avril à décembre.
38. Nous soulignons que, lorsque l'accès à l'information est refusé, il importe que l'explication fournie soit aussi précise que possible pour aider l'auteur de la demande à comprendre les motifs du refus, afin que la réponse soit significative.
39. Malgré cela, nous estimons que, dans l'ensemble, le contenu de la demande respectait les exigences d'une réponse en bonne et due forme aux termes du paragraphe 14(1) de la *Loi*.

Exceptions à la communication**1) Noms et scores des soumissionnaires non retenus prélevés**

40. L'un des documents, qui contenait des prélèvements, a été trouvé dans une note d'information rédigée par Medbuy et présentée à Horizon. La note d'information consiste en une note interne sur le processus d'approvisionnement. Elle contient des renseignements de base et des données sur l'adjudication et les négociations du contrat liées au choix d'un fournisseur pour les services de mélanges préparés stériles.
41. Horizon a prélevé le nom des soumissionnaires non retenus mentionnés dans la note d'information ainsi que les scores leur étant attribués, comme on peut le voir dans le tableau suivant :

Résultats du score		25	30	15	30
Fournisseur	Score moyen cumulatif	Score financier	Score pharmaceutique	Score commercial	Score pour les étiquettes
Nom prélevé d'un soumissionnaire non retenu	prélevé	prélevé	prélevé	prélevé	prélevé
Nom prélevé d'un soumissionnaire non retenu	prélevé	prélevé	prélevé	prélevé	prélevé
Nom du soumissionnaire retenu	85,46	23,46	23,47	25,00	13,53

42. Horizon estimait que les renseignements prélevés consistaient en des données commerciales de tiers qui devaient être protégées en vertu des alinéas 22(1)b) et c) de la *Loi*.
43. Comme nous l'expliquons ci-dessous, nous estimons qu'Horizon a légitimement refusé de divulguer le nom des soumissionnaires non retenus, mais a prélevé de façon inappropriée le score moyen cumulatif de ces soumissionnaires.
44. Les secrets commerciaux d'une entreprise, ainsi que ses données commerciales, financières, professionnelles, scientifiques et techniques, sont estimés être des renseignements confidentiels s'ils respectent les critères établis au paragraphe 22(1) de la *Loi*. Or, même s'ils respectent ces critères, ils n'exigent pas une protection contre la communication dans les cas stipulés au paragraphe 22(3), car, dans ces situations, la communication d'information n'est pas réputée capable de nuire aux intérêts

- commerciaux d'un tiers. Ces cas comprennent les situations où l'entreprise tierce consent à la communication ou lorsqu'une autre loi exige ou autorise la communication.
45. Les organismes publics comme Horizon sont régis par la *Loi sur les achats publics* du Nouveau-Brunswick et le règlement 94-157 y afférent s'ils achètent des services ou des fournitures pour transiger des affaires. Si un organisme public fait appel à une organisation qui n'est pas un organisme public pour superviser le processus d'approvisionnement, la *Loi sur les achats publics* s'applique à cette organisation, même si elle est située à l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Dans cette affaire, Horizon a attribué le processus d'approvisionnement à Medbuy, une organisation de l'Ontario.
 46. La *Loi sur les achats publics* et son règlement établit les règles et processus de passation de marchés que les organismes publics, qui sont visés par la *Loi*, doivent suivre, de la préparation de l'appel d'offres à l'envoi d'avis aux soumissionnaires non retenus.
 47. Le règlement afférent à la *Loi sur les achats publics* stipule que les soumissions doivent être ouvertes publiquement à la date de la fermeture des marchés, dans la mesure du possible. À l'ouverture des soumissions, le nom des soumissionnaires qui se trouvent dans les soumissions acceptées doit être lu au public. Toutefois, la *Loi sur les achats publics* et son règlement n'exigent pas que le nom des soumissionnaires non retenus soit divulgué après le processus d'évaluation.
 48. Ainsi, nous estimons que la *Loi sur les achats publics* et son règlement n'autorisent pas – pas plus qu'ils n'exigent – la communication du nom des soumissionnaires non retenus une fois le processus d'approvisionnement terminé. Nous devons donc déterminer si la communication de leur nom porterait préjudice à leurs intérêts commerciaux selon le paragraphe 22(1) de la *Loi*.
 49. Il ne fait aucun doute que le nom d'une entreprise constitue une information commerciale; toutefois, la communication de son simple nom, sans autres renseignements, n'est pas considérée un renseignement confidentiel qui justifie une protection en vertu de la *Loi*, comme le stipule l'alinéa 21(3)e). Cependant, si le nom de l'entreprise peut être lié à ses renseignements commerciaux, financiers ou autres, la communication de son nom pourrait porter préjudice à ses intérêts commerciaux.
 50. Dans ce cas et comme il est expliqué plus bas, nous estimons que le score moyen cumulatif des soumissionnaires non retenus devrait être communiqué à l'auteur de la demande, car il ne justifie pas le niveau de protection prévu par la *Loi*.

51. Toutefois, en gardant cela à l'esprit, nous n'estimons pas que les soumissionnaires non retenus devraient être identifiés par rapport à leur score moyen cumulatif, car cette communication permettrait des inférences justes relativement aux activités financières ou commerciales des soumissionnaires, ce qui pourrait porter préjudice à leurs intérêts commerciaux.
52. Pour ces raisons, nous estimons donc qu'Horizon a légitimement prélevé le nom des soumissionnaires non retenus dans la note d'information.
53. Quant aux scores attribués aux soumissionnaires non retenus qui ont été prélevés, nous appliquons la même analyse que ci-dessus, à savoir si la communication des scores de tout soumissionnaire non retenu porterait ou non préjudice à ses intérêts commerciaux et si la *Loi sur les achats publics* et son règlement autorisent ou exigent la communication de ces renseignements.
54. Les paragraphes 22(1) et (2) du règlement 94-157 afférent à la *Loi sur les achats publics* stipulent les renseignements qu'un soumissionnaire non retenu a le droit de recevoir relativement au soumissionnaire retenu une fois le contrat d'approvisionnement attribué. Le soumissionnaire non retenu a le droit de recevoir de l'information au sujet des résultats de l'évaluation pour tous les critères utilisés pour comparer les propositions du soumissionnaire non retenu et retenu :

22(1) Dans un délai raisonnable de l'adjudication du contrat, le ministre ou l'organisme financé par le gouvernement doit, à la demande de tout vendeur qui a fait une soumission, divulguer des renseignements sur la soumission qui a été acceptée et sur l'offre faite par le vendeur qui fait la demande de manière à ce que le vendeur puisse déterminer les résultats de l'évaluation de sa soumission relativement à celle qui a été acceptée.

22(2) Les renseignements visés au paragraphe (1) doivent indiquer le prix aussi bien que les résultats de l'évaluation d'après tous les critères à l'exception du prix utilisés pour comparer les soumissions, pour le vendeur qui a été choisi et le vendeur qui fait la demande.

[Soulignement ajouté]

55. Il convient de noter que la disposition ci-dessus s'applique uniquement aux soumissionnaires non retenus, et non aux membres du public qui n'en sont pas un. De plus, ces dispositions limitent la communication d'information aux seuls renseignements sur le soumissionnaire retenu; autrement dit, un soumissionnaire non retenu ne peut

- obtenir de l'information sur un autre soumissionnaire non retenu. La *Loi sur les achats publics* et son règlement n'autorisent pas expressément – pas plus qu'ils n'exigent – la communication du score des soumissionnaires non retenus.
56. Nous analysons ensuite la question de savoir si les alinéas 22(1)*b*) ou *c*) de la *Loi* peuvent être appliqués à ces scores afin de refuser de communiquer l'information à l'auteur de la demande. Afin de pouvoir légitimement se fier à l'alinéa 22(1)*b*) de la *Loi* pour ne pas communiquer des renseignements dans ce cas, Horizon doit prouver que les scores prélevés :
- a. sont des renseignements d'ordre commercial, financier, professionnel, scientifique ou technique de tiers qui sont soumissionnaires non retenus;
 - b. doivent avoir été fournis à Horizon par les tiers explicitement ou implicitement et de façon confidentielle;
 - c. doivent avoir été traités de façon continue en tant que renseignements confidentiels par les tiers.
57. Quant à l'alinéa 22(1)*c*), Horizon doit prouver que la communication de l'information pourrait vraisemblablement porter préjudice aux intérêts financiers et commerciaux des soumissionnaires non retenus. Les scores attribués à chaque soumissionnaire reposaient sur un examen des DP présentées par les soumissionnaires, qui contiennent ses données financières et commerciales. Étant donné la nature des soumissions, ces documents doivent être protégés par les alinéas 22(1)*b*) et *c*), à moins que les soumissionnaires ne consentent à leur communication.
58. Nous sommes d'avis que les scores attribués aux soumissionnaires non retenus relativement à chacun des quatre critères utilisés par Horizon (dans le tableau ci-dessus) ont été tirés des propres renseignements commerciaux, financiers ou techniques des soumissionnaires. Comme il s'agit de renseignements qu'ils ont fournis à Horizon (ou à Medbuy), ils sont donc considérés en tant que renseignements confidentiels. Si chaque score individuel pour chaque critère était publié, il révélerait les activités économiques des soumissionnaires ou permettrait des inférences justes sur ces dernières d'une façon qui pourrait vraisemblablement nuire aux intérêts commerciaux.
59. Pour ces raisons, nous estimons qu'Horizon a légitimement prélevé les scores financiers, pharmaceutiques, commerciaux et les scores sur les étiquettes se trouvant dans les notes d'information en vertu des alinéas 22(1)*b*) et *c*) de la *Loi*.

60. Nos conclusions ne sont cependant pas les mêmes pour le score moyen cumulatif attribué aux soumissionnaires non retenus.
61. En appliquant les critères de l'alinéa 22(1)b), nous n'estimons pas que le score moyen cumulatif constitue des renseignements commerciaux, financiers, professionnels, techniques ou scientifiques des soumissionnaires non retenus. Le score moyen cumulatif attribué aux soumissionnaires n'est pas uniquement tiré des renseignements sur les soumissionnaires; il est en fait calculé dans le cadre du processus d'évaluation entier et représente l'information (le score) sur laquelle repose l'adjudication du contrat. Pour des besoins de transparence, il est donc essentiel qu'Horizon communique ces scores pour prouver que c'est en effet le soumissionnaire le plus offrant qui a reçu le marché.
62. De plus, nous n'estimons pas que la communication de ces renseignements puisse vraisemblablement nuire aux intérêts commerciaux des soumissionnaires. En soi, le score moyen cumulatif ne révèle pas de détails qui indiqueraient les aspects commerciaux d'un tiers, qu'ils soient favorables ou non. Il s'agit simplement d'un score cumulatif, mais un score important tout de même pour montrer publiquement, en toute transparence, que seul le soumissionnaire retenu avait le score le plus élevé et que, pour cette raison, il a reçu le contrat.
63. Bien qu'un organisme public se fie aux soumissions pour évaluer les critères et émettre des scores, le score moyen cumulatif de tous les critères combinés ne révèle pas l'information fournie par les tiers et ne permet pas des inférences justes, car elle ne révèle pas comment les différents critères ont été notés.
64. Ainsi, Horizon n'avait pas raison de s'appuyer sur les alinéas 22(1)b) et c) de la *Loi* pour ne pas communiquer le score moyen cumulatif pour chaque soumissionnaire non retenu. Nous estimons qu'Horizon aurait dû communiquer ces renseignements à l'auteur de la demande. Nous soulignons qu'Horizon avait accepté de diffuser l'information pendant le processus de règlement informel (même s'il ne voulait pas diffuser le nom des soumissionnaires).

2) Renseignements prélevés dans les procès-verbaux du Comité de pharmacie

65. Horizon a prélevé le nom des membres du Comité de pharmacie qui se trouvait dans les procès-verbaux des réunions du Comité de pharmacie, mais a fourni le reste des procès-verbaux à l'auteure de la demande. Pendant notre enquête, Horizon nous a dit

- qu'il avait procédé de la sorte parce qu'il n'estimait pas que le nom des membres était pertinent dans le cadre de la demande de l'auteure.
66. Après avoir examiné la demande et ces documents en particulier, nous estimons que le nom des membres du Comité de pharmacie est pertinent pour le processus d'approvisionnement, car c'étaient ces personnes qui devaient évaluer certains volets des soumissions, en parallèle avec le personnel de Medbuy. Nous estimons que tous les renseignements contenus dans les procès-verbaux sont pertinents, dont le nom des membres du Comité de pharmacie. Ainsi, nous devons déterminer si les noms ont été dûment retenus en vertu de la *Loi*.
67. Les membres du Comité chargés de l'évaluation des soumissions dans cette affaire comprenaient un employé d'Horizon ainsi que d'autres employés ou représentants d'autres régies de la santé au Canada. Étant donné qu'Horizon a fait appel à Medbuy pour superviser le processus d'approvisionnement, Medbuy a également sélectionné tous les membres du Comité.
68. Il ne fait aucun doute que les membres du Comité considèrent que leur nom est un renseignement personnel en vertu de la *Loi*. De plus, les membres du comité sont des tiers, tel que le définit la *Loi*. L'article 21 est une exception obligatoire à la communication. Ainsi, si l'organisme public peut prouver que la communication des renseignements personnels du tiers serait une atteinte injustifiée à sa vie privée, l'organisme public doit protéger l'information.
69. Ainsi, Horizon doit prouver que la communication du nom des membres du Comité à l'auteure de la demande serait une atteinte injustifiée à leur vie privée. Horizon n'était pas disposé à diffuser le nom des membres du Comité, car il estimait que ceux-ci agissaient en tant que membres d'un comité et non en tant que fonctionnaires ou employés d'un organisme public. Horizon a traité les membres du Comité en tant que tiers, et l'information sur les tiers serait protégée, selon lui. De plus, Horizon a communiqué avec Medbuy pour demander son consentement à la communication du nom des membres, ce qu'elle a refusé. Par conséquent, Horizon a décidé de ne pas communiquer l'information pour des motifs liés à la confidentialité des tiers.
70. Le paragraphe 21(2) mentionne les situations où la communication des renseignements personnels sur un tiers pourrait être une atteinte injustifiée à sa vie privée. Toutefois, le paragraphe 21(3) dresse pour sa part une liste des situations où pareille communication ne serait pas considérée comme une atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers. À titre

d'exemple, nous pouvons citer un cas où les renseignements portent sur la classification, l'éventail des salaires, les avantages, les attributions ou les indemnités de déplacement d'un employé d'un organisme public :

21(3) Malgré le paragraphe (2), la communication de renseignements personnels ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers dans les cas suivants :

[...]

f) les renseignements portent sur la classification, l'éventail des salaires, les avantages, les attributions ou les indemnités de déplacement du tiers à titre :

(i) de cadre ou d'employé d'un organisme public [...]

71. Autrement dit, il n'est pas considéré injustifié de communiquer de l'information personnelle sur des employés ou fonctionnaires d'un organisme public si l'information est liée à son travail.
72. On peut en dire de même de la confidentialité des tiers. Horizon aurait dû avoir poussé la réflexion et s'être demandé s'il s'agit d'une atteinte injustifiée à la vie privée de communiquer le nom de ceux à qui un organisme public a confié l'évaluation de demandes de proposition pour un marché à attribuer par l'organisme public, en l'occurrence un marché visant la dépense de fonds publics. À notre avis, c'est là qu'Horizon a commis une erreur.
73. Horizon a délégué à Medbuy son autorité de superviser le processus d'approvisionnement afin de sélectionner un fournisseur de solutions IV pré-mélangées qu'Horizon devait acheter et dont il devait superviser la livraison dans les hôpitaux.
74. Medbuy agissait en tant qu'agent, mais plus important encore, pour le compte d'un organisme public (Horizon) lorsqu'elle a entrepris le processus d'approvisionnement. Medbuy a choisi les membres du comité qui ont fait ce travail et aucun fait ne nous mènerait à croire que rendre le nom des membres public constituerait une atteinte injustifiée à leur vie privée. Les membres agissaient uniquement selon ce pouvoir délégué et à titre professionnel. Ils agissaient donc au nom d'Horizon, comme des employés ou fonctionnaires, pour s'acquitter de ce rôle.
75. Le nom des membres du comité n'est pas un renseignement personnel qui peut être retenu en vertu de l'article 21, car la communication des noms n'est pas une atteinte à leur vie privée. Agir à titre d'évaluateurs des DP signifie agir à titre professionnel et non

- personnel (voir MO-1609, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, 31 janvier 2003).
76. Par conséquent, le nom des membres du comité ne peut être protégé selon la *Loi* et doit être communiqué à l'auteure de la demande.
77. Pendant notre examen des procès-verbaux de réunions, nous avons remarqué que d'autres renseignements avaient été prélevés : le nom du fournisseur antérieur à qui Medbuy a eu affaire pour l'approvisionnement de solutions IV pré-mélangées. Le montant de base dépensé par Medbuy auprès du fournisseur précédent a également été prélevé. De plus, un document contenait l'aperçu de Medbuy du contrat avec Marchese, soit la valeur annuelle prévue et la valeur de la remise en pourcentage.
78. Horizon n'a pas précisé ces renseignements prélevés dans sa réponse ni pourquoi l'information avait été retenue. Nous avons invité Horizon à fournir des explications sur la raison pour laquelle ces renseignements financiers ne devraient pas être divulgués à l'auteure de la demande. On nous a dit qu'il s'agissait simplement de considérations de tiers et de l'absence de consentement de la part de Medbuy.
79. Nous avançons respectueusement que ces renseignements ne sont pas des renseignements de tiers, car ils n'appartiennent pas à Medbuy. Ce sont des renseignements qui ont été recueillis pour Horizon dans le cadre de son processus d'approvisionnement. C'est à Horizon qu'incombait le fardeau de prouver (selon l'article 84) que ces renseignements ne doivent pas être communiqués à la lumière d'autres considérations, comme celles figurant parmi les exceptions aux articles 17 à 33, exception faite des articles 21 et 22, et il ne l'a pas fait.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

80. Nous sommes d'avis qu'Horizon a mené une recherche adéquate des documents pertinents par rapport à la demande quant aux documents dont il avait la garde ou la responsabilité relativement à la demande et que l'auteure de la demande a été dirigée vers Medbuy pour tout autre renseignement. Le moment où la réponse a été envoyée est le résultat d'un calcul incorrect des échéances. Toutefois, nous avons bon espoir que les commentaires et consignes fournis dans le présent rapport des conclusions aideront Horizon à éviter des situations semblables à l'avenir.

81. Le contenu de cette réponse était conforme aux exigences d'une réponse adéquate aux termes du paragraphe 14(1) de la *Loi*, car nous avons établi qu'Horizon a fourni un index des documents pertinents qui indiquait le sujet de la demande et les documents pertinents, le nombre de pages dans chaque document et si l'accès avait ou non été accordé, en expliquant pourquoi l'accès à certains renseignements demandés n'était pas offert.
82. Nous estimons qu'Horizon a légitimement invoqué les alinéas 22(1)*b*) et *c*) de la *Loi* pour refuser de communiquer à l'auteur de la demande le nom des soumissionnaires non retenus et leurs scores respectifs attribués pour les quatre critères de la DP qui se trouvent dans le document de la note d'information. Nous sommes cependant d'avis qu'Horizon a eu tort lorsqu'il a refusé d'accorder l'accès à l'auteur de la demande aux scores moyens cumulatifs des soumissionnaires non retenus en vertu des alinéas 22(1)*b*) et *c*) de la *Loi*.
83. Nous estimons également qu'il n'était pas légitime de refuser l'accès au nom des membres du comité d'évaluation sur la base que ces renseignements constituaient des renseignements personnels de tiers.
84. Quant au reste des prélèvements, soit l'information qui n'est pas des renseignements de tiers de Medbuy, nous estimons qu'Horizon n'a pas respecté le fardeau de prouver que ces renseignements ne doivent pas être communiqués selon d'autres considérations, comme celles qui figurent parmi les exceptions aux articles 17 à 33, exception faite des articles 21 et 22.
85. À la lumière de tout ce qui précède, nous recommandons, en vertu du sous-alinéa 73(1)*a*)(i) de la *Loi* :
- a. qu'Horizon fournisse le score moyen cumulatif des soumissionnaires non retenus à l'auteur de la demande;
 - b. qu'Horizon fournisse le nom des membres du comité à l'auteur de la demande;
 - c. qu'Horizon divulgue le reste des prélèvements dans les documents pertinents, notamment le nom du fournisseur antérieur retenu par l'intermédiaire de Medbuy pour fournir les solutions IV pré-mélangées, le montant de base que Medbuy a dépensé auprès du fournisseur précédent et l'aperçu de Medbuy du

contrat Marchese (la valeur annuelle prévue et la valeur de la remise en pourcentage).

Fait à Fredericton (Nouveau-Brunswick), ce 21 juillet 2014.

Anne E. Bertrand, c.r.
Commissaire

