

Recommandations formulées au dirigeant du Centre d'acquisitions gouvernementales concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1468685

No de la recommandation : 2023-01

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1, 31, 35, 56, 60

1. Aperçu

Le 25 janvier 2022, le Centre d'acquisitions gouvernementales (le « CAG ») a publié un appel d'offres public pour l'acquisition de laveurs-décontaminateurs de bassines, destinés à être livrés dans différents établissements à travers la province, ainsi que des consommables nécessaires à leur fonctionnement. Le 14 avril 2022, le CAG a adjugé le contrat au plus bas soumissionnaire.

Suivant la réception d'une dénonciation, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a entamé un examen du processus d'octroi de ce contrat. La dénonciation porte sur l'analyse réalisée par le CAG de la soumission du plus bas soumissionnaire, notamment en ce qui concerne à la conformité du bien à l'une des exigences énoncées ainsi qu'à l'analyse du prix soumis que le dénonciateur estime anormalement bas.

Le CAG soutient avoir réalisé l'examen des soumissions au regard de l'ensemble des exigences énoncées aux documents d'appel d'offres. Quant à l'analyse du prix soumis par le plus bas soumissionnaire conforme, il indique également avoir procédé en conformité avec le cadre applicable.

Au terme de son analyse, l'AMP en vient à la conclusion que le CAG a commis un manquement au cadre normatif, soit au principe du traitement intègre et équitable des concurrents, à l'occasion de l'analyse de la plus basse soumission. En effet, la preuve recueillie démontre que le plus bas soumissionnaire avait omis de considérer une partie des frais qu'il se devait de considérer conformément aux documents d'appel d'offres afin d'établir le prix global de sa soumission. Or, le CAG a plutôt considéré que le prix global soumis comprenait les frais qui avaient été omis et a permis la modification de la soumission par l'ajout d'une condition qui n'y était pas prévue visant à accommoder l'erreur commise, et ce, après l'ouverture des soumissions.

2. Question en litige

La question sur laquelle l'AMP doit se prononcer est la suivante :

1. Le CAG a-t-il respecté le principe du traitement intègre et équitable des soumissionnaires dans la cadre de l'analyse de la soumission du plus bas soumissionnaire?

3. Analyse

Le CAG est un organisme public au sens de l'article 4 (4) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*¹ (la « LCOP »). Dans le cadre du processus dont il est question en l'espèce, le CAG est responsable du regroupement d'organismes publics ayant manifesté leur intérêt à joindre le regroupement et à y participer, comme prévu à l'article 15 de la LCOP. Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le CAG est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP ainsi que celles en vertu des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1 Le CAG a-t-il respecté le principe du traitement intègre et équitable des soumissionnaires dans la cadre de l'analyse de la soumission du plus bas soumissionnaire?

Le CAG a enfreint le cadre normatif et porté atteinte au principe du traitement intègre et équitable des concurrents en acceptant la soumission du plus bas soumissionnaire bien qu'il ait été au fait que celle-ci était entachée d'une erreur ayant un impact sur son prix, puis en acceptant la condition posée par ce soumissionnaire visant à amenuiser l'impact de l'erreur qu'il avait commise dans la préparation de sa soumission.

L'article 2 de la LCOP énonce les grands principes qui gouvernent la passation des contrats publics, dont le principe du traitement intègre et équitable des concurrents². Le respect de ce principe commande que les concurrents, dans le cadre d'un processus d'adjudication, disposent des mêmes opportunités de contracter avec les organismes publics, et ce, tout au long du processus menant à la conclusion du contrat.

Dans le cadre de l'analyse des soumissions, le respect du principe du traitement intègre et équitable des concurrents est préservé par le respect des obligations et des principes qui encadrent la latitude dont les organismes disposent, permettant une évaluation juste et impartiale des soumissions. Ces obligations se retrouvent, d'une part, dans les règlements découlant de la LCOP qui établissent des conditions d'admissibilité et de conformité obligatoires, dont la condition obligeant le rejet d'une soumission conditionnelle³ et, d'autre part, à même les conditions énoncées aux documents d'appel d'offres. Finalement, l'étude de la jurisprudence permet également de dégager certaines restrictions à la latitude des organismes publics en lien avec le principe susmentionné, dont celle voulant qu'ils ne puissent considérer une soumission comportant une irrégularité ayant un impact sur le prix soumis.

¹ RLRQ, c. C 65-1.

² Art. 2 (2) LCOP.

³ Art. 7 (3), *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2.

Dans le cas présent, la preuve recueillie démontre que lorsque le CAG a procédé à l'ouverture des soumissions, il a constaté un écart important entre les prix soumis par les deux soumissionnaires. Il a alors entamé des démarches auprès du plus bas soumissionnaire afin que celui-ci justifie le prix soumis. Après examen, le CAG s'est déclaré satisfait des explications fournies par le soumissionnaire quant à sa capacité à réaliser le contrat en fonction du prix soumis et l'examen réalisé par l'AMP n'a révélé aucun manquement à cet égard.

Néanmoins, dans le cadre de cette démarche, le plus bas soumissionnaire a révélé avoir omis de considérer les frais de livraison des consommables aux fins d'établir son prix, et ce, bien que les documents d'appel d'offres prévoyaient expressément que ces frais devaient être inclus à même le prix unitaire soumis pour les consommables.

Dans le cadre de leurs échanges, le CAG a indiqué à ce soumissionnaire que deux options s'offraient à lui, soit de considérer que les frais de livraison étaient inclus au prix soumis et que sa soumission soit jugée conforme à cet égard, soit de maintenir sa position selon laquelle ceux-ci n'étaient pas inclus dans le prix soumis et que sa soumission soit alors considérée comme non conforme. À la suite de ces échanges, le soumissionnaire a confirmé le montant unitaire associé aux frais de livraison qu'il avait omis d'inclure au prix de sa soumission, et a proposé de ne pas facturer ceux-ci, si le CAG s'engageait à commander un minimum de trois caisses de consommables par commande. Le CAG a accepté cette proposition et a adjugé le contrat au plus bas soumissionnaire.

Lors des entrevues menées par l'AMP, le CAG a indiqué avoir considéré cette modification comme étant mineure par rapport à la valeur totale du contrat. Lorsqu'interrogé au sujet de son évaluation portant sur la valeur des frais de livraison omis par le soumissionnaire, le CAG a expliqué ne pas avoir réalisé ce calcul. Il a confirmé par ailleurs que ces frais avaient dûment été inclus au prix soumis par le second soumissionnaire. Quant à l'acceptation de la proposition du soumissionnaire à l'égard d'un nombre minimal de caisses par livraison, le CAG a expliqué que puisque l'omission de considérer les frais de livraison avait un certain impact sur le prix, il a cru bon de faire preuve de flexibilité. Il a donc considéré qu'il ne s'agissait pas d'une modification à la soumission, mais bien, d'un allègement en faveur du plus bas soumissionnaire. En bref, le CAG a mentionné qu'il était d'avis qu'il aurait été déraisonnable de rejeter la plus basse soumission en raison de l'erreur du soumissionnaire d'avoir omis d'inclure les frais de livraison.

L'examen réalisé par l'AMP révèle que les décisions prises par le CAG sont problématiques.

D'abord, l'omission du soumissionnaire d'inclure les frais relatifs à la livraison des consommables est indéniable et occasionne un impact sur le prix soumis. Cette omission a pour conséquence d'empêcher la comparaison des soumissions sur une même base puisque le second soumissionnaire s'est conformé aux exigences des documents d'appel d'offres sur ce point. Ensuite, la proposition du soumissionnaire afin de modifier sa soumission en ajoutant une condition se rapportant au nombre minimal de caisse par livraison afin d'amenuiser l'impact financier de l'erreur commise rend sa soumission conditionnelle. En effet, ce faisant, le soumissionnaire ajoute une condition qui est différente de celles prévues aux documents d'appel d'offres et soumet

une forme de contre-proposition au CAG. Conformément au cadre normatif applicable, les documents d'appel d'offres prévoient expressément le rejet automatique d'une telle soumission.⁴

Par ailleurs, l'AMP note qu'aux fins de déterminer si l'omission du soumissionnaire de considérer les frais de livraison dans l'élaboration de sa soumission était déterminante, le CAG a considéré que leur valeur était de peu d'importance par rapport à la valeur totale du contrat alors qu'aux fins d'accommoder l'erreur commise par ce même soumissionnaire, il s'est appuyé sur cette même valeur pour justifier l'allègement qu'il lui a consenti.

Finalement, l'AMP tient à souligner qu'il convient de différencier le présent cas de ceux où, une fois l'analyse des soumissions complétée et l'adjudicataire identifié, certains éléments mineurs sont discutés avec l'adjudicataire avant la signature du contrat. En effet, alors que la jurisprudence confère une certaine latitude aux organismes publics se trouvant dans une telle situation, le cas présent s'en distingue d'abord par le moment où ces discussions ont lieu avec le soumissionnaire, soit dans le cours de l'analyse de sa soumission, ainsi que des raisons qui ont poussé le CAG à avoir de telles discussions avec le soumissionnaire, soit l'erreur commise dans l'élaboration de sa soumission.

4. Considérations additionnelles

L'examen réalisé par l'AMP l'a amenée à se pencher sur certaines normes se retrouvant aux documents d'appel d'offres que les laveurs-décontaminateurs devaient respecter afin d'être jugés conformes aux conditions de conformité énoncées par le CAG.

L'AMP a ainsi pu constater que le CAG a indiqué dans ses documents d'appel d'offres que les laveurs-décontaminateurs devaient être conformes à une norme donnée alors qu'une norme plus spécifique aurait pu être utilisée pour le type de biens que le CAG cherchait à acquérir. À cet égard, le CAG a expliqué à l'AMP que dès qu'il a constaté cet état de fait, et après réflexion, il a procédé à l'analyse de la conformité des soumissions en tenant compte des exigences énoncées dans les documents d'appel d'offres, dont cette norme, ce qui est conforme au cadre normatif applicable.

L'AMP tient à souligner que les organismes publics doivent s'astreindre à un haut niveau de rigueur durant la rédaction des documents d'appel d'offres puisque leur qualité sera déterminante à la réussite du reste du processus contractuel, et ce, jusqu'à l'adjudication du contrat. Bien qu'il soit vrai, de dire que certains enjeux peuvent survenir lors de la transposition des besoins dans les documents d'appel d'offres, elles ne sont cependant pas nécessairement génératrices de manquements au cadre normatif.

⁴ Document complet_2021-6805-64-01, clause 1.11.01.

5. Conclusion

VU l'obligation de respecter les principes énoncés à l'article 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, dont celui du traitement intègre et équitable des concurrents;

VU l'erreur commise par le plus bas soumissionnaire en omettant de considérer une partie des frais qu'il se devait de considérer dans l'élaboration du prix soumis et l'impact de cette omission sur son prix;

VU la contre-proposition faite par le plus bas soumissionnaire voulant qu'aucuns frais ne seraient ajoutés advenant l'ajout d'un nombre minimal de caisses par commande dans le but de minimiser l'impact financier de son omission;

VU l'octroi du contrat;

VU le manquement au cadre normatif;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 31 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

RECOMMANDE au dirigeant du Centre d'acquisitions gouvernementales d'assurer le respect du principe du traitement intègre et équitable des concurrents dans le cadre de ses processus contractuels et de mettre en place les mesures de contrôle nécessaires afin d'assurer le respect strict du cadre normatif, notamment en ne permettant pas la modification des soumissions par l'ajout de conditions;

RECOMMANDE au dirigeant du Centre d'acquisitions gouvernementales d'informer par écrit son personnel de la présente décision et de l'interprétation qui doit être donnée, ainsi que du manquement que constitue la modification des soumissions par l'ajout de conditions après l'ouverture de ces dernières;

RECOMMANDE au dirigeant du Centre d'acquisitions gouvernementales d'assurer la formation du personnel œuvrant en gestion contractuelle à l'égard des règles et principes qui encadrent l'analyse des soumissions, notamment :

- les conditions de conformité prévues à la réglementation découlant de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, dont celle se rapportant aux soumissions conditionnelles;
- les principes développés par les tribunaux quant à l'analyse des soumissions à l'égard du principe du traitement intègre et équitable des concurrents.

REQUIERT au dirigeant du Centre d'acquisitions gouvernementales de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 45 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 9 janvier 2023

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ