

Recommandations formulées au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1551286

No de la recommandation : 2023-03

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

1. Aperçu

Le 8 décembre 2021, le Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal (le « Comité ») a publié un appel d'offres public pour l'acquisition de fournitures et de produits chimiques d'entretien sanitaire au bénéfice d'un regroupement d'organismes publics. Cet appel d'offres était composé de trois lots, lesquels ont été adjugés le 17 février 2022 aux plus bas soumissionnaires conformes. Les documents d'appel d'offres prévoient un contrat d'une durée de douze mois, débutant le 1^{er} mars 2022, incluant deux options de renouvellement de douze mois chacune¹.

L'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a reçu une communication de renseignements portant sur le contrat du lot 3 de l'appel d'offres précité. La communication reçue concerne une modification apportée par le Comité à la soumission retenue pour ce lot après son adjudication en lien avec l'un des produits demandés en grande quantité.

Le Comité soutient que la modification effectuée l'a été dans le but de corriger une erreur dans la formule de calcul du bordereau de prix, que cette correction n'a pas eu d'impact sur l'adjudication du contrat et que les documents d'appel d'offres lui permettaient de procéder de cette façon. Il soutient également que le prix au litre du produit à l'étude est demeuré le même.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que la modification apportée par le Comité au bordereau de prix après l'octroi du contrat est contraire au cadre normatif auquel ce dernier est assujéti. L'AMP constate que la modification réalisée n'est pas accessoire au contrat puisqu'elle porte sur un élément essentiel, soit le prix unitaire soumis. La preuve au dossier démontre que le Comité, après avoir été informé par l'adjudicataire du lot 3 de l'erreur qu'il a commise dans son bordereau de prix, a modifié le prix unitaire du produit à la hausse et que les documents d'appel d'offres du Comité n'autorisent pas une telle démarche.

¹ Documents d'appel d'offres, clause 3.4.

2. Questions en litige

Les questions sur lesquelles l'AMP doit se prononcer sont les suivantes :

1. Le Comité a-t-il procédé à une modification du contrat pour le lot 3?
2. Le cas échéant, la modification réalisée par le Comité est-elle conforme au cadre normatif auquel il est assujéti?

3. Analyse

Le Comité est un organisme public au sens de l'article 4 (5°) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*² (la « LCOP »). Dans le cadre du présent processus, le Comité est responsable des organismes publics ayant manifesté leur intérêt à joindre le regroupement et à y participer, comme le prévoit l'article 15 de la LCOP. Ce faisant, lorsqu'il conclut un contrat public, le Comité est notamment tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements pris pour son application et des directives qui en découlent.

3.1. Le Comité a-t-il procédé à une modification du contrat pour le lot 3?

Le Comité a effectué une modification du contrat octroyé pour le lot 3 en voulant corriger le bordereau de soumission de l'adjudicataire. En effet, la démarche réalisée par le Comité a eu pour effet de modifier à la hausse le prix proposé par l'adjudicataire lors du dépôt de sa soumission. La correction apportée par le Comité constitue un changement aux modalités du contrat initialement conclu et s'avère donc en être une modification.

Dans le cadre de la passation de leurs contrats, la liberté contractuelle des organismes publics est encadrée par le régime de la LCOP, lequel prévoit des dispositions qui sont d'ordre public et qui s'appuient sur les principes régissant les marchés publics. Ainsi, bien que les organismes publics puissent apporter des changements aux contrats qu'ils concluent, ces changements doivent respecter le cadre leur étant imposé.

Il importe également de rappeler que, dans le cadre d'un processus d'appel d'offres public, il a été établi par la jurisprudence³ qu'il y avait formation de deux contrats distincts. Le premier contrat (Contrat A) se déroule au stade du processus d'appel d'offres durant lequel l'organisme public, par la publication de son appel d'offres, fait une offre de contracter à tous les soumissionnaires potentiels. L'acceptation de cette offre est manifestée par un soumissionnaire avec le dépôt de sa soumission. Le second contrat (Contrat B) se matérialise ensuite lorsque l'organisme public attribue son contrat à l'adjudicataire selon les modalités établies, lequel mène à son exécution.

² RLRQ, c. C-65.1

³ *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, 1981 CanLII 17 (CSC), [1981] 1 RCS 111.

Dans la présente situation, la modification apportée par le Comité concerne le Contrat B puisqu'elle a été réalisée après son adjudication. En effet, la preuve révèle qu'en cours d'exécution du contrat, le Comité a été informé par l'adjudicataire qu'il avait commis une erreur dans sa soumission en complétant le bordereau de prix pour le lot 3 et que la modification apportée par le Comité découle de cette situation. La preuve révèle également que le montant initialement retenu de 254 771,56 \$ pour le lot 3 est passé à 341 557,25 \$ au système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec durant l'exécution du contrat.

Le Comité soutient que la modification a été apportée à la formule de calcul du bordereau de soumission de l'adjudicataire de ce lot, puisque les documents d'appel d'offres lui permettaient de corriger une erreur de calcul. Il indique également que la modification n'a pas eu pour effet de changer le prix unitaire de l'item puisque le prix au litre du produit est demeuré le même et que c'est pour pallier un changement de format d'emballage que le Comité a procédé à l'ajustement.

À la lecture du bordereau de prix pour le lot 3, l'AMP constate que les soumissionnaires devaient indiquer un prix « selon l'unité de mesure demandée » pour chacun des items listés dans le document rendu disponible sous format Excel. L'unité de mesure demandée faisait référence au format du contenant du produit en litre demandé par le Comité pour chacun des items. Toutefois, bien qu'un format spécifique fût précisé au bordereau, il était tout de même possible pour un soumissionnaire de proposer une unité de mesure différente, donc un format d'emballage différent, pour son produit. Le cas échéant, il devait alors l'indiquer au bordereau dans la colonne à cet effet et établir son prix en conséquence, puisque le calcul du prix total pour l'item au bordereau le prévoyait automatiquement par l'intermédiaire d'une formule intégrée. Conséquemment, le prix unitaire des items demandé par le Comité au bordereau se basait sur un prix par format du contenant et non sur un prix au litre du produit.

La preuve démontre que l'adjudicataire a inscrit à sa soumission un format d'emballage différent de celui demandé par le Comité. Qui plus est, la preuve révèle que les organismes publics issus du regroupement ont commandé, après l'adjudication du contrat, le produit selon le format proposé par l'adjudicataire. Ce faisant, l'AMP ne retient pas que le format d'emballage de l'adjudicataire a changé en cours de contrat comme le prétend le Comité.

Par ailleurs, la preuve démontre que le Comité a apporté une modification au prix unitaire du produit à l'étude. En effet, comme précédemment mentionné, les soumissionnaires devaient indiquer à leur soumission un prix par format et non un prix au litre, comme le spécifiait le bordereau. Ce faisant, le Comité ne peut prétendre que c'est un prix au litre qui était recherché après que le contrat eut été adjugé sur la base du prix par unité/format.

Enfin, les documents d'appel d'offres du Comité prévoient effectivement qu'au stade de l'adjudication du contrat, le Comité peut procéder à la correction des erreurs de

calcul se trouvant dans les soumissions⁴. Toutefois, en l'espèce, considérant que le Comité a procédé à la correction après l'adjudication du contrat alors que l'analyse des soumissions était complétée, cette disposition des documents d'appel d'offres n'est plus applicable. En effet, celle-ci vise à permettre au Comité de se gouverner lorsqu'il procède à l'analyse des soumissions en regard de ses obligations découlant du Contrat A. Une fois celle-ci complétée et le contrat octroyé, elle ne peut être utilisée pour légitimer une modification au Contrat B.

3.2. Le cas échéant, la modification réalisée par le Comité est-elle conforme au cadre normatif auquel il est assujéti?

La modification apportée par le Comité n'est pas conforme au cadre normatif auquel il est assujéti.

Le cadre normatif permet aux organismes publics de procéder à la modification de leur contrat lorsque celle-ci en constitue un accessoire et n'en change pas la nature⁵. Cette règle, qui vise à circonscrire la latitude des organismes publics dans la gestion de leur contrat, s'inscrit en cohérence avec les principes des marchés publics, notamment ceux d'intégrité des processus et d'équité entre les soumissionnaires.

La notion « d'accessoire » n'est toutefois pas définie par le cadre normatif. Il faut ainsi tenir compte des circonstances particulières et voir comment la modification s'articule par rapport au contrat initial. Plusieurs facteurs, qui ne sont pas à eux seuls déterminants, peuvent être analysés afin de déterminer si une modification est accessoire, sans s'y limiter. Parmi ces facteurs, il y a la valeur de la dépense supplémentaire occasionnée par la modification en rapport avec le montant du contrat initial, le lien entre la nature de la modification et celle du contrat, ainsi que la raison pour laquelle la modification est apportée, notamment l'urgence ou l'imprévisibilité de la situation. La modification qui touche un élément essentiel du contrat ne pourra être qualifiée d'accessoire. Par ailleurs, la détermination du caractère accessoire ou non de la modification variera en fonction de la nature du contrat initial⁶.

Parmi ses observations, le Comité fait entre autres valoir que le prix unitaire du produit n'a pas été modifié puisque le prix au litre est demeuré le même et que c'est le format d'emballage de l'adjudicataire qui a changé. L'AMP ne retient pas ces arguments. Le Comité a procédé à la modification d'un élément essentiel du contrat, soit le prix unitaire soumis pour l'item concerné. Ce faisant, la modification ne peut être considérée comme étant accessoire et n'est donc pas autorisée par le cadre normatif.

De plus, celle-ci porte sur un élément essentiel du contrat adjudgé par le Comité, soit le prix unitaire proposé par l'adjudicataire dans sa soumission et pour lequel le Comité a

⁴ Documents d'appel d'offres, clause 2.15.

⁵ *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, art. 17.

⁶ D'autres conditions sont également prévues par le cadre normatif pour statuer sur la conformité d'une modification, notamment des conditions d'autorisation préalable. Toutefois, en l'espèce, il n'est pas nécessaire de s'y attarder.

convenu d'acquérir le produit. Dans le contexte du contrat visé⁷, l'AMP conclut que le prix unitaire du bien soumis constitue l'une des modalités essentielles du contrat et que le fait de modifier cet élément, à lui seul, est déterminant pour statuer sur le caractère non accessoire de la modification.

4. Considérations additionnelles

Au terme des vérifications réalisées dans le présent dossier, l'AMP tient à souligner l'importance de poser des questions aux organismes publics lorsque les soumissionnaires s'interrogent sur certains aspects mentionnés aux documents d'appel d'offres nécessitant plus de précision. Cela donne l'occasion aux organismes publics de publier des addendas et d'apporter des précisions à leurs documents, le cas échéant. De leur côté, les organismes publics ont intérêt à élaborer le plus clairement possible leurs appels d'offres, afin d'éviter les ambiguïtés et de dissiper toute confusion. De cette façon, cela permet de minimiser les risques de mauvaise compréhension des soumissionnaires et les problématiques pouvant découler de cette situation.

L'AMP constate que le libellé utilisé dans le bordereau de prix pour le lot 3 pourrait porter à confusion et qu'il aurait pu bénéficier d'une clarification afin d'assurer une meilleure compréhension de la part des soumissionnaires. Cela étant dit, la responsabilité des soumissionnaires de poser des questions en temps opportun demeure.

5. Conclusion

VU la possibilité pour les organismes publics de procéder à la modification d'un contrat lorsque celle-ci en constitue un accessoire et n'en change pas la nature;

VU la modification apportée en cours d'exécution du contrat au prix unitaire du produit;

VU le prix unitaire étant un élément essentiel dudit contrat;

VU la modification n'étant pas accessoire;

VU l'échéance du contrat prévue le 28 février 2023;

VU la présence d'une clause permettant le renouvellement à deux reprises du contrat, et ce, pour une période de 12 mois;

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 :

⁷ Documents d'appel d'offres, clause 3.1.

RECOMMANDE au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal de ne pas procéder au renouvellement du contrat pour le lot 3 en cours d'exécution;

RECOMMANDE au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal de mettre en place les mesures de contrôle nécessaires afin d'assurer le respect du cadre normatif, notamment en prévoyant un encadrement pour son personnel relativement aux modifications pouvant être réalisées en cours de contrat ainsi que les contrôles nécessaires visant à assurer l'application;

RECOMMANDE au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal d'informer son personnel œuvrant en gestion contractuelle par écrit de la présente décision et de l'interprétation qui doit en être donnée;

RECOMMANDE au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal d'assurer la formation du personnel œuvrant en gestion contractuelle à l'égard des règles et des principes qui encadrent la modification de contrat en cours d'exécution;

REQUIERT au dirigeant du Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal de la tenir informée, par écrit, dans un délai de 60 jours, des mesures prises pour donner suite à ces recommandations.

Fait le 20 février 2023

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ