

Recommandations formulées au Conseil municipal de la Municipalité de Clerval concernant le processus identifié au SEAO sous le numéro de référence 1734393

No de la recommandation : 2023-10

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

1. APERÇU

Le 16 juin 2023, la Municipalité de Clerval (la Municipalité) a publié une demande de soumissions publique (la Demande) afin d'octroyer un contrat pour le déblaiement, l'enlèvement de la neige et l'épandage d'abrasif sur ses chemins pour les saisons 2023-2028. Au terme du processus, la Municipalité a reçu deux soumissions. Le 13 juillet 2023, elle a adjugé le contrat à l'entreprise ayant déposé la deuxième plus basse soumission. Le contrat est ainsi dans sa première année d'exécution.

L'Autorité des marchés publics (AMP) a reçu une communication de renseignements concernant l'octroi de ce contrat. L'examen de l'AMP a porté sur la règle d'adjudication applicable à ce contrat et sur les motifs de la Municipalité quant au rejet de la soumission la plus basse en regard des conditions de la Demande.

La Municipalité a mentionné à l'AMP avoir contacté les municipalités avoisinantes avant d'adjuger le contrat, afin d'obtenir leurs commentaires à l'égard des soumissionnaires dans le cadre de contrats antérieurs, et que ces démarches ont soulevé des doutes quant à la capacité du plus bas soumissionnaire à réaliser adéquatement le contrat. La Municipalité a alors rejeté la plus basse des soumissions reçues et octroyé le contrat au second plus bas soumissionnaire. Elle a indiqué avoir procédé de la sorte parce qu'elle avait prévu une clause aux documents de la Demande indiquant qu'elle ne s'engageait pas à accepter la plus basse des soumissions.

Au terme de son examen, l'AMP conclut que la Municipalité n'a pas respecté le cadre normatif lui étant applicable dans le cadre de l'octroi du contrat visé en écartant la plus basse soumission reçue pour un motif n'apparaissant pas aux documents de la Demande.

2. QUESTIONS EN LITIGE

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

1. Quelle est la règle d'adjudication que devait respecter la Municipalité dans le cadre de l'octroi de son contrat ?
2. La Municipalité était-elle en droit d'écarter la plus basse des soumissions reçues ?

3. ANALYSE

La Municipalité de Clerval est une municipalité visée par le *Code municipal du Québec*¹ (CMQ). Ce faisant, lorsqu'elle conclut un contrat public, elle est notamment tenue de respecter les dispositions du CMQ et des règlements qui en découlent. Par ailleurs, dans le cadre de l'octroi de ses contrats par demande de soumissions publique, elle doit également se gouverner conformément aux modalités d'adjudication et aux conditions qui y sont prévues.

3.1. Quelle est la règle d'adjudication que devait respecter la Municipalité dans le cadre de l'octroi de son contrat ?

La Municipalité se devait d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire conforme au terme de son processus d'adjudication en l'absence de modalités ou d'autres éléments prévus aux documents de la Demande permettant de conclure autrement et sans l'autorisation du ministre des Affaires municipales².

Dans le cadre de la passation de certains contrats, lorsqu'ils comportent une dépense égale ou supérieure au seuil décrété par le ministre³, le CMQ impose aux organismes municipaux de procéder, sauf exception, par voie de demande de soumissions publique pour adjudger leurs contrats⁴. Ce régime d'appel à la concurrence permet aux organismes municipaux de solliciter le marché afin d'obtenir la meilleure offre au meilleur prix. À moins qu'un organisme municipal ne choisisse de recourir à un système de pondération et d'évaluation des offres⁵ ou qu'il obtienne l'autorisation du ministre des Affaires municipales, il ne peut accorder le contrat à une autre personne que celle qui a soumis l'offre la plus basse⁶.

Le processus de demande de soumissions publique entraîne à lui seul des obligations entre l'organisme municipal donneur d'ouvrage et les soumissionnaires. Ces obligations sont d'abord définies par les modalités prévues aux documents de la demande de soumissions publique et par les dispositions législatives applicables, puis par les obligations implicites découlant du processus d'adjudication et de ses principes inhérents.

¹ RLRQ, c. C -27.1.

² Conformément à l'article 935, par. 7 du CMQ. Les ministre et ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire sont désignés ministre des Affaires municipales et ministère des Affaires municipales et de l'Habitation en vertu du *Décret 1646-2022* du 20 octobre 2022, (2022) 154 G.O. 2, 6518.

³ Ce seuil est actuellement de 121 200 \$, selon l'article 1 du *Règlement décrétant le seuil de la dépense d'un contrat qui ne peut être adjugé qu'après une demande de soumissions publique, le délai minimal de réception des soumissions et le plafond de la dépense permettant de limiter le territoire de provenance de celles-ci*, RLRQ, c. C-19, r. 5.

⁴ Article 935 du CMQ.

⁵ Ou encore, dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement, d'avoir recours à un contrat à commandes selon les modalités de l'article 936.0.1.3 du CMQ.

⁶ Article 935, par. 7 du CMQ.

Quant aux modalités prévues aux documents de la demande de soumissions publique, elles doivent être formulées en cohérence avec les besoins que l'organisme municipal a préalablement déterminés, avant de lancer le processus d'adjudication.

Par ailleurs, la jurisprudence enseigne que le donneur d'ouvrage doit, en plus d'évaluer les soumissions de manière équitable et uniforme, octroyer le contrat à un soumissionnaire qui est conforme⁷. Ainsi, l'offre retenue, au-delà du prix proposé, doit répondre aux conditions et exigences de la demande de soumissions publique qui a été publiée.

La diffusion de l'ensemble des conditions et exigences imposées aux soumissionnaires potentiels par l'intermédiaire des documents de la demande de soumissions publique assure que ces derniers reçoivent la même information, de façon transparente et équitable. Cela leur permet aussi de savoir sur quelle base leur soumission sera analysée.

En l'espèce, l'AMP constate que les documents au soutien de la Demande ne prévoient pas spécifiquement la règle d'adjudication applicable à l'octroi du contrat ou de modalités y étant relatives. Ces documents ne prévoient pas non plus de critères ou d'exigences, ni de méthode de pondération et d'évaluation des offres qui auraient permis à la Municipalité d'évaluer la qualité des soumissions conformément à un système de pondération et d'évaluation des offres⁸. Ce faisant, en l'absence d'éléments permettant de conclure autrement, il faut déduire que c'est la règle générale du prix le plus bas qui trouve application en l'espèce⁹. D'autant plus que les renseignements et les informations obtenus durant l'examen ne permettent pas à l'AMP d'arriver à une autre conclusion.

De plus, il n'a pas été démontré que la Municipalité avait obtenu une autorisation du ministre des Affaires municipales qui lui aurait permis d'écarter la règle du plus bas prix soumis. Dans les circonstances, pour rejeter la soumission la plus basse, la Municipalité devait conclure, en regard des conditions prévues aux documents de la Demande, que celle-ci n'était pas conforme ou que le soumissionnaire l'ayant déposée n'était pas admissible.

3.2. La Municipalité était-elle en droit d'écarter la plus basse des soumissions reçues ?

La Municipalité ne pouvait écarter la plus basse des soumissions reçues pour un motif n'apparaissant pas aux documents de la Demande. Elle a, par ce fait, contrevenu au cadre normatif lui étant applicable.

Comme mentionné, en sollicitant le marché par voie de demande de soumissions publique, les organismes municipaux ont l'obligation de procéder équitablement et uniformément à l'évaluation des soumissions qu'ils reçoivent en vue de conclure le contrat. Pour ce faire, ils doivent avoir énoncé, dans les documents au soutien de leur demande de soumissions, les conditions et exigences sur lesquelles ils entendent se fonder pour évaluer les soumissions, puisqu'il s'agit des barèmes que doivent respecter les soumissionnaires afin de pouvoir se voir adjuger le contrat.

⁷ *Mabarex inc. c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2021 QCCS 2601; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Ville de Montréal c. 9150-2732 Québec inc.*, 2023 QCCA 567.

⁸ Selon les modalités de l'un ou l'autre des articles 936.0.1 ou 936.0.1.1 du CMQ.

⁹ Article 935, par. 7 du CMQ.

Il n'est donc pas possible pour un organisme municipal d'écarter une soumission pour un motif n'ayant pas été mentionné au préalable dans ses documents sans contrevenir aux principes inhérents de transparence et d'équité imposés par le processus d'appel à la concurrence.

Par ailleurs, les clauses de réserve ne peuvent être utilisées que dans certaines circonstances. Elles ne déchargent pas les organismes municipaux du devoir de traiter les soumissionnaires équitablement et ne leur permettent pas non plus de faire fi des règles applicables aux processus d'appel à la concurrence selon le prix le plus bas.

De plus, comme mentionné précédemment, le CMQ impose, sauf exception, d'accepter la plus basse des soumissions. Ainsi, une clause de réserve qui prévoit le contraire et qui est utilisée dans cette visée contrevient aux dispositions applicables du CMQ¹⁰.

Dans le présent dossier, la Municipalité a indiqué à l'AMP qu'elle ne s'engageait pas à accepter la plus basse des soumissions, ayant prévu une clause à cet effet dans les documents de la Demande. Elle a mentionné que ce faisant, avant d'adjuger le contrat, elle a entrepris de contacter des municipalités avoisinantes au sujet de leur expérience passée avec les soumissionnaires et que ces démarches avaient soulevé des doutes quant à la capacité du plus bas soumissionnaire à réaliser adéquatement le contrat. Elle a alors rejeté la plus basse des soumissions et octroyé le contrat au second plus bas soumissionnaire.

La Municipalité a soutenu avoir avisé le plus bas soumissionnaire du rejet de sa soumission pour les raisons ci-devant évoquées dans une lettre datée du 14 juillet 2023. La Municipalité a également indiqué que, ayant elle-même eu des expériences contractuelles positives par le passé avec le second soumissionnaire, elle a alors décidé de lui octroyer le contrat. Par ailleurs, elle a mentionné avoir envisagé d'inclure à la Demande une condition reliée à l'expérience du soumissionnaire, mais ne pas avoir retenu cette avenue par crainte de ne recevoir aucune soumission.

Au terme de son analyse des documents et renseignements obtenus durant l'examen, l'AMP constate que la Municipalité a écarté la plus basse des soumissions reçues pour un motif qui n'apparaissait pas aux documents de la Demande, ce qu'elle ne pouvait faire. En effet, les démarches que la Municipalité a entreprises auprès des municipalités avoisinantes, et qui l'ont influencée dans le choix d'écarter la plus basse des soumissions, ne faisaient pas partie des conditions de la Demande. Le bien-fondé de l'inclusion de telles exigences, portant sur la satisfaction d'autres municipalités à l'égard des soumissionnaires, aurait d'ailleurs été pour le moins discutable.

L'AMP est d'avis que la clause de réserve à laquelle la Municipalité réfère ne lui permet pas non plus de justifier le rejet de la plus basse des soumissions ni d'avoir entrepris les démarches mentionnées. En effet, contrairement à la portée que la Municipalité lui donne, cette clause ne lui permet pas de contrevenir aux dispositions du CMQ applicables¹¹ ni de faire fi du principe de l'appel à la concurrence auquel elle est soumise et des règles qui y sont relatives.

¹⁰ Article 935, par. 7 du CMQ. Voir également *Ville de Montréal c. 9150-2732 Québec inc.*, 2023 QCCA 567, par. 31.

¹¹ Article 935, par. 7 du CMQ, en l'absence d'autorisation du ministre des Affaires municipales, tel que ci-devant mentionné.

La présence d'une telle clause ne soustrait pas non plus la Municipalité de son obligation d'analyser les soumissions de manière équitable et uniforme selon les conditions et exigences de la Demande et du CMQ. Ainsi, en ayant recours à cette clause dans les circonstances mentionnées, la Municipalité contrevient à ses obligations dans l'octroi du contrat.

Également, contrairement aux prétentions de la Municipalité, la lettre transmise au plus bas soumissionnaire le 14 juillet 2023, dont l'AMP a obtenu copie durant l'examen, ne fait pas état des véritables raisons qui ont motivé le rejet de la soumission, mais se contente d'indiquer que la soumission rejetée ne répond pas aux attentes de la Municipalité.

Comme il a déjà été mentionné, ce n'est qu'en conformité avec les conditions prévues à la Demande que les soumissions devaient être évaluées, et ce, de manière rigoureuse. Ainsi, il n'était pas possible pour la Municipalité de se fonder sur d'autres conditions que celles apparaissant à la Demande pour rejeter une soumission. Des expériences contractuelles positives passées ne lui permettaient pas non plus de justifier l'octroi du contrat au second soumissionnaire.

L'AMP est d'avis que la Municipalité a contrevenu au cadre normatif applicable en se basant sur une condition nouvelle et non annoncée pour « sélectionner » son contractant, bafouant ainsi les principes de transparence et d'équité auxquels elle est soumise dans la passation de ses contrats. Elle se devait par ailleurs d'évaluer équitablement les soumissions en fonction des conditions énoncées aux documents de la Demande.

Enfin, il importe de spécifier que l'AMP n'a pas autrement à établir si le soumissionnaire en question était admissible et sa soumission conforme, ou si le contrat devait ou non lui être adjugé, pour conclure ici à un manquement au cadre normatif.

4. CONSIDÉRATIONS ADDITIONNELLES

Mécanismes prévus au cadre normatif

L'AMP rappelle que le cadre normatif prévoit des mécanismes permettant aux organismes municipaux de s'assurer que leurs besoins seront comblés par des contractants compétents. Cela commence par une élaboration adéquate des conditions d'admissibilité des soumissionnaires et de conformité des soumissions, en tenant compte des besoins et du marché. Ensuite, dans un contexte où les municipalités souhaitent évaluer la qualité des soumissions, elles peuvent avoir recours à un système de pondération et d'évaluation des offres dans lequel elles pourront, selon les choix retenus, inclure des exigences ou des critères d'évaluation des soumissions. Le tout doit évidemment avoir été réfléchi durant la préparation de la demande de soumissions publique.

Par ailleurs, à titre d'exemple, les municipalités peuvent avoir recours au processus d'évaluation de rendement insatisfaisant et se réserver, dans une demande de soumissions publique subséquente, le droit de refuser un soumissionnaire qui, au cours des deux années précédant l'ouverture des soumissions, a fait l'objet d'une telle évaluation¹². Évidemment, cela demande que le soumissionnaire ait, par le passé, conclu un contrat avec l'organisme municipal concerné. Cela sans aborder la possibilité de demander une dérogation au ministre des Affaires municipales, tel que ci-devant mentionné.

Dans tous les cas, le cadre normatif permet à un organisme municipal d'éviter de devoir conclure un contrat avec une entreprise qui ne répond pas à son besoin, le tout dans une optique de saine gestion des fonds publics.

Dans le cas présent, l'AMP constate que les documents de la Demande ne prévoyaient presque aucune condition d'admissibilité et de conformité, reprenant essentiellement les clauses du contrat à venir. Comme mentionné, la Municipalité a, durant les vérifications, indiqué ne pas avoir inscrit de conditions liées à l'expérience des soumissionnaires aux documents de la Demande par crainte de ne pas recevoir de soumissions.

Néanmoins, l'AMP est d'avis que la Municipalité avait la possibilité d'optimiser les mécanismes prévus par le cadre normatif pour s'assurer que le contractant répondrait à son besoin, sans avoir à contourner les règles auxquelles elle est soumise. L'AMP incite donc la Municipalité à réaliser une telle optimisation du cadre normatif pour ses prochains processus contractuels.

Publication des montants au SEAO

Par ailleurs, l'AMP a constaté que la Municipalité a indiqué, lors de la publication des résultats de la Demande au SEAO et de la publication de son contrat, les montants par kilomètre à desservir. Le contrat indique aussi que ce montant par kilomètre augmentera annuellement.

Or, cette façon de faire ne permet pas de connaître, en consultant le SEAO, le montant total réel du contrat projeté ni celui des soumissions reçues. L'AMP est d'avis que, dans un souci de transparence, la Municipalité devrait s'assurer que les informations relatives aux prix des soumissions reçues et du contrat, publiées au SEAO à la suite d'une demande de soumissions publiques, reflètent les montants réels y étant relatifs.

¹² Art. 935, par. 2.0.1 CMQ.

5. CONCLUSION

VU la règle du prix le plus bas à laquelle la Municipalité était soumise dans l'adjudication du contrat de déblaiement, d'enlèvement de la neige et d'épandage d'abrasif sur ses chemins pour les saisons 2023-2028;

VU l'absence d'autorisation du ministre des Affaires municipales pour octroyer le contrat à une autre personne que celle ayant déposé la plus basse soumission conforme;

VU l'obligation de la Municipalité d'analyser les soumissions reçues de manière équitable et uniforme en fonction des éléments de la Demande, des dispositions législatives applicables et des obligations implicites au processus d'adjudication;

VU les obligations d'équité et de transparence auxquelles la Municipalité est soumise dans le cadre de la passation de ses contrats publics;

VU le rejet de la plus basse des soumissions reçues pour un motif n'apparaissant pas aux documents de la Demande;

VU l'utilisation inadéquate de la clause de réserve que la Municipalité avait prévue à la Demande;

VU le manquement au cadre normatif constaté sans que l'AMP ait à se pencher autrement sur la conformité de la plus basse des soumissions reçues et de l'admissibilité du soumissionnaire;

VU que le contrat est dans sa première année d'exécution, la saison hivernale étant entamée;

EN CONSÉQUENCE, conformément aux articles 31 (2) et 35 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP :

RECOMMANDE au Conseil municipal de la Municipalité de Clerval, au terme de la saison hivernale 2023-2024 ou avant, de cesser l'exécution du contrat et, le cas échéant, de reprendre le processus d'octroi du contrat en se conformant au cadre normatif applicable.

RECOMMANDE au Conseil municipal de la Municipalité de Clerval de se doter de procédures efficaces et efficientes visant à s'assurer :

- que les éléments imposés aux soumissionnaires qui lui permettent de répondre à son besoin apparaissent à ses documents de demande de soumissions publique;
- que les contrats qu'elle octroie respectent les modalités d'adjudication prévues à ses documents de demande de soumissions publiques, par le *Code municipal du Québec* ou par les autres obligations en matière de passation de contrats publics auxquelles elle est assujettie;
- que les soumissions qu'elle reçoit au terme d'un processus de demande de soumissions sont analysées adéquatement, selon le mode d'adjudication retenu;
- que le recours à la clause de réserve soit balisé et utilisé aux moments opportuns, dans le respect des principes du cadre normatif auquel la Municipalité est assujettie.

RECOMMANDE au Conseil municipal de la Municipalité de Clerval d'assurer la formation des personnes impliquées dans la passation des contrats publics quant à :

- la mise en œuvre des procédures ci-devant mentionnées;
- l'obligation pour la Municipalité d'octroyer les contrats au plus bas soumissionnaire conforme, lorsqu'il s'agit du mode d'adjudication applicable, après que la conformité des soumissions et l'admissibilité des soumissionnaires aient été vérifiées conformément aux documents de la demande de soumissions publique et des autres dispositions du cadre normatif applicables.

RECOMMANDE au Conseil municipal de la Municipalité de Clerval d'informer par écrit les personnes impliquées en gestion contractuelle à la Municipalité de la présente décision.

REQUIERT du Conseil municipal de la Municipalité de Clerval de lui soumettre, par écrit, dans un délai de 45 jours, un plan d'action identifiant :

- les mesures prises pour donner suite à ces recommandations et les échéances prévues pour leur mise en œuvre;
- les explications permettant d'établir que ces mesures, sur les plans qualitatif ou quantitatif, répondent aux recommandations.

Fait le 18 décembre 2023

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ