

Les grands principes applicables en matière d'appels d'offres publics réitérés par la Cour d'appel et la rigueur requise dans la rédaction des documents d'appels d'offres

Anthony Pierre Freiji

6 avril 2020

Dans l'arrêt *Ville de Montréal c. EBC inc.*, 2019 QCCA 1731, rendu le 9 octobre 2019, la Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure rendu par le Juge Frédéric Bachand (ci-après « Juge ») le 29 novembre 2017^[1], lequel condamnait la Ville de Montréal (ci-après la « Ville ») à verser à EBC Inc. (ci-après « EBC ») la somme de 1 550 000 \$ à titre de profits non réalisés à la suite d'un appel d'offres public pour la construction d'une infrastructure sportive.

Bien que la Cour d'appel a pris l'opportunité de réitérer les grands principes applicables en matière d'appels d'offres publics, cette dernière n'a pas jugé opportun de clarifier précisément sa position relativement à la détermination d'une irrégularité (ou d'une non-conformité) « mineure » par opposition à « majeure », et a plutôt maintenu le test d'analyse contextuel des documents d'appels d'offres. Par exemple, au lieu de suggérer des formulations directives de clauses types, cette dernière semble plutôt avoir invité les intervenants impliqués dans la rédaction des documents d'appels d'offres à faire preuve de plus de rigueur au sens large afin d'éviter des problèmes d'interprétation liés à des soupçons qu'une non-conformité puisse être majeure.

Le contexte

Les faits du litige se résument tel que suit.

En 2013, la Ville a lancé un appel d'offres pour les fins de la construction du Complexe sportif de Saint-Laurent, lequel constitue un projet d'infrastructure majeur de plus de 50 millions de dollars, et a procédé par la méthode de la plus basse soumission conforme. Dans le Bordereau détaillé des travaux du formulaire de soumission, la Ville a prévu la clause de « preuve de compétence » qui suit:

PREUVE DE COMPÉTENCE

Afin de faire la preuve de sa compétence et de son aptitude à exécuter les travaux indiqués dans la présente soumission, le soumissionnaire soumet ci-après une liste des travaux de nature et d'envergure analogue [sic] qu'il a exécutés depuis les cinq dernières années

Le 20 juin 2013, suivant l'ouverture des soumissions reçues en avril 2013, le contrat a ultimement été octroyé à Unigertec, s'agissant de l'entreprise de construction qui a présenté la plus basse soumission.

Avant l'octroi du contrat, EBC, qui a présenté la deuxième plus basse soumission, a écrit à l'agente d'approvisionnement de la Ville soulevant le manque d'expérience et de compétence d'Unigertec en vue de réaliser les travaux. La Ville constate alors que les preuves de compétence fournies par Unigertec au soutien de sa soumission ne sont pas satisfaisantes. En effet, la liste de projets soumise par cette dernière ne reflète pas des projets effectués par elle-même et n'indique aucune date de réalisation.

En vue de tenter de pallier cette irrégularité, l'agente d'approvisionnement de la Ville demande à Unigertec de produire « une liste distincte des projets réalisés ou en cours de réalisation propre[s] à Unigertec seulement, avec les dates », laquelle décide de produire une liste de sept projets. La preuve a révélé que cette liste ne comprenait aucun détail, qu'un seul des projets a été réalisé, qu'aucun de ces projets ne visait un centre sportif, mais qu'un de ces derniers, encore non complété, s'évaluait à approximativement 8 millions de dollars.

Sur la base d'un avis juridique affirmant que les documents d'appel d'offres ne contiennent aucun critère éliminatoire fondé sur l'expérience du soumissionnaire, la Ville n'a pas tenu compte de la clause de « preuve de compétence » susmentionnée, et néanmoins octroyé à Unigertec le contrat, et ce, au détriment d'EBC, le deuxième plus bas soumissionnaire.

Cela dit, en raison de ce qui précède, EBC intente un recours en dommages contre la Ville, invoquant que le contrat a été

illégalement accordé à Unigertec.

Le jugement de la Cour supérieure

Le Juge a conclu que la soumission d'Unigertec ne renfermait pas de preuve de compétence, conformément à ce qui fut exigé par la Ville, alors qu'EBC a prouvé la conformité de sa soumission aux exigences de compétence.

De plus, il indique que l'absence de langage directif dans la clause de compétence et de mention que la défaillance du soumissionnaire de satisfaire à cette clause entraînera le rejet de la soumission ne permet pas de conclure qu'il s'agit d'une irrégularité mineure. Ainsi, en décidant du caractère impératif de ladite clause de compétence, ce dernier a tenu compte de l'attribution des documents d'appel d'offres dans leur ensemble et du contexte, incluant l'importance et la complexité des travaux projetés. Par conséquent, le non-respect de la clause de compétence devait entraîner le rejet de la soumission d'Unigertec et le contrat aurait dû être octroyé à EBC, justifiant ainsi une condamnation à hauteur de 1 550 000\$ à titre de profits non réalisés.

Le jugement de la Cour d'appel

Tant en première instance qu'en appel, la Ville plaidait que les documents d'appel d'offres ne comportaient pas de critère éliminatoire fondé sur l'expérience, et a pris position en appel que ladite clause de « preuve de compétence » contenue dans les documents d'appels d'offres serait invalide comme étant arbitraire.

Par ailleurs, dans son argumentaire, cette dernière a soulevé que l'intérêt public justifiait l'octroi de contrat à Unigertec, indiquant que les municipalités « ont le devoir de procurer à leurs citoyens des services au moindre coût possible », et que l'obtention d'un cautionnement de l'ordre de 50 % du prix du contrat constituait une garantie suffisante pour assurer la bonne exécution de celui-ci.

Tel que susmentionné, la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance et a rejeté les arguments de la Ville. Plus particulièrement, elle a pris l'opportunité pour réitérer les principes applicables en matière d'appels d'offres publics, les quels peuvent se résumer tel que suit :

- L'interprétation du caractère impératif ou mineur d'une condition d'un appel d'offres requiert la considération des documents contractuels et du contexte;
- Un organisme public doit rejeter toute soumission contenant une irrégularité majeure, mais conserve une discrétion quant aux irrégularités mineures^[2]. En cas d'irrégularité « majeure », on ne peut pas permettre au soumissionnaire de fournir des précisions et documents supplémentaires pour corriger ou compléter sa soumission;
- Afin de déterminer si une exigence prévue dans les documents d'appel d'offres est impérative, le test applicable est le suivant:

L'exigence est-elle d'ordre public?

Les documents d'appels d'offres indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel?

Si la réponse aux questions retrouvées à (1.) et (2.) est négative, « à la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres »

Si la compréhension raisonnable et la conduite des soumissionnaires peuvent constituer des éléments à considérer, pour déterminer si une exigence d'un appel d'offres est impérative ou accessoire, à défaut d'une exigence expresse, il faut s'attarder principalement à l'intention exprimée par l'offrant, qui peut se dégager plus largement du contexte^[3] de l'appel d'offres;

Il peut également être tenu compte des considérations d'intérêt public en matière d'appel d'offres, lesquelles incluent (i) la bonne administration des deniers publics, (ii) la transparence, (iii) l'équité et (iv) l'égalité entre les soumissionnaires et la qualité des biens, travaux ou services à être fournis^[4].

Par conséquent, une condition qui n'est pas formulée de manière impérative ne doit pas nécessairement être qualifiée de « mineure ».

- L'intérêt public ne peut être réduit qu'à la seule question du prix, car même s'il s'agit d'une considération importante dans le contexte d'un contrat public, il existe des impératifs de qualité, de sécurité et de contrôle des coûts, tous des éléments qui sont susceptibles d'être fournis par un soumissionnaire dont la compétence et l'expérience sont démontrées en lien avec un contrat complexe de construction. Entre autres, l'intérêt public requiert que les soumissionnaires aient la capacité, l'expertise et la solvabilité requises pour les fins de l'exécution du contrat. L'existence d'un cautionnement ne serait donc en soi suffisante (même lorsque celui-ci est de 50 % du prix du contrat).

La Cour d'appel a également conclu que bien que la Ville ait suivi en toute bonne foi un avis juridique, cela ne pourrait en aucun cas l'exonérer en cas d'un recours en dommages fondé sur l'acceptation erronée d'une soumission entachée d'une irrégularité majeure au détriment de la soumission réellement la plus basse conforme. Ce faisant, en choisissant de ne pas appliquer cette condition, ou en omettant de l'appliquer, la Ville a contrevenu au principe d'égalité entre les soumissionnaires et ce, sans en aviser les autres soumissionnaires et le public.

Conclusion

Cela dit, bien que cet arrêt réitère les grands principes applicables aux appels d'offres publics, ce dernier ne laisse au

lecteur quedes barèmes d'analyse larges quant à la détermination du caractère « mineur » par opposition à « majeur » d'une irrégularité.

Afin d'éviter des problèmes d'interprétation de la part des divers niveaux administratifs et décisionnels d'un organisme public dansun contexte d'appels d'offres publics, une rédaction en amont rigoureuse et précise des documents d'appels d'offres publics, notamment en ce qui a trait aux conditions de forme et de fond pour fins de qualification, et aux demandes d'information détaillées(à titre d'exemple, mieux quantifier, qualifier et ventiler les listes de documents demandés), est recommandée.

De plus, l'obtention d'une opinion juridique par l'organisme public quant à la qualification d'une non-conformité, bien qu'en elleseule ne peut exonérer celui-ci de recours civils en cas d'un recours en dommages fondé sur l'acceptation erronée d'une soumissionen tachée d'une irrégularité majeure au détriment de la soumission réellement la plus basse conforme, viendrait assurément l'aiderà confirmer l'interprétation donnée aux conditions se retrouvant au sein des documents d'appels d'offres publics et des documents reçus suivant l'ouverture des soumissions.

Ainsi, en suivant les recommandations susmentionnées, ainsi que les grands principes réitérés par la Cour d'appel, l'organisme public viendrait se prémunir contre les risques de recours civils afférents à une mauvaise qualification d'une non-conformité dans un contexte d'appels d'offres publics.

[1] EBC inc. c. Ville de Montréal, 2017 QCCS 5480.

[2] L'irrégularité « majeure » se définit comme un «manquement à une exigence essentielle ou substantielle de l'appel d'offres »ayant un effet sur l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus : voir Tapitec c.Ville de Blainville, 2017 QCCA 317,paragr. 18-19; sur le principe de l'égalité entre soumissionnaires, voir Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton (Ville), 2007 CSC 3,paragr. 52; Martel Building Ltd. c. Canada, 2000 CSC 60, paragr. 88.

[3] Le contexte comprend la considération de la nature, de l'ampleur et des circonstances du projet pour lequel l'appel d'offres estlancé, des autres dispositions et exigences des documents d'appel d'offres desquelles il pourrait être conclu qu'une exigence particulière revêt un caractère impératif, des usages en matière d'appels d'offres publics, ainsi que du comportement del'administration public (la conduite de l'offrant).

[4] La Cour d'appel réfère par analogie notamment à la Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ, c. C-65.1, art. 2.

[Version originale](#)