

Appel d'offres: une voie de sortie en cas de recours

DHC Avocats
1 novembre 2015

Il est vrai que les contrats publics incluent systématiquement une clause de réserve prévoyant la possibilité de ne pas octroyer le contrat. La Cour suprême du Canada a confirmé la validité de principe d'une telle clause il y a quelques années mais ses effets restent limités. Par ailleurs, les tribunaux ont reconnu le pouvoir des villes, notamment sur la base des clauses de réserve, de refuser l'octroi d'un contrat lorsque les prix des soumissionnaires sont supérieurs à l'estimé budgétaire d'un projet ou aux fonds disponibles. Mais une telle clause peut-elle être utilisée pour contrer la poursuite en dommages d'un soumissionnaire lésé par un appel d'offres ? C'est le pas qu'a franchi la

Cour du Québec dernièrement dans l'affaire *Les Entreprises Dumas & Fils inc. c. Centre de santé et services sociaux Alphonse-Desjardins*.

Des soumissions plus élevées que prévu

Le Centre de santé et de services sociaux Alphonse-Desjardins (le Centre) publie, en mars 2013, un avis d'appel d'offres pour l'entretien paysager à l'égard d'immeubles sous sa responsabilité. Parmi les exigences du devis figure l'obligation d'être membre de l'Association des paysagistes professionnels du Québec et de maintenir cette affiliation durant la durée du contrat. En cours d'appel d'offres, le Centre modifie cette exigence pour lui substituer l'Association des services en horticulture ornementale du Québec afin d'étendre le bassin des soumissionnaires potentiels. Cette modification n'est cependant pas portée à la connaissance des soumissionnaires à cause d'un imbroglio dans la publication de l'addenda, ce dont ne s'aperçoit pas le Centre qui se gouverne comme si l'addenda était entré en vigueur.

L'ouverture des soumissions réserve une surprise de taille au Centre, vu le montant des soumissions allant de 68 000\$ à 208 000\$, alors que le budget était d'environ 40 000\$. Dès l'attribution du contrat au plus bas soumissionnaire, l'entrepreneur Dumas, soit le plus élevé, et de loin, avise le Centre qu'il devait obligatoirement lui accorder le contrat, étant le seul à être membre de l'Association mentionnée au devis. Le Centre réfute cette prétention, ajoutant que même si tous les autres soumissionnaires étaient non-conformes, il n'octroierait pas le contrat à Dumas vu le caractère déraisonnable de sa soumission. Mentionnons que le prix de Dumas était environ 5 fois plus important que le budget affecté aux travaux et 3 fois plus élevé que le plus bas soumissionnaire !

Le Centre trouve finalement une solution mitoyenne en octroyant le contrat pour 2013 au plus bas soumissionnaire (non conforme) pour ensuite reprendre le processus d'appel d'offres. Cette solution ne satisfait pas Dumas, qui décide de poursuivre pour sa perte de profit.

La Cour rappelle que pour avoir gain de cause, un soumissionnaire lésé au terme d'un appel d'offres doit prouver que sa propre soumission était conforme, que la soumission de son compétiteur était non-conforme et que n'eût été de l'irrégularité prouvée, le contrat lui aurait été attribué selon toutes probabilités. Or, le Centre est catégorique : le contrat n'aurait en aucun cas été attribué à Dumas vu l'écart entre son prix et le budget envisagé.

Dans les circonstances de cette affaire, la Cour confirme le droit du donneur d'ouvrage de refuser d'octroyer le contrat en présence de la clause de réserve prévue au devis. Comme il n'existe pas, en droit québécois, de droit acquis au contrat pour le plus bas soumissionnaire conforme, ce dernier n'a pas droit à une compensation automatique et de fait, la Cour estime que Dumas n'a pas démontré qu'il aurait obtenu le contrat. Elle rejette donc sa réclamation pour dommages.

Cette affaire rappelle la latitude que possèdent les donneurs d'ouvrage en présence de soumissions plus élevées que prévu, mais surtout le potentiel parfois inexploité des clauses de réserve dans les documents d'appel d'offres.

Revue URBA, Novembre 2015, Vol. 36, numéro 4, p. 34