

Certains principes juridiques en matière d'appels d'offres

Pierre Beaulé, MBA, PCGA/SCMP

Adjoint au vice-recteur aux ressources humaines, à l'administration et aux finances, UQAM

La gestion de la fonction approvisionnement dans les organismes publics et municipalités s'effectue à l'intérieur d'un contexte juridique. Le lancement d'appels d'offres, l'octroi des contrats et la gestion de ceux-ci sont des activités soumises à un encadrement juridique.

Pour un gestionnaire d'approvisionnement, nous recherchons la mise en place de processus de travail permettant d'assurer une protection juridique adéquate de nos organisations. L'objectif est généralement d'éviter les erreurs du domaine juridique qui peuvent entraîner des frais et des délais, ce qui va dans le sens d'un processus d'approvisionnement efficient.

Régulièrement, les approvisionneurs sont confrontés à des questions d'ordre juridique. Par exemple : les différences entre le contenu d'une soumission reçue par rapport au libellé de l'appel d'offres, l'évaluation des soumissions, l'absence d'un document, etc. Les décisions à prendre sont influencées par le libellé de l'appel d'offres ainsi que par les lois et règlements applicables.

Le présent article est basé sur le Jugement de la Cour suprême du Canada « Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville) » (ici appelé « Double N ») du 25 janvier 2007¹. Ce jugement est régulièrement cité depuis 2007. Au-delà de la décision prise par les juges, ce sont les analyses contenues dans le jugement qui présentent un intérêt d'actualité pour la communauté des gestionnaires de la fonction approvisionnement. Ce jugement reprend diverses autres décisions qui ont formé ensemble une partie importante de l'encadrement

¹ *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116.

juridique comme nous le connaissons maintenant, par exemple : Ron Engineering (1981), M.J.B. Entreprises (1999) et Martel (2000)².

De plus, des lois et règlements provinciaux touchent divers sujets abordés dans le présent article. Notamment, les municipalités du Québec sont assujetties à la Loi des cités et villes et au Code municipal du Québec. Cette législation et d'autres lois et règlements influencent la pratique d'approvisionnement des municipalités au niveau du mode d'adjudication des contrats, la prise en compte de critères d'évaluation, etc.

1 Mécanique contractuelle sous-entendue dans l'appel d'offres

1.1 Définition de Contrat « A » et de Contrat « B »³

Il est bon de se rappeler ce que sont les contrats A et B. Les appels d'offres contiennent des textes relatifs à des thèmes comme ceux-ci : la façon de présenter une soumission, la méthode d'évaluation comparative des soumissions et d'octroi du contrat, la date et heure limite pour la présentation des soumissions, la signature de la soumission, etc. Ces modalités sont ce que nous appelons le Contrat « A » (la façon dont va se dérouler l'appel d'offres et le choix du fournisseur).

L'appel d'offres contient aussi les obligations des parties au sujet de la prestation des services, les biens à fournir par le fournisseur, les travaux de construction à exécuter par l'entrepreneur, etc. Une fois l'appel d'offres terminé, ces modalités deviennent le contrat entre l'organisme public et le fournisseur retenu. C'est ce que nous appelons le Contrat « B ».

² Références respectives : *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860.

³ On retrouve les principes directeurs qui régissent au Canada la formation des contrats A et B (dans le cadre des appels d'offres) depuis l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111.

L'appel d'offres est un mécanisme par lequel il y a une invitation à présenter des soumissions en vue de la réalisation d'un projet donné. La soumission présentée en réponse à l'appel d'offres peut donner lieu à la formation d'un contrat A. En sollicitant des soumissions, le propriétaire offre d'examiner les soumissions qu'il reçoit et, s'il en accepte une, de conclure un contrat pour la réalisation du projet. Le soumissionnaire accepte cette offre en déposant une soumission conforme aux exigences formulées dans les documents d'appel d'offres. Les obligations et droits contractuels des parties au contrat A sont dictés par les conditions prévues expressément ou implicitement dans les documents d'appel d'offres.

La soumission constitue également une offre en vue de la formation du contrat B, c'est-à-dire le contrat portant sur la réalisation du projet visé par l'appel d'offres. Si elle est acceptée, les conditions de l'appel d'offres et les modalités de la soumission deviennent les conditions du contrat B. (Double N, par. 1 à 3) (Mots soulignés mis par P. Beaulé).

Le mécanisme d'appel d'offres représente l'engagement de se conformer aux modalités de la soumission [i.e. des conditions indiquées dans l'appel d'offres]. (Double N, page 3)

1.2 Conséquences sur le choix d'une soumission ainsi que sur le traitement égal et équitable des soumissions

[...] Les conditions stipulées expressément dans les documents d'appel d'offres régissent le contrat A. Toutefois, le contrat A peut aussi contenir des conditions implicites [...]. Les conditions implicites peuvent être fondées sur l'existence de l'un des éléments suivants : (1) la coutume; (2) les particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrats; (3) l'existence d'une intention présumée des parties, lorsque la condition est nécessaire pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale. (Double N, par. 30)

L'obligation du propriétaire de s'attacher aux conditions essentielles de son appel d'offres lors de la formation du contrat B est le corollaire de l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme et est nécessaire pour assurer l'équité à toutes les étapes du mécanisme. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui

auraient pu en bénéficier au début. [...] les parties sont libres de modifier les conditions du contrat B si les circonstances l'exigent pendant l'exécution du contrat. (Double N, par. 125)

La formation du contrat B entre le soumissionnaire retenu et le propriétaire libère ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus et de son obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. (Double N, page 5)

2 **Équité et égalité entre les entreprises**

2.1 Traitement des soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité

[...] La Cour a jugé que le propriétaire avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. L'existence présumée d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité est compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres et bénéficie à tous les participants en cause. Une telle condition implicite s'impose aux fins de l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres. (Double N, par. 107, citant une décision de 2000, « Martel »)

L'obligation de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité » a été reconnue dans Martel, en partie parce qu'elle a été jugée « compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres ». (Double N, par. 52)

[...] Obligation implicite de la part des propriétaires de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité ». Cette obligation implicite [comporte un] degré d'« évidence » jugé nécessaire [...], puisqu'il est peu probable que des entrepreneurs investissent temps et argent dans une soumission s'ils ne s'attendent pas à ce que toutes

les soumissions soient traitées équitablement. (Double N, par. 32 citant une décision de 2000, « Martel »)

2.2 Évaluation des soumissions sur la base de leur contenu réel

Il faut traiter toutes les soumissions équitablement afin de protéger ce mécanisme [d'appel d'offres] et, à cet égard, le propriétaire doit les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. (Double N, page 4)

Le meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. (Double N, par. 52)

2.3 Obligation d'accepter uniquement une soumission conforme

La Cour a reconnu, dans M.J.B. Enterprises, l'obligation implicite d'accepter uniquement une soumission conforme. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette condition implicite était nécessaire pour donner de « l'efficacité commerciale » au mécanisme d'appel d'offres. (Double N, par. 106)

[Nous sommes tenus] d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Ces conditions implicites visent à garantir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres. (Double N, par. 76)

Le cas des vices de forme : une soumission est jugée conforme pour l'essentiel si les écarts par rapport à l'appel d'offres constituent de simples vices de forme. (Double N, par. 110)

Il n'y a pas non plus injustice [...] lorsque le propriétaire n'accepte qu'une soumission conforme, qui est seulement la promesse de se conformer aux conditions, étant donné, là encore, le droit d'« exiger le respect » des conditions de l'appel d'offres, dont le propriétaire peut se prévaloir. (Double N, par. 80)

3 Respect des exigences de base (dites essentielles) de l'appel d'offres : a) lors de l'évaluation comparative des soumissions et b) lors de l'exécution du contrat

3.1 Respect des conditions essentielles de l'appel d'offres

En n'exigeant pas le respect d'une condition essentielle de l'appel d'offres, la Ville a manqué à son obligation au titre du contrat A de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle ne peut échapper à cette obligation fondamentale en choisissant de s'acquitter de son obligation au titre du contrat A seulement après avoir formé le contrat B, puis de soutenir que le contrat A a pris fin. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui auraient pu en bénéficier au début du mécanisme. (Double N, page 7)

3.2 Vérification dans l'examen des soumissions

Les parties n'ont aucune raison de s'attendre à ce que le propriétaire vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d'acceptation de sa soumission. (Double N, par. 51)

[...] Le propriétaire n'est pas implicitement tenu de vérifier si les soumissionnaires respecteront vraiment les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission. Imposer aux propriétaires l'obligation de vérifier si les soumissionnaires respecteront les modalités de leurs soumissions aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses. (Double N, par. 50)

Les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les propriétaires à vérifier les autres soumissions. (Double N, page 4)

3.3 Obligation de mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission

L'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission. (Double N, page 6 et par. 116)

[Nous avons] l'obligation de prendre les mesures raisonnables voulues pour accepter uniquement une soumission conforme. (Double N, par. 79)

[...] L'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme suppose la prise de mesures raisonnables visant à vérifier la conformité avant l'acceptation. (Double N, par. 117)

Par exemple, les mesures raisonnables suivantes peuvent être utilisées dans l'évaluation des soumissions :

- Vérifier ce qui est facile à vérifier (Double N, par. 114)
- Vérifier ce qui a été mis dans l'appel d'offres à titre d'exigences obligatoires / essentielles / dites de base
- Dissiper les ambiguïtés et inexactitudes

Source : *Revue Carrefour de la COMAQ, automne 2015, volume 39, numéro 3*