

**GUIDE PRATIQUE À L'INTENTION DES ÉLUS ET DES
GESTIONNAIRES MUNICIPAUX**

ADJUDICATION D'UN CONTRAT EN DÉPIT D'UNE NON-CONFORMITÉ?

PAS DE PROBLÈME!

***Me Marco Rivard
Chef du Service du contentieux
Ville de Longueuil***

Conférence donnée le 8 juin 2006 à l'occasion du congrès 2006 de la COMAQ

TABLE DES MATIÈRES

Partie 1

Exposé succinct sur la problématique générale actuelle 3

Partie 2

Quelques commentaires concernant la jurisprudence portant sur l'adjudication des contrats à des soumissionnaires non conformes 5

Partie 3

Comment prévenir les problème de non-conformité ou s'aider à les résoudre..... 13

Partie 4

Les recours 14

Partie 5

Aide-mémoire pour décider si l'on peut octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire en dépit d'une non-conformité 17

Partie 6

Conclusions 18

Guide pratique à l'intention des élus et gestionnaires municipaux concernant l'adjudication d'un contrat en dépit d'une non-conformité¹

Partie 1 : Exposé succinct sur la problématique générale actuelle

Des milliers de dollars sont dépensés inutilement chaque année parce que des municipalités se sentent obligées de rejeter la soumission la plus basse à cause d'une non-conformité.

Trop souvent, la municipalité se résignera à donner le contrat à un soumissionnaire dont le prix est plus élevé de peur d'être accusée de ne pas avoir respecté la règle de l'égalité entre les soumissionnaires. Le respect de cette règle est important, mais il ne faut jamais oublier que le but premier du processus d'appel d'offres est de permettre à la municipalité d'obtenir le meilleur prix ou le meilleur rapport qualité/prix dans l'intérêt des contribuables².

Il y a peu de documentation pouvant servir de guide pour les gestionnaires afin de mieux connaître la marge de manoeuvre dont ils disposent pour accorder un contrat au plus bas soumissionnaire lorsqu'il y a un problème de conformité. Il y a certes plusieurs ouvrages généraux sur l'adjudication des contrats, mais ceux-ci traitent trop brièvement de l'adjudication des contrats à des soumissionnaires non conformes alors qu'il s'agit d'un problème fréquent dont les implications financières sont souvent importantes.

Un des problèmes les plus souvent rencontrés est que la municipalité ne s'est pas attribuée une marge de manoeuvre suffisante pour gérer ce genre de situation lors de la préparation des documents d'appel d'offres.

Dans ce texte, nous entendons faire un rappel succinct des principes de droit applicables en cette matière en mettant tout d'abord l'emphase sur la nécessité de rédiger les documents d'appel d'offres de manière à se donner le maximum de latitude pour donner le contrat au soumissionnaire le plus bas malgré un problème de non-conformité. La municipalité pourra rejeter le soumissionnaire non conforme si elle le désire, mais elle ne sera pas obligée de le faire si elle le juge opportun dans l'intérêt des contribuables.

Il est important de comprendre que la manière dont nous formulons les exigences dans un appel d'offres peut faire en sorte que la même irrégularité pourra être considérée majeure ou mineure par un tribunal. D'autres circonstances, comme par exemple l'écart de prix entre deux soumissionnaires, peuvent aussi faire en sorte que la même irrégularité pourra être considérée majeure ou mineure par un tribunal.

¹ ©Me Marco Rivard, chef du Service du contentieux de la Ville de Longueuil.

² *Constructions R.R.N. inc. c. Montréal (Ville de)* (2 août 1996), Montréal 500-05-013448-954, J.E. 96-1693 (C.S.) Il appartient à celui qui a préparé l'appel d'offres d'apprécier les soumissions tout en se rappelant que la règle de base est d'accorder le contrat au soumissionnaire qui peut faire le travail au moindre coût.

On ne peut pas faire un tableau en deux colonnes où l'on fait d'un côté la liste de ce qui constitue une irrégularité mineure et de l'autre côté ce qui constitue la liste des irrégularités majeures. Ces tableaux en deux colonnes ou ces listes que l'on trouve dans les ouvrages de doctrine doivent être utilisés avec beaucoup de prudence. Il faut bien réaliser que ces tableaux ou listes ne sont donnés qu'à titre d'exemples. Or, pour bien comprendre ces exemples, il faut presque toujours aller lire le texte intégral du jugement auquel on réfère. La plupart du temps, le résumé du jugement que l'on trouve dans le texte de doctrine ne fait pas état de tous les facteurs pertinents qui ont été considérés pour conclure que l'irrégularité était mineure ou majeure.

Il est vrai qu'il y a des irrégularités qui seront toujours considérées majeures quelles que soient les circonstances, comme par exemple, la non-conformité à une exigence législative ou réglementaire qui est d'ordre public. Par contre, dans la plupart des cas, on ne peut pas faire de telles généralités.

Il faut donc regarder la jurisprudence qui traite une irrégularité semblable à celle qui nous intéresse en n'oubliant jamais de faire toutes les distinctions qui s'imposent.

Cette analyse doit toujours tenir compte que les droits et obligations de la municipalité sont régis par les termes des documents d'appel d'offres.

Si les documents d'appel d'offres énoncent que toute non-conformité est inacceptable, grave et qu'elle entraîne le rejet automatique de la soumission, il est assuré qu'un tribunal va traiter toute irrégularité comme étant une irrégularité majeure.

Si, par contre, les documents d'appel d'offres prévoient que la municipalité pourra passer outre à une irrégularité dans l'intérêt des contribuables et ne contient pas de prohibition trop catégorique, la qualification de l'irrégularité comme étant mineure ou majeure dépendra de plusieurs facteurs.

Le tribunal se demandera si la manière de procéder de la municipalité a permis à tous les soumissionnaires d'avoir une chance égale d'obtenir le contrat. Le tribunal se demandera si en passant outre à cette non-conformité pour obtenir le meilleur prix, on crée une situation où un soumissionnaire a été lésé dans son droit d'avoir une chance égale d'obtenir le contrat et s'il a été traité équitablement.

Les circonstances particulières de l'appel d'offres seront alors considérées pour faire cette appréciation et l'écart de prix entre deux soumissionnaires pourra, par exemple, être un élément d'appréciation important. Selon nous, plus l'écart de prix sera important plus l'irrégularité devra être importante pour être qualifiée de majeure. Il y a cependant des cas où l'écart de prix ne doit pas être considéré, comme par exemple, lorsque les documents d'appel d'offres ne laissent aucune marge de manœuvre concernant une exigence particulière.

Il importe donc toujours que la municipalité suive une démarche rigoureuse dans la détermination de la recevabilité d'une soumission non conforme et nous vous suggérons dans le présent texte une grille d'analyse qui peut être utilisée pour évaluer tous les facteurs pertinents à la prise de décisions en cette matière.

Parfois, les décisions à prendre seront difficiles et il faudra aussi évaluer les risques de pertes pécuniaires pouvant découler d'un recours judiciaire contre la municipalité dans le cas où une erreur d'appréciation serait commise. L'évaluation des risques de pertes pécuniaires par la municipalité devient alors partie intégrante de la démarche à suivre pour déterminer la bonne décision à prendre.

Partie 2 : Quelques commentaires concernant la jurisprudence portant sur l'adjudication des contrats à des soumissionnaires non conformes

Face à un soumissionnaire non conforme, l'état actuel du droit permet ou oblige la municipalité à rejeter sa soumission. Dans certains cas, la municipalité peut adjuger le contrat malgré une non-conformité.

On rencontre cinq situations différentes :

- 1- Les cas où l'on rejette la soumission non conforme du plus bas soumissionnaire parce qu'on n'a légalement pas le choix;
- 2- Les cas où l'on rejette la soumission non conforme du plus bas soumissionnaire malgré le fait qu'il aurait été légalement possible de lui adjuger le contrat;
- 3- Les cas où l'on rejette toutes les soumissions;
- 4- Les cas où l'on accorde le contrat au plus bas soumissionnaire malgré une non-conformité en passant tout simplement outre à celle-ci;
- 5- Les cas où l'on accorde le contrat au plus bas soumissionnaire malgré une non-conformité en lui demandant de remédier au préalable à la non-conformité avant l'adjudication du contrat.

Nous ne traiterons pas dans ce texte des situations dans lesquelles la municipalité peut rejeter une soumission au motif de non-conformité. Disons simplement qu'une municipalité peut généralement rejeter une soumission non conforme même si l'irrégularité est mineure dans la mesure où ce n'est pas déraisonnable de le faire. L'objet du présent document est plutôt de traiter des cas où la municipalité peut octroyer un contrat au plus bas soumissionnaire malgré une non-conformité.

Confronté à un problème de non-conformité, on se posera souvent une question du type: " Est-ce que le fait d'avoir produit un cautionnement de soumission au lieu d'un chèque visé constitue une irrégularité mineure ou majeure? "

Or, on ne peut répondre oui ou non à cette question.

La question est mal posée. Elle devrait plutôt être formulée comme suit: " Étant donné les conditions de cet appel d'offres et les circonstances particulières entourant l'adjudication de ce contrat, est-ce que la municipalité a le droit d'accorder le contrat malgré cette irrégularité?

La nuance entre les deux questions est que la deuxième tient compte, que selon le libellé des documents d'appel d'offres et les circonstances particulières, le même élément de non-conformité pourra être déclaré majeur dans une situation donnée, mais être déclaré mineur dans une autre situation.

Par exemple, dans l'affaire *Coffrage Alliance Itée c. Châteauguay (Ville de)*³, il a été décidé que d'avoir fourni un cautionnement de soumission au lieu d'un chèque visé constituait une irrégularité majeure alors que dans l'affaire *Pavage Des Moulins Inc. c. Lachenaie (Ville de)*⁴, il a été décidé que la même non-conformité constituait une irrégularité mineure.

Est-ce que l'un des deux juges a erré ? Nous ne le croyons pas. Le juge Michel Delorme s'exprime d'ailleurs ainsi aux paragraphes 27 et 28 de son jugement dans *Coffrage Alliance Itée c. Châteauguay (Ville de)*:

"Le tribunal conclut que l'exigence d'un chèque visé pour garantir une soumission ne constitue pas en l'espèce un élément accessoire ou mineur. Ainsi, la Ville ne pouvait permettre à Sintra de remédier à son défaut de conformité à cette exigence sans affecter l'intégrité du processus de demande de soumissions publiques prévu par la loi.

En ce domaine chaque cas doit être examiné à la lumière des circonstances particulières mises en preuve et il n'est pas acquis que les conclusions atteintes dans un contexte donné pourront être les mêmes dans un autre."

Il y a de nombreux autres exemples où l'on peut voir que des juges sont arrivés à des conclusions différentes pour des mêmes irrégularités: Ex: soumissions non-signées⁵, non-utilisation du formulaire prescrit⁶, etc.

³ J.E. 2002-1204(C.S.), AZ-04019541 (C.A.)

⁴ J.E. 97-2052 (C.S.)

⁵ *Lefebvre c. Saint-Cyrille-de-Wendover (Municipalité de)*, J.E. 2005-892 versus *Patry c. Montcerf (Municipalité de)* (31 janvier 1994), *Labelle (Maniwaki)* 565-05-000045-931, J.E. 94-372 (C.S.).

Pour comprendre pourquoi la même irrégularité peut parfois être qualifiée de mineure et parfois être qualifiée de majeure, il faut connaître les règles énoncées par la jurisprudence en cette matière.

Depuis 1999, certains principes ont été clairement établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd*⁷ et *Martel Building Ltd*⁸. En appliquant ces principes au domaine municipal, on peut en conclure ce qui suit.

Les municipalités sont régies par des lois qui les obligent à faire précéder l'octroi de certains contrats d'une demande de soumissions publiques et à accorder ces contrats au plus bas soumissionnaire.

Lorsqu'un soumissionnaire dépose une soumission conforme en réponse à un appel d'offres, il se forme un contrat (le contrat A) entre la municipalité et ce soumissionnaire qui est distinct du contrat qui est l'objet de l'appel d'offres (le contrat B).

Ce contrat qu'on appelle le "contrat de soumission" (le contrat A) est un contrat qui comporte des obligations pour le soumissionnaire et la municipalité. Les obligations de la municipalité en vertu du contrat « A » peuvent être des obligations explicites, c'est-à-dire expressément mentionnées dans les documents d'appel d'offres; il peut s'agir également d'obligations implicites résultant de l'intention présumée des parties exprimée notamment dans les documents d'appel d'offres.

Dans le cas des appels d'offres des municipalités, il faut conclure que ceux-ci impliquent l'acceptation d'une soumission conforme aux exigences imposées par elle et l'obligation pour la municipalité de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité et de façon équitable.

Si la municipalité ne respecte pas ses obligations explicites et implicites lors du processus d'adjudication, elle s'expose à un recours en dommages-intérêts pour rupture du contrat A. Elle ne pourra pas invoquer la bonne foi en défense à ce recours. Le soumissionnaire lésé a droit à des dommages-intérêts équivalant à la perte de profit qu'il aurait probablement fait s'il avait obtenu le contrat B.

La clause de réserve qui prévoit que « la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue ni non plus aucune soumission », n'affecte pas les principes ci-dessus mentionnés. Cette clause de réserve n'est qu'une condition du contrat « A » et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres.

⁶ *Hydrotope ltée c. Ascot (Municipalité d')* (8 septembre 1994), Saint-François 450-02-001771-925, J.E. 94-1517 (C.Q.) où l'on peut lire : "Contrairement aux faits dans l'affaire *Constructions Anor inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, il n'y avait, en l'espèce, aucune stipulation dans le cahier des charges qui qualifiait de péremptoire l'obligation de fournir la soumission sur le formulaire mentionné."

⁷ *M.J.B. Enterprises Ltd c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619

⁸ *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S., 860

Ceci dit, selon nous, tous ces principes n'excluent pas la possibilité pour la municipalité de passer outre à une irrégularité mineure si elle s'est réservée le pouvoir de le faire dans les documents d'appel d'offres⁹. À cet égard, sa marge de manœuvre sera plus ou moins grande selon le libellé des documents d'appel d'offres. Toutefois, en s'accordant de la marge de manœuvre, il y a une limite qu'elle ne pourra pas franchir. Elle ne pourra pas s'octroyer le droit de passer outre à une irrégularité qui ferait en sorte qu'elle ne respecterait pas le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

Qu'est-ce qu'une irrégularité mineure? C'est fondamentalement une irrégularité à laquelle une municipalité peut passer outre sans qu'il en découle qu'un soumissionnaire a été traité de façon inéquitable ou qu'il n'a pas eu une chance égale aux autres d'obtenir le contrat.

Dans l'arrêt R.P.M. Tech inc.¹⁰, la Cour d'appel du Québec déclare :

Certes, la Ville jouit d'une certaine latitude dans l'analyse de la conformité des soumissions. Ainsi, il faut éviter de l'astreindre à un formalisme qui battrait en brèche les avantages du recours aux soumissions publiques. En revanche, cette latitude ne l'autorise pas à accepter une soumission qui comporte une irrégularité majeure de nature à saper les règles énoncées précédemment et que le législateur a privilégiées. Autrement dit, la faculté reconnue à la ville d'accepter des soumissions qui comportent des irrégularités mineures ne s'étend pas aux irrégularités majeures, à l'égard desquelles la Ville n'a aucune discrétion, et qui doivent, sous peine de nullité, entraîner le rejet de la soumission :

La municipalité doit avoir la latitude nécessaire afin que le contrat soit accordé en fonction du meilleur intérêt des contribuables. Comme les tribunaux l'ont déjà souligné : « Il existe une obligation non pas envers le plus bas soumissionnaire, mais envers le trésor public qui ne doit jamais être tenu de payer, sans une bonne raison, un prix plus élevé que nécessaire .» Si un doute se présente sur la conformité d'une soumission, il faut favoriser l'offre comportant le meilleur prix pour la municipalité. Mais dans la recherche de cet objectif, la municipalité ne doit pas affecter les principes de l'appel d'offres en faisant preuve de favoritisme et en rompant l'égalité entre les soumissionnaires. En d'autres termes, une municipalité peut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'examen du cahier des charges et des soumissions, mais pas au

⁹ Dans l'affaire *Bau-Québec Ltée c. Ste-Julie (Ville de)*, 1999 R.J.Q. 2650 (C.A.), on peut lire : « L'intimée a offert au soumissionnaire des documents contractuels qui démontrent clairement qu'elle ne s'était pas réservée le pouvoir discrétionnaire d'accepter une soumission non conforme ».

¹⁰ *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé et Les machineries Tenco (CDN) Ltée*, C.A. Québec, no 200-09-004218-027, 14 avril 2004, jj. Baudoin, Thibault, Lemelin.

point de causer un préjudice à certains soumissionnaires. C'est pourquoi la jurisprudence distingue entre les irrégularités mineures qui ne portent pas atteinte aux objectifs de l'appel d'offres et celles qui touchent les objectifs fondamentaux du processus d'adjudication par voie de soumissions. La discrétion municipale ne peut s'exercer que pour la première catégorie d'irrégularités.

Lorsqu'il s'agit d'une irrégularité majeure qui met en cause les principes qui sont à la base du processus d'adjudication des contrats municipaux par voie de demande de soumissions, la municipalité ne peut permettre aucune correction et doit refuser la soumission en la jugeant non conforme. Bref, une municipalité ne peut mettre de côté une exigence essentielle de l'appel d'offres.¹¹

(Souligné dans le texte du jugement)

Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission; elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumissions publiques :

Le souci d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires et de ne pas favoriser injustement l'un d'entre eux constitue souvent l'élément déterminant en ce qui concerne la qualification d'une irrégularité comme secondaire ou accessoire ou comme portant sur un élément essentiel : il ne faut pas que l'omission ou l'erreur commise ait un effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond contenue à l'appel d'offres¹²."

(Fin de la citation)

La difficulté qui consiste à qualifier une irrégularité de mineure ou majeure variera considérablement en fonction du libellé des documents d'appel d'offres.

Si la municipalité écrit que le non-respect intégral de toutes les exigences de l'appel d'offres implique le rejet automatique d'une soumission, il va de soi qu'il sera facile à un soumissionnaire de dire qu'il n'a pas été traité également et équitablement si la municipalité ne respecte pas les règles qu'elle a elle-même expressément imposées. Dans de telles circonstances, à moins que l'irrégularité constitue une irrégularité vraiment sans aucune importance, il sera difficile à la municipalité de faire autrement que de s'en tenir aux termes mêmes du contrat.

¹¹ Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS et Dennis PAKENHAM, Droit municipal, *Principes généraux et contentieux*, Longueuil, Hébert Denault, 1998, p.870-871.

¹² André LANGLOIS, *L'adjudication des contrats municipaux par voie de soumissions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1989, p.90.

La situation est tout à fait différente si la municipalité a rédigé les documents d'appel d'offres en des termes qui ne sont pas impératifs et si elle s'est octroyée par une clause de réserve généreuse le droit de passer outre à une non-conformité dans les limites permises par la loi.

Par exemple, l'analyse de la situation sera tout à fait différente si on retrouve dans les documents d'appel d'offres la clause suivante :

"La Ville peut, s'il est avantageux pour elle de le faire, passer outre à tout défaut de conformité de la soumission si ce défaut ne brise pas la règle de l'égalité entre les soumissionnaires."

Dans ce cas, il sera plus difficile de conclure qu'une irrégularité est majeure au sens que l'entend la jurisprudence parce qu'il sera plus subtil de déterminer si le fait de passer outre à une irrégularité, alors que les documents d'appel d'offres le permettent, brise le principe de l'égalité entre les soumissionnaires¹³.

Cette analyse pourra alors tenir compte de l'intérêt des contribuables à obtenir le meilleur prix et exigera qu'on évalue si le fait de passer outre à cette irrégularité a fait en sorte qu'un soumissionnaire n'a pas été traité également ou équitablement.

Pour évaluer si les soumissionnaires ont été traités également et équitablement, le tribunal tiendra nécessairement compte du contenu des documents d'appel d'offres, mais aussi des faits particuliers de la cause.

Or, comme nous l'avons vu, la conclusion d'un tribunal quant au caractère mineur ou majeur d'une irrégularité pourra être totalement différente selon le libellé des documents d'appel d'offres et les circonstances particulières.

À cet égard, nous soulignons que l'écart de prix entre les soumissionnaires est un élément important qui est souvent considéré par le tribunal.

Nous ne disons pas que l'écart de prix est toujours un facteur pertinent à considérer. Par exemple, si l'irrégularité porte sur une exigence impérative du contrat, l'écart de prix ne sera pas considéré.

Par contre, si on n'est pas dans une telle situation, on peut lire dans plusieurs jugements que le juge a tenu compte que l'écart de prix était un facteur qui l'avait amené à conclure que la ville avait agi dans l'intérêt des contribuables sans briser le

¹³ En ce qui concerne les erreurs de calculs, les règles applicables sont clairement définies par la jurisprudence. Les fonctionnaires municipaux, responsables de l'analyse des soumissions reçues, peuvent corriger les erreurs apparaissant aux soumissions lorsque ces erreurs ne laissent pas de place à l'interprétation i.e. lorsqu'elles ne nécessitent pas, de la part du correcteur, qu'il suppose, qu'il présume de ce que le soumissionnaire a voulu dire. Voir *Marcel Martineau Électricien c. St-Romuald (Ville de)* (22 mars 1999), Québec 200-09-000755-964 (200-05-002750-946), B.E. 99BE-1150 (C.A.). Malgré ce que l'on peut lire dans certains jugements, la correction peut entraîner un changement de l'ordre des soumissionnaires si c'est une correction qui ne laisse place à aucune interprétation.

principe de l'égalité entre les soumissionnaires¹⁴. L'écart de prix est un facteur important que le juge considérera afin de déterminer si le principe de l'égalité entre les soumissionnaires a été mis en brèche¹⁵.

Dans une telle situation, bien que cela ne soit pas dit aussi explicitement dans la jurisprudence, nous sommes d'avis que plus l'écart de prix est grand entre le plus bas soumissionnaire et le deuxième, plus l'irrégularité devra être importante pour qu'un tribunal la considère majeure. Les juges sont sensibles au fait que le but premier de l'appel d'offres est d'obtenir le meilleur prix et il y a un préjugé favorable à accorder le contrat au plus bas soumissionnaire.

Mais, il n'y a pas de recette magique pour déterminer ce qui sera considéré une irrégularité mineure ou majeure.

On peut certes rechercher dans la jurisprudence antérieure des exemples de situations semblables à la nôtre, mais il faut faire l'exercice de façon intelligente en faisant toutes les nuances qui s'imposent. Avant de conclure qu'une irrégularité est mineure ou majeure parce qu'il en a été décidé ainsi dans un jugement antérieur, on aura intérêt à se poser plusieurs questions.

- 1- Est-ce que l'organisme impliqué dans la cause est assujéti aux mêmes règles d'appel d'offres qu'une municipalité? Certains organismes publics et les organismes privés ne sont pas assujéti aux mêmes règles d'appel d'offres que les municipalités.

¹⁴ Par exemple, dans l'affaire *Couvertures Victo Inc. c. Société d'énergie de la Baie James* (15 octobre 2004) Montréal 500-05-025033-968, B.E. 2005BE-5 (C.S.), les documents d'appel d'offres exigeaient un cautionnement d'exécution de 75 000\$. Le cautionnement du plus bas soumissionnaire était libellé à 10% du montant de la soumission, soit 72 000\$. Les documents de soumission prévoyaient que la défenderesse pouvait passer outre à tout vice de forme ou défaut mineur. La cour a décidé que la soumission était affectée d'un défaut mineur auquel la Société d'énergie de la Baie James pouvait passer outre puisque sa soumission demeurait inférieure de 110 000\$ à celle de la demanderesse. Le fait qu'il manquait 3 000\$ pour atteindre les 75 000\$ exigés par les termes de l'appel d'offres constituait un défaut mineur dans ce contexte. La cour a précisé que le représentant de la demanderesse avait raison, dans l'exercice de sa discrétion de considérer la différence de 110 000\$ entre la soumission de la demanderesse et celle du plus bas soumissionnaire. Il a fait un choix qui se justifie dans les circonstances, en face des facteurs intrinsèques à l'appel d'offres.

¹⁵ On peut lire dans *Paul Pedneault inc. c. Chicoutimi (Ville de)* (1er octobre 1997), Chicoutimi 150-05-000128-969, B.E. 97BE-1057 (C.S.) : "Car en effet, alors que la soumission de la demanderesse était d'un montant de 514 976,88\$, celle de Piché était de 490 533,53\$, ce qui a fait sauver aux contribuables de Chicoutimi une somme de 24 443,35\$. Le tribunal en vient donc à la conclusion que l'irrégularité soulevée ne portait pas sur un élément essentiel à la soumission, mais bien plutôt secondaire ou accessoire, qui affectait la capacité technique et non juridique de Piché, de sorte que la défenderesse était justifiée d'accorder, de bonne foi, et après consultation de son contentieux, le contrat à celle-ci."

- 2- Le recours exercé dans le jugement consulté est-il comparable à celui qui pourrait être exercé contre la municipalité dans notre situation ? Ce ne sont pas les mêmes principes qui s'appliquent lorsqu'une municipalité décide de rejeter le plus bas soumissionnaire parce que non conforme. Les décisions jurisprudentielles les plus pertinentes sont celles où la municipalité a passé outre à une non-conformité pour donner le contrat au plus bas soumissionnaire.
- 3- Est-ce qu'il s'agit d'un jugement récent? Notamment, s'agit-il d'un jugement postérieur à 1999? Il faut lire la jurisprudence antérieure à 1999 avec circonspection, car plusieurs des principes que l'on y retrouve ont été contredits par la Cour suprême en 1999. Par exemple, le fait de dire qu'un recours en dommages-intérêts contre la municipalité ne peut être exercé en invoquant une faute contractuelle a été contredit par la Cour suprême. Aujourd'hui, il est clairement établi que ces recours sont fondés sur la rupture du "contrat de soumission" et que la municipalité ne peut pas invoquer la bonne foi comme défense à l'encontre de ce recours.
- 4- Quelle était la marge de manoeuvre accordée à la municipalité par les documents d'appel d'offres? Comme nous l'avons vu, la conclusion d'un tribunal quant au caractère mineur ou majeur d'une irrégularité pourra être totalement différente selon le libellé des documents d'appel d'offres.
- 5- Quel était l'écart de prix entre les soumissionnaires? Si la municipalité s'est laissée une marge de manoeuvre pour passer outre à certaines irrégularités, l'écart de prix est un facteur important que le juge considérera afin de déterminer si le principe de l'égalité entre les soumissionnaires a été mis en brèche.
- 6- Quelles sont les autres circonstances qui ont amené le juge à considérer l'irrégularité comme majeure ou mineure¹⁶ ? Retrouvons-nous ces circonstances dans notre situation?

Avant de terminer, nous souhaitons revenir sur un énoncé que l'on retrouve en jurisprudence à l'effet qu'une irrégularité, pour être considérée mineure, "ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission".

Ceci ne signifie pas, à notre avis, que toute irrégularité pouvant faire en sorte que le prix d'une soumission aurait été différent, sera considérée majeure. Nous croyons qu'il faut

¹⁶ Il y a lieu de mentionner que la décision de permettre au soumissionnaire de corriger une irrégularité avant de lui adjuger le contrat ne peut jamais rendre légale la décision illégale. Par exemple, dans *Ville de Châteauguay c. Coffrage Alliance inc.* (précitée), le juge Michel Delorme énonce qu'on ne peut permettre à un soumissionnaire de corriger une irrégularité majeure après l'ouverture des soumissions. Ce ne sont donc que les irrégularités mineures que l'on peut demander de corriger. Par contre, nous avons vu des juges mentionner que puisque la municipalité avait renoncé à son exigence, cela démontrait qu'il s'agissait d'une exigence mineure !

plutôt comprendre que toute irrégularité pouvant faire en sorte que le prix d'une soumission aurait été différent de manière à influencer l'ordre des soumissionnaires sera considérée majeure.

Supposons que le prix du plus bas soumissionnaire est de 200 000\$ et que celui du deuxième est de 300 000\$. Supposons que la non-conformité a une valeur de 1 000\$. Nous croyons que dans la mesure où les documents d'appel d'offres ont été bien rédigés pour laisser de la marge de manoeuvre, il est possible de passer outre à cette non-conformité.

Partie 3: Comment prévenir les problèmes de non-conformité ou s'aider à les résoudre

Une rédaction adéquate des documents d'appel d'offres est primordiale. Nous vous recommandons de garder à l'esprit les principes suivants:

- 1- Éviter de poser des exigences inutiles. Par exemple, est-il nécessaire d'exiger que les preuves d'assurances soient produites avec la soumission?
- 2- Bien définir nos exigences en matière de garanties, de cautionnement, de propriété des équipements, etc.. Par exemple, est-il vraiment nécessaire que l'entrepreneur soit propriétaire de la machinerie pour ce contrat particulier?
- 3- Éviter les libellés de clauses trop catégoriques du genre : " il est obligatoire que..., il est nécessaire..., il faut..., il est de l'essence de la présente soumission..., etc." ¹⁷ ;
- 4- Utiliser l'expression "la municipalité peut rejeter" plutôt que l'expression "la municipalité rejettera". Utiliser l'expression " la soumission pourra être rejetée si " plutôt que l'expression " la soumission sera automatiquement rejetée ".
- 5- Mettre dans tous les appels d'offres une clause de réserve générale qui accorde un maximum de marge de manoeuvre¹⁸. Voici la clause type que nous avons rédigée à la Ville de Longueuil.

¹⁷ Dans l'affaire *Entreprises de construction Panzini inc. c. Agence métropolitaine de transport* (19 août 2005), Montréal 500-05-074550-029, B.E. 2006BE-216 (C.S.), la Cour supérieure a déclaré que même si l'organisme public a fait erreur en exigeant une certification ISO, elle ne pouvait passer outre à cette condition et renoncer à cette exigence exprimée en termes impératifs dans les documents d'appel d'offres.

¹⁸ Dans *Pavage des Moulins inc. c. Lachenaie (Ville de)* (29 septembre 1997), Joliette 705-05-002113-978, J.E. 97-2052 (C.S.), les documents d'appel d'offres contenaient la clause de réserve suivante: " De plus, le Conseil se réserve le droit d'ignorer toute irrégularité dans les soumissions lorsque dans son opinion, les meilleurs intérêts de la Ville seront servis par une telle décision." En application de cette clause, le juge a conclu que "le fait de fournir un cautionnement plutôt qu'un chèque ne conférait aucun avantage aux mises en cause. Il s'agit d'une irrégularité mineure, et il était justifié, dans l'intérêt des contribuables, d'y passer outre."

"La Ville peut, s'il est avantageux pour elle de le faire, passer outre à tout défaut de conformité de la soumission si ce défaut ne brise pas la règle de l'égalité entre les soumissionnaires et elle n'est pas tenue de motiver l'acceptation ou le rejet de toute soumission".

Évidemment, il faut aussi que les autres conditions de l'appel d'offres soient rédigées dans le même esprit de manière à ne pas restreindre la portée de la clause de réserve générale.¹⁹

S'il y a un article qui établit un ordre de priorité entre les diverses composantes de l'appel d'offres, il faut s'assurer que cet ordre de priorité ne met pas en échec la clause de réserve générale²⁰.

- 6- Les clauses générales de l'appel d'offres devraient d'ailleurs être normalisées et avoir été révisées de manière à rencontrer les exigences ci-dessus mentionnées. Les clauses particulières devraient toujours être examinées pour s'assurer qu'elles ne viennent pas contredire les clauses générales en étant trop catégoriques et en anéantissant la marge de manœuvre conférée par les clauses générales.
- 7- Si vous confiez la rédaction de vos appels d'offres à des consultants externes qui varient selon les contrats, vous devrez être particulièrement vigilants aux clauses générales introduites par ces derniers. Ceux-ci ont tendance à utiliser depuis des lustres les mêmes clauses générales sans trop anticiper les problèmes que des clauses impératives causeront à la municipalité advenant un problème de non-conformité.

Partie 4: Les recours

La bonne compréhension des recours qui peuvent être exercés contre la municipalité et l'évaluation des conséquences pécuniaires qui peuvent en résulter est essentielle pour prendre les bonnes décisions lorsqu'on est confronté au problème d'adjuger un contrat malgré une non-conformité.

En effet, les décisions à prendre en cette matière sont parfois difficiles et l'évaluation des risques de contestations judiciaires et des conséquences pécuniaires pour la municipalité fait partie, à notre avis, des facteurs à examiner.

¹⁹ *Ville de Châteauguay c. Coffrage Alliance inc.* (4 février 2004), Montréal, 500-09-012202-024, AZ-04019541 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour d'appel a déclaré que les clauses particulières restreignaient la portée d'une clause de réserve générale qui permettait d'ignorer toutes les irrégularités dans les soumissions dans le meilleur intérêt de la Ville.

²⁰ Dans *Ville de Châteauguay c. Coffrage Alliance inc.*, précitée ci-dessus, il y avait également un article qui précisait l'ordre de priorité des documents et qui faisait en sorte que la portée de la clause de réserve générale était restreinte.

Le recours judiciaire le plus efficace du soumissionnaire qui se prétendrait lésé par l'octroi d'un contrat à un soumissionnaire non conforme sera une action en dommages-intérêts basé sur la rupture du contrat de soumission (le contrat A).

Le recours en injonction pour forcer la municipalité à adjuger le contrat ne donne généralement pas des bons résultats. Les requêtes en jugement déclaratoire ou l'action en nullité pour faire déclarer nul le contrat accordé au plus bas soumissionnaire ne sont généralement pas des avenues intéressantes pour le soumissionnaire qui se croit lésé, car cela lui fait encourir des frais judiciaires sans lui donner aucun bénéfice. Il n'y a pas lieu de craindre une action en déclaration d'incapacité si la municipalité agit de bonne foi et ne cherche pas à contourner le processus d'appel d'offres prévu par la loi²¹.

La jurisprudence récente nous apprend que le recours en dommages-intérêts pourra être accueilli par le tribunal si les règles et le processus décrits dans les documents d'appel d'offres ne sont pas respectés par la municipalité. Pour avoir gain de cause, il n'est pas nécessaire de prouver que la municipalité a commis une faute délictuelle et il sera suffisant de prouver qu'il y a eu faute contractuelle.²² La municipalité ne pourra se défendre en plaidant la bonne foi et le soumissionnaire ne sera pas tenu de démontrer la mauvaise foi de la municipalité, contrairement à ce que disent de nombreux jugements antérieurs à 1999. Le soumissionnaire lésé n'est pas tenu non plus de demander la nullité de la résolution qui a octroyé le contrat à un autre et il peut se contenter de demander des dommages-intérêts pour ne pas avoir obtenu le contrat.

Il devra cependant démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il aurait obtenu le contrat « B » si la municipalité avait respecté les règles contractuelles du processus d'appel d'offres. Par exemple, même si le contrat est accordé au plus bas soumissionnaire illégalement, le recours en dommages-intérêts ne sera pas accordé à un soumissionnaire qui n'aurait pas obtenu le contrat parce que son prix était trop élevé²³. Autre exemple, lorsqu'il n'y a aucun soumissionnaire conforme, aucun recours en dommages et intérêts n'est recevable²⁴.

²¹ *Lefebvre c. Saint-Cyrille-de-Wendover (Municipalité de)*, J.E. 2005-892 (C.S.)

²² On peut même penser qu'il n'est plus possible d'intenter un recours en dommages-intérêts fondé sur la faute délictuelle étant donné l'article 1458 du Code civil.

²³ Par exemple, dans l'affaire *Bernier Lecompte Inc. c. Ville de Verdun* (21 janvier 2005), Montréal 500-09-12681-029 (500-05-004798-953), la Cour d'appel a donné raison au soumissionnaire lésé en déclarant que la municipalité n'aurait pas dû accepter la soumission du plus bas soumissionnaire étant donné qu'elle comportait une irrégularité majeure mais a rejeté le recours en dommages et intérêts du soumissionnaire parce qu'il avait été démontré qu'en aucun cas le contrat aurait été octroyé à la demanderesse qui était deuxième soumissionnaire étant donné le budget limité dont disposait la Ville de Verdun et le montant trop élevé soumis par Bernier Lecompte Inc.

²⁴ Par exemple, dans *Excavation Fafard inc. c. St-Guillaume (Municipalité de)* (26 février 2004), Drummondville, 405-05-001233-006, J.E. 2004-928 (C.S.), il est mentionné que le recours en dommages et intérêts du soumissionnaire non retenu ne peut être accueilli que si sa soumission était elle-même conforme à l'appel d'offres et qu'il aurait selon toute probabilité obtenu le contrat.

En intentant un recours en dommages-intérêts, le soumissionnaire qui se croit lésé peut obtenir un dédommagement équivalant à la perte du profit qu'il aurait pu réaliser si le contrat lui avait été accordée.

Dans l'affaire *Bau-Québec Ltée c. Ste-Julie (Ville de)*, 1999 R.J.Q. 2650 (C.A.), on peut constater que pour établir la perte de profit, on accepte que le soumissionnaire fasse la preuve de son chiffre d'affaires pour l'année visée et les profits annuels bruts réalisés pour cette même année. Ceci nous donne un pourcentage qu'on assimile alors à la marge bénéficiaire moyenne de l'entreprise sur les contrats qu'elle a accordés pour cette année. Cette preuve est souvent acceptée pour établir la perte de profit probable sur le contrat visé.

En consultant la jurisprudence, nous avons pu constater que les pourcentages alloués pour perte de profit étaient souvent inférieurs à 6 ou 7% bien que l'on retrouve des cas où la marge bénéficiaire était de 10 ou 15%. Exceptionnellement, il peut y avoir des marges bénéficiaires plus élevées.

Lorsqu'on a à prendre une décision difficile de passer outre ou non à une irrégularité pour accorder le contrat au plus bas soumissionnaire, il faut tenir compte de la possibilité qu'un recours en dommages-intérêts soit intenté contre la municipalité dans le cas où celle-ci se tromperait dans l'interprétation de sa marge de manoeuvre et évaluer les pertes pécuniaires qui peuvent en découler.

Selon nous, plus l'écart de prix entre le plus bas soumissionnaire et le deuxième est minime eu égard à l'envergure totale du contrat, plus la considération des risques de recours judiciaires exige d'être prudent avant de passer outre à une non-conformité. Dans ce cas, les risques de recours judiciaires sont plus grands et une éventuelle condamnation à payer la perte de profit pourrait faire encourir des pertes plus considérables que l'écart de prix entre le plus bas soumissionnaire et le deuxième. Lorsque l'écart de prix est minime, il faut vraiment être certain que l'irrégularité à laquelle on veut passer outre est mineure.

Par exemple, il est risqué d'accorder le contrat au plus bas soumissionnaire non conforme à 1 000 000\$ plutôt qu'au deuxième soumissionnaire conforme à 1 010 000\$. Pour sauver 10 000\$ la municipalité risque une condamnation à des dommages-intérêts de 50,000\$, 100,000\$ ou peut être même plus, sans compter les honoraires d'avocats pour se défendre, si elle se trompe en passant outre à la non-conformité.

La situation est très différente si l'écart de prix entre les deux soumissionnaires est élevé eu égard à l'envergure totale du contrat. Par exemple, si le prix du plus bas soumissionnaire est de 100 000\$ et celui du deuxième est de 200 000\$.

D'abord, plus l'écart de prix est élevé, plus il est probable qu'un tribunal aura des réticences à renverser une décision de la municipalité passant outre à une non-conformité à moins que la municipalité ne se soit donnée aucune marge de manoeuvre ou aille à l'encontre d'une formalité qu'elle a déclarée impérative dans les

documents d'appel d'offres. Ensuite, les risques de pertes pécuniaires sont ici pratiquement nuls pour la municipalité. Le soumissionnaire aura de la difficulté à convaincre le tribunal qu'il aurait obtenu le contrat avec un tel écart de prix. Au mieux, la municipalité serait retournée en appel d'offres. Également, même si le soumissionnaire lésé avait gain de cause, la condamnation pécuniaire serait encore inférieure à l'écart de prix entre les deux soumissions puisque celui-ci était de 100 000\$ et que le soumissionnaire obtiendrait un montant substantiellement moindre en dommages-intérêts.

Évidemment, même avec un écart de prix élevé, il n'est pas question de donner le contrat volontairement à un soumissionnaire non conforme sur un élément majeur. Nous ne parlons ici que des cas où il y a matière à interprétation. Lorsqu'il est clair que le contrat ne peut être donné au plus bas soumissionnaire et lorsque l'écart de prix est trop élevé pour accorder le contrat au deuxième, il faut envisager de retourner en appel d'offres et réévaluer nos exigences.

Partie 5: Aide-mémoire pour décider si l'on peut octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire malgré une non-conformité

Voici quelques questions qu'il peut être utile de se poser pour décider si l'on peut octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire malgré une non-conformité:

- 1- Est-ce vraiment une non-conformité?
- 2- Quelle est la marge de manoeuvre accordée par les documents d'appel d'offres?
- 3- Quelle est la marge de manoeuvre accordée par l'écart de prix ou l'intérêt des contribuables?
- 4- Quelle sera l'attitude d'un tribunal qui aurait à se prononcer sur un recours exercé par un autre soumissionnaire?
- 5 - Est-ce préférable de renoncer à la non-conformité ou de demander au soumissionnaire de corriger la non-conformité avant d'adjuger le contrat?
- 6 - Compte tenu des réponses données aux questions ci-dessus, est-ce que l'irrégularité sera qualifiée de majeure ou de mineure par un tribunal? Que dit la jurisprudence antérieure? Celle-ci est-elle vraiment applicable à notre situation?
- 7- Quels sont les risques courus par la municipalité à accorder le contrat au plus bas soumissionnaire malgré la non-conformité? Est-ce qu'il y a un soumissionnaire conforme? Quel est l'écart de prix? Quel montant pourrait être réclamé comme perte de profits ? Est-ce que la municipalité aurait accordé le contrat à un autre soumissionnaire si elle avait rejeté le plus bas soumissionnaire?

Partie 6 - Conclusions

L'un des meilleurs textes juridiques disponibles sur le sujet dont nous avons discuté est un article de 150 pages publié par Me Pierre Giroux en 2002 dont nous recommandons la lecture à tous les juristes²⁵. Nous croyons que nous ne pouvons faire mieux que de conclure comme lui le présent texte en citant ses propres conclusions apparaissant aux pages 284 et 285 :

"Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd*²⁶ et *Martel Building Ltd*²⁷ et qui ont été appliqués au Québec, notamment par la Cour d'appel dans l'affaire *Bau-Québec Ltée* imposent, en quelque sorte, une nouvelle lecture des droits et des obligations des soumissionnaires et de l'auteur d'un appel d'offres, notamment à partir des documents d'appel d'offres. Les droits et obligations des parties pourront toutefois varier dans le cas des organismes publics à qui la procédure d'appel d'offres est imposée par des dispositions législatives et réglementaires.

Comme l'auteur de l'appel d'offres pourra être lié par les exigences de son appel d'offres, il nous apparaît que les propriétaires, qu'ils soient dans le secteur public ou dans le secteur privé, devraient procéder à la révision des documents qu'ils utilisent, plus particulièrement les instructions aux soumissionnaires qui devraient être soigneusement rédigées afin d'éviter les mauvaises surprises.

Désormais, la clause de réserve à l'effet que l'auteur de l'appel d'offres ne s'engage à accepter ni la plus basse ni aucune des soumissions, n'est plus suffisante pour permettre de pallier les carences des documents d'appel d'offres. (...)

Cela dit, la nécessité de rédiger avec soin les documents d'appel d'offres est une conséquence importante résultant des principes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd* et *Martel Building Ltd*. L'aspect juridique de ces documents a souvent été négligé, sans doute en raison du fait qu'ils étaient, à toutes fins utiles, sans conséquence pour l'auteur de l'appel d'offres puisqu'il ne faisait que leur conférer des droits et imposer des obligations aux soumissionnaires.

²⁵ Giroux, Pierre. « Le mécanisme d'appel d'offres : quelques réflexions à la suite des arrêts *M.J.B. Enterprises Ltd* et *Martel Building Ltd* », dans *Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en droit de la construction* (2002), volume 170, Cowansville : Yvon Blais, 2002,

²⁶ *M.J.B. Enterprises Ltd c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619

²⁷ *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S., 860

Toutefois, dès lors que ces documents d'appel d'offres confèrent également des droits aux soumissionnaires et des obligations aux propriétaires lorsqu'il y a formation d'un contrat A, et que la sanction judiciaire de ces droits et obligations entraîne des condamnations monétaires importantes, les propriétaires seront sans doute plus sensibles à la nécessité d'une plus grande rigueur, d'une part, lors du travail de préparation des documents d'appel d'offres et, d'autre part, dans les décisions prises lors de l'évaluation des soumissions."

Me Marco Rivard
Chef du Service du contentieux
Ville de Longueuil