Une soumission qui ne respecte pas les critères d'admissibilité d'un appel d'offres, comme l'expérience minimale, est entachée d'une irrégularité majeure

19 mai 2017

Auteur

Pier-Olivier Fradette

Associé, Avocat

Lorsque vient le temps de soumissionner à un appel d'offres d'un organisme public, les entreprises intéressées cherchent deux informations capitales: quelle est la nature du contrat et mon entreprise respecte-t-elle les exigences de l'appel d'offres, par exemple, l'expérience requise des soumissionnaires?

À défaut d'être compétentes dans le domaine ciblé par l'appel d'offres ou d'avoir les années d'expérience requises pour respecter les exigences énoncées dans l'appel d'offres, les entreprises s'abstiendront, évidemment, de consacrer du temps à un appel d'offres qu'elles savent n'avoir aucune chance de remporter.

Mais, qu'arrive-t-il lorsqu'un organisme public ne respecte pas les conditions qu'il a lui-même qualifiées d'«essentielles», soit expressément, soit implicitement?

Traditionnellement, les tribunaux analysaient ces situations en tentant de qualifier de «mineure» ou «majeure» l'irrégularité reprochée à la soumission qui ne respectait pas toutes les conditions.

Mais dans deux décisions consécutives rendues à trois mois d'intervalle, la Cour d'appel du Québec a repositionné le débat sur différents éléments qu'il faut considérer dans l'analyse de la conformité d'une soumission. Dans la décision la plus récente, elle a même innové en ajoutant une dimension nouvelle à la façon de considérer la notion «d'équité entre les soumissionnaires» dans le cadre de l'analyse de la conformité des soumissions.

Le présent texte se veut une analyse combinée des décisions *Ville de Matane c. Jean Dallaire, architectes & EBC inc.*[1] et *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*[2] rendues par la Cour d'appel les 25 novembre 2016 et 24 février 2017 respectivement.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Ville de Matane c. Jean Dallaire, architectes & EBC inc.

La Ville de Matane a lancé un appel d'offres pour la construction d'un complexe sportif. L'une des exigences fondamentales de l'appel d'offres à l'endroit des soumissionnaires était qu'ils aient de l'expérience dans le cadre d'au moins trois projets d'envergure et de complexité comparables. Cette condition était qualifiée d'«essentielle» dans les documents d'appel d'offres.

Malgré cette exigence, la Ville a accordé le contrat à une entreprise qui n'avait pas l'expérience requise et qui, à la connaissance de la Ville, n'avait de l'expérience que dans des projets résidentiels et institutionnels de petite envergure. EBC inc., un autre soumissionnaire, a cherché à faire annuler la résolution octroyant le contrat à l'adjudicataire en raison de l'expérience insuffisante de celui-ci relativement à l'exigence de l'appel d'offres.

La Ville de Matane a tenté de convaincre la Cour qu'il s'agissait d'une irrégularité mineure parce que l'adjudicataire s'engageait, postérieurement à l'ouverture des soumissions, à avoir au sein de son équipe du personnel ayant l'expérience suffisante pour répondre à l'exigence des trois projets d'envergure et de complexité comparables énoncée dans l'appel d'offres.

La Cour d'appel a rejeté l'argument de la Ville et a confirmé que la soumission de l'adjudicataire était effectivement entachée d'une irrégularité majeure.

En effet, en indiquant elle-même que l'expérience sur un minimum de trois projets d'envergure et de complexité comparables était une condition essentielle, la Ville de Matane a imposé une exigence qui se devait d'être respectée et démontrée au moment du dépôt de la soumission. Permettre à l'adjudicataire de faire une preuve différente de son expérience après la réception de la soumission reviendrait à contourner sa propre exigence et irait à l'encontre du contrat et du principe de l'équité entre les soumissionnaires.

Ainsi, l'exigence de l'expérience des soumissionnaires énoncée dans l'appel d'offres doit être respectée et appliquée sans détour. Une fois qu'une exigence d'un appel d'offres est qualifiée d' «essentielle», l'organisme public ne peut pas considérer comme «mineure» une irrégularité la concernant. Au contraire, cela doit nécessairement être une irrégularité majeure.

Tapitec inc. c. Ville de Blainville

Dans cette décision, la Ville de Blainville voulait faire construire un terrain de sport avec un revêtement de gazon synthétique. Désirant obtenir un entrepreneur hautement qualifié et habitué à procéder à l'installation de ce type de revêtement, la Ville de Blainville a fait le choix de lancer un appel d'offres avec évaluation qualitative des soumissions plutôt que de se baser uniquement sur la soumission la moins chère.

Parmi les exigences requises, la Ville demandait que les soumissionnaires aient un établissement au Québec depuis au moins cinq ans. Malgré cette exigence, la Ville a tout de même accordé le contrat à une entreprise qui n'était établie au Québec que depuis deux ans.

La Cour d'appel a infirmé la décision de la Ville, confirmant que le nonrespect d'une condition relative à l'expérience d'un soumissionnaire, même si elle n'est pas expressément qualifiée d'essentielle, doit entraîner le rejet automatique de la soumission lorsque les circonstances le justifient. Tel était le cas dans la soumission de la Ville de Blainville, où, même si l'on ne retrouvait pas dans les documents d'appel d'offres des mots comme «essentiel», «rejet automatique» ou «fondamental», la Cour d'appel a considéré que l'exigence d'avoir un établissement existant depuis au moins cinq ans au Québec était une condition essentielle, car elle avait pour effet de limiter le

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

nombre de soumissionnaires en les obligeant à respecter des critères d'expérience ou d'accréditation. La Cour insiste sur l'effet de telles conditions sur la décision de certaines entreprises de soumissionner ou non. Dès lors, un organisme public ne peut pas considérer le défaut concerné comme mineur.

La Cour d'appel affirme ainsi clairement que l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme vaut autant pour ceux qui ont participé au processus que pour ceux qui se sont empêchés de le faire parce qu'ils ne respectaient pas les exigences qui y étaient stipulées. En limitant le bassin de soumissionnaires par l'imposition d'une exigence d'expérience, l'organisme public doit absolument rejeter toute soumission qui ne s'y conforme pas. À défaut, l'organisme public porte atteinte au principe de l'équité entre les soumissionnaires, ce qui constitue une irrégularité majeure et expose sa décision à une contestation.

Par conséquent, l'exigence de l'expérience des soumissionnaires énoncée dans un appel d'offres, lorsque les circonstances le justifient, est une condition essentielle à laquelle l'organisme public ne peut pas déroger. Évidemment, chaque cas est un cas d'espèce et une analyse approfondie du devis de l'appel d'offres sera nécessaire pour déterminer si l'exigence de l'expérience est une condition essentielle.

Que faut-il retenir de ces deux décisions?

Ces deux arrêts affirment avec force le principe d'égalité entre les soumissionnaires et l'idée qu'en limitant le nombre de personnes pouvant déposer une soumission par l'imposition de critères d'expérience ou de qualification professionnelle, les organismes publics se créent un devoir de les respecter. Une exigence qualifiée d'essentielle dans un appel d'offres ne peut jamais être contournée et tout défaut à l'une de ces exigences constatées dans une soumission doit entraîner le rejet automatique de celle-ci. Agir autrement permettra aux soumissionnaires lésés de s'adresser au tribunal pour demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

Bien que le caractère essentiel ou non des exigences d'expérience ou de qualification professionnelle des soumissionnaires dans un appel d'offres doive être analysé au cas par cas, la Cour d'appel nous semble inciter certains organismes publics à revoir la manière d'analyser la conformité de soumissions reçues, eu égard tant aux autres soumissionnaires qu'aux entrepreneurs qui se seraient exclus d'un processus qu'ils croyaient n'avoir aucune chance de remporter.

---

1. *Matane (Ville de) c. Jean Dallaire, Architectes,* 2016 QCCA 1912.
2. *Tapitec inc. c. Ville de Blainville,* 2017 QCCA 317.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.