

La modification du budget des travaux autorisée avant l'adjudication du contrat et la négociation de bonne foi dans le cadre d'un appel d'offres public

DENTONS

Par Catherine Dagenais

Dans *Axor Construction c Bibliothèque et archives nationales du Québec* 2012 QCCA 1228 (demande d'autorisation à la Cour Suprême du Canada rejetée, 2013 CanLII 1175 (CSC)), la Cour d'appel du Québec est venue affirmer que les documents d'appel d'offres permettaient à Bibliothèque et Archives nationales du Québec (« BANQ ») de modifier le coût estimatif des travaux avant l'adjudication du contrat et a réaffirmé qu'une invitation à négocier n'équivaut pas à une obligation de poursuivre les négociations jusqu'à ce qu'une entente soit conclue. Dans ce dossier, BANQ était représentée par Dentons.

Le contexte

En mars 1997, le gouvernement a annoncé son intention de construire la grande bibliothèque. Pour ce faire, le gouvernement a autorisé BANQ à emprunter jusqu'à 90 636 310 \$. La construction s'est divisée en trois étapes et pour la troisième étape (« Lot 3 ») qui comprenait la réalisation de la structure, de l'enveloppe, de la mécanique, de l'électricité et de la finition intérieure de l'établissement, BANQ a procédé à un appel d'offres public.

Le montant du coût estimatif des travaux pour le Lot 3 n'était pas identifié dans les documents d'appel d'offres public. Toutefois, celui-ci avait été évalué au sein de BANQ à 54 600 000\$. Il appert que ce montant avait été dévoilé à Axor. À tout événement, cette information était facilement accessible.

À l'ouverture des soumissions le 10 septembre 2002, Axor Construction Canada inc. (« Axor ») est le plus bas soumissionnaire conforme, suivi de H. Pomerleau Inc. (« Pomerleau »). La soumission d'Axor excédait de 2.8 M\$ le coût estimatif des travaux.

Des échanges et des rencontres ont lieu entre les représentants de BANQ et d'Axor dans le but de réduire le coût des travaux. Toutefois, les modifications proposées par Axor sont substantielles et risquent de dénaturer le projet.

BANQ demande alors au gouvernement du Québec d'augmenter son budget afin de lui permettre d'accepter la soumission d'Axor telle quelle, sans avoir à modifier le projet. BANQ est finalement autorisée par décret à contracter les emprunts nécessaires au financement du projet jusqu'à concurrence de 97 636 310 \$.

BANQ invite Axor à signer un contrat de construction conforme aux documents d'appel d'offres ainsi qu'à sa soumission. Axor refuse de signer car, selon elle, la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres lui a donné un droit de négocier une réduction de 2,8 M\$. Devant le refus d'Axor, BANQ octroie le contrat à Pomerleau, le deuxième plus bas soumissionnaire, au prix de sa soumission, soit 59 495 000 \$.

Axor intente alors une action pour perte de profits ou, subsidiairement, pour le remboursement des dépenses encourues lors de la préparation de sa soumission et sa participation aux négociations subséquentes à l'ouverture des soumissions. De son côté, BANQ réclame 2 095 000 \$ solidairement d'Axor et sa caution, soit la différence entre le montant de la soumission d'Axor et celle de Pomerleau.

La Cour supérieure a rejeté le recours d'Axor et accueilli la réclamation de BANQ au montant de 2 095 000\$. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

Principes juridiques à retenir

Premièrement, la Cour affirme que la clause 11.1.1 n'empêchait pas BAnQ de modifier le budget des travaux autorisé avant l'adjudication du contrat. Elle considère qu'un tel changement ne rompait pas l'équilibre entre les soumissionnaires.

Après l'ouverture des soumissions, BAnQ pouvait donc à son choix augmenter son enveloppe budgétaire et accorder le contrat au plus bas soumissionnaire, négocier une réduction des coûts pour le respect du budget alloué par le gouvernement ou elle pouvait rejeter les soumissions et retourner en appel d'offres.

La Cour d'appel affirme cependant que « [...] forcer un organisme public à lancer un nouvel appel d'offres alors qu'il pourrait obtenir le budget nécessaire pour accepter la soumission du plus bas soumissionnaire irait définitivement à l'encontre de l'intérêt public. »

Deuxièmement, il faut retenir que la faculté de négocier n'équivaut pas à une obligation de s'entendre. La Cour conclut que bien que la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres donnait à BAnQ la faculté de négocier avec le plus bas soumissionnaire, elle ne créait toutefois pas une obligation de le faire, et encore moins une obligation de conclure une entente avec Axor. Les principes de bonne foi dans le cadre de négociations contractuelles s'appliquaient toutefois tout au long du processus.