

EYB2017REP2223

Repères, Mai, 2017

Catherine DAGENAIS*

Commentaire sur la décision Norgereq Ltée c. Montréal (Ville de) – Conformité de soumissions dans le contexte d'un appel d'offres : le rôle primordial des tribunaux dans la vérification de la conformité des soumissions

Indexation

OBLIGATIONS ; CONTRATS NOMMÉS ; CONTRAT D'ENTREPRISE ; APPEL D'OFFRES ; DOMMAGES-INTÉRÊTS ; CONSTRUCTION

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[II- LA DÉCISION](#)

[III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteure commente cette décision dans laquelle la Cour supérieure revient sur la conformité des soumissions dans le contexte d'un appel d'offres en s'attardant sur l'évaluation d'une irrégularité en tant que majeure ou mineure.

INTRODUCTION

Dans la décision *Norgereq Ltée c. Montréal (Ville de)*¹, la Cour supérieure revient sur le principe de l'égalité des soumissionnaires duquel découle l'obligation de n'accorder le contrat qu'à un soumissionnaire conforme. La Cour supérieure précise le rôle primordial que jouent les tribunaux relativement à la conformité et à l'évaluation qu'ils doivent faire pour déterminer si l'irrégularité invoquée est majeure ou mineure.

I- LES FAITS

Au début de 2008, la Ville de Montréal lance un appel d'offres visant entre autres certains travaux de restauration de la maçonnerie de l'hôtel de ville et la réfection de ses manskardes et de son campanile.

La Ville de Montréal décide d'évaluer les offres en se fondant i) sur le prix proposé et ii) sur la qualité des soumissionnaires selon certains critères mentionnés dans les documents d'appel d'offres.

La soumission de 4373413 Canada inc. (« L.M. Sauvé ») arrive au premier rang et le contrat lui est octroyé. La soumission de Norgereq Ltée (« Norgereq ») arrive au second rang.

Norgereq poursuit la Ville de Montréal en prétendant que L.M. Sauvé aurait dû être disqualifiée puisque la garantie qui accompagnait sa soumission était irrégulière. Le cautionnement souscrit l'était par une compagnie qui ne détenait pas de permis pour exercer l'activité de garantie au Québec. Ainsi, Norgereq prétend que le contrat aurait dû lui être octroyé et qu'elle en aurait tiré un profit de 1 364 960 \$.

La Ville de Montréal est plutôt d'avis que l'irrégularité du cautionnement de soumission de L.M. Sauvé était mineure et ne la disqualifiait pas. De plus, elle prétend que la soumission de Norgereq ne satisfaisait pas elle-même à certaines des exigences de qualification et que le contrat n'aurait donc pas pu lui être accordé. La Ville de Montréal conteste également le *quantum* des dommages réclamés.

Par conséquent, dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la soumission d'un entrepreneur était entachée d'une irrégularité en raison du fait que le cautionnement qui l'accompagnait n'était pas souscrit par un assureur détenant un permis pour exercer l'activité de garantie au Québec.

II- LA DÉCISION

Le tribunal indique en premier lieu que lorsqu'il s'agit de vérifier la conformité d'une soumission, les tribunaux ne doivent aucune déférence aux décisions du comité de sélection.

Il est vrai que la Cour d'appel dans l'arrêt *L'immobilière* a mis en garde les tribunaux de ne pas substituer leur opinion à celle du comité chargé d'évaluer les soumissions, puisqu'une telle évaluation est de nature subjective et sujette à discussion. Ce n'est donc qu'en présence d'« *incohérences significatives* » ou lorsque les conclusions du comité relèvent « *de la fantaisie, du caprice, de l'ignorance volontaire, du bon plaisir ou de la négligence* » que le tribunal peut intervenir.

Cependant, en l'espèce, ce n'est pas l'évaluation qualitative du comité qui est remise en cause (c.-à-d. les points attribués à chacune des soumissions selon la grille d'analyse), mais bien la *vérification de la conformité de la soumission*, ce qui est une tout autre question.

Comme l'a dit le juge de première instance dans l'affaire *Tapitec*, « *la conformité est une question objective et [non] pas une question "subjective, approximative et sujette à discussion" où le Tribunal doit faire preuve de prudence* ». Or, non seulement la Cour d'appel n'a nullement remis en cause cette affirmation, mais elle est précisément intervenue pour déclarer non conforme la soumission que le comité de sélection (et le juge de première instance) avait jugée conforme. Et il n'est nullement question dans l'arrêt *Tapitec* de prudence ou de déférence envers les décisions du comité *quant à la conformité de la soumission*, bien au contraire. ²

Selon le tribunal, le fait que le cautionnement qui accompagnait la soumission n'était pas souscrit par un assureur détenant un permis pour exercer l'activité de garantie au Québec est une irrégularité majeure qui aurait dû mener à la disqualification de l'entrepreneur.

La Cour supérieure reprend les principes énoncés par la Cour d'appel dans *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, devant guider l'analyse de la qualification de l'irrégularité.

L'obligation de n'accorder le contrat qu'à un soumissionnaire qui présente une soumission conforme découle implicitement du contrat intervenu entre l'auteur de l'appel d'offres et tous les soumissionnaires. L'auteur de l'appel d'offres doit évaluer les soumissions de manière équitable et uniforme afin d'éviter qu'un soumissionnaire soit avantagé au détriment d'un autre.

Le principe d'égalité entre les soumissionnaires tire son fondement du fait qu'en l'absence de cette obligation implicite, aucun soumissionnaire raisonnable ne s'exposerait aux risques inhérents à un appel d'offres si le donneur d'ouvrage « peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme ».

Par ailleurs, l'exigence que seules soient examinées les soumissions conformes est également « un élément favorisant l'intégrité et l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres ».

L'évaluation des soumissions dans le cadre d'un système de pondération (par opposition à la soumission la plus basse) n'élimine pas l'obligation pour la municipalité d'en évaluer la conformité. Comme c'est le cas pour les contrats attribués au plus bas soumissionnaire, la municipalité doit rejeter une soumission qui contient une irrégularité sur un élément essentiel. Par contre, le système de pondération permet à un corps public d'évaluer les divers éléments qu'il indique dans les documents d'appel d'offres et d'accorder le nombre de points qu'il juge approprié pour chacun des critères.³

La Cour supérieure poursuit en indiquant les questions importantes à se poser à cet égard :

La Cour poursuit en indiquant les critères permettant de distinguer les irrégularités majeures (qui doivent mener au rejet de la soumission) de celles qui sont mineures (et pour lesquelles le donneur d'ouvrage jouit d'une certaine discrétion). Se fondant sur ce que proposent les auteurs Giroux et Jobidon, la Cour d'appel indique qu'il y a lieu à cet égard de se poser les questions suivantes :

- 1) l'exigence est-elle d'ordre public ? 2) les documents d'appel d'offres indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel ? et 3) à la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres ?⁴

En l'espèce, la Cour supérieure mentionne que le langage utilisé dans les documents d'appel d'offres est impératif. Le tribunal réfère à la doctrine et à la jurisprudence pour conclure ainsi :

Le Tribunal est d'accord avec ces décisions : offrir un cautionnement par une personne qui ne possède pas le permis exigé pour exercer au Québec l'activité de garantie équivaut à ne pas en fournir du tout. En effet, un tel cautionnement n'offre aucune garantie *sérieuse* au donneur d'ouvrage qu'il disposera d'un moyen *simple et efficace* d'être indemnisé advenant que le soumissionnaire retire son offre. Un tel cautionnement ne satisfait donc pas aux objectifs visés par l'exigence d'une garantie de soumission, laquelle est impérative selon les documents d'appel d'offres.

La même chose peut être dite en ce qui concerne la lettre d'engagement qui doit accompagner la garantie de soumission (formulaire 2). Cet engagement est peut-être encore plus important puisqu'il garantit au donneur d'ouvrage qu'il obtiendra, advenant que le contrat soit adjugé au soumissionnaire en cause, un cautionnement d'exécution, ainsi qu'un cautionnement pour les gages, biens et services qui sera émis par un assureur autorisé à exercer l'activité de garantie au Québec.⁵

[...]

La situation est donc fondamentalement différente de celle qui peut survenir lorsqu'un cautionnement de soumission essentiellement conforme aux exigences est fourni, mais que le montant de celui-ci est légèrement inférieur à ce qui est requis. En un tel cas, l'irrégularité peut être considérée comme mineure puisque l'objectif visé par la garantie est substantiellement atteint par celle offerte.⁶

Le tribunal a ensuite analysé si le soumissionnaire arrivé au second rang était conforme. Bien que le cautionnement du second soumissionnaire soit affecté d'une irrégularité puisqu'il n'était valable que pour 90 jours alors que les documents d'appel d'offres exigeaient une durée de 120 jours, le tribunal a maintenu que ce genre d'irrégularité est généralement considéré de nature mineure. Cependant, le tribunal conclut que la soumission du soumissionnaire arrivé au second rang aurait dû être rejetée également, car elle ne répondait pas aux exigences obligatoires, ne faisant état que d'un seul projet qui se qualifiait (au lieu de deux requis). La Cour supérieure conclut :

S'agissant là d'un élément essentiel, la soumission de Norgereq aurait dû être rejetée à ce stade. En effet, comme l'indique la Cour d'appel dans *Tapitec*, dans la mesure où certaines personnes ont pu s'abstenir de soumissionner puisqu'elles ne satisfaisaient pas aux critères de qualification, la Ville ou ses représentants ne pouvaient décider de passer outre aux exigences obligatoires de qualification de l'appel d'offres, car il y aurait alors atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres. Les règles du jeu étant établies par les documents d'appel d'offres, elles sont valables pour tous et on ne peut plus les modifier après l'ouverture des soumissions, sauf quant à des éléments purement accessoires et mineurs. Il s'agit là d'un principe fondamental en matière d'appels d'offres visant à assurer l'intégrité même du processus.⁷

Par conséquent, le tribunal n'a pas à se prononcer sur l'évaluation des dommages. Cependant, il est intéressant de noter que le tribunal procède néanmoins à l'évaluation des dommages auxquels le soumissionnaire de second rang aurait eu droit étant donné qu'une partie importante du procès a été consacrée à cette question.

III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

Les principes développés sont conformes aux enseignements récents de la Cour d'appel dans l'arrêt *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*.⁸

Ils sont également conformes à l'arrêt *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville)*,⁹ que la municipalité jouit d'une certaine latitude dans l'analyse de la conformité des soumissions et qu'elle doit éviter de s'en tenir à un formalisme qui empêcherait d'atteindre les buts visés par un appel d'offres, soit l'obtention du meilleur prix, tout en permettant le jeu de la concurrence. Un formalisme rigoureux serait de nature à nier les avantages du recours à la procédure d'appel d'offres. Toutefois, cette latitude ne permet pas à une municipalité d'accepter une soumission portant une irrégularité majeure.

Les principes vont également dans le même sens que l'arrêt de la Cour suprême *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*,¹⁰ où elle a décidé, après avoir établi que l'obligation de n'accepter que les soumissions provenant de soumissionnaires admissibles est nécessaire à l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres, que le gouvernement de la Colombie-Britannique ne pouvait retenir la soumission d'une entreprise qui ne remplissait pas les conditions de qualification.

La Cour supérieure précise cependant davantage le rôle primordial que jouent les tribunaux relativement à la conformité et à l'évaluation qu'ils doivent faire pour déterminer si l'irrégularité invoquée est majeure ou mineure, spécifiquement lorsque ce n'est pas l'évaluation qualitative du comité qui est remise en cause (c.-à-d. les points attribués à chacune des soumissions selon la grille d'analyse), mais bien la vérification de la conformité de la soumission. Dans un tel cas, la Cour supérieure exprime que les tribunaux ne doivent aucune déférence aux décisions du comité de sélection.

Il est intéressant de noter que dans une autre affaire, *Construction Savite inc. c. Construction Demathieu & Bard (CDB) inc.*¹¹, le litige portait sur la conformité ou non de la soumission d'un soumissionnaire. Ce dernier a déposé un rapport d'expert pour déterminer sa conformité. Or, la Cour a rejeté le rapport d'expert avant l'instruction (art. 241 C.p.c.) car l'interprétation du devis technique relève du domaine d'expertise du juge. La Cour supérieure s'exprime en ces termes :

Cet examen du rapport d'expertise convainc le Tribunal qu'en interprétant le devis comme ils le font, les experts s'immiscent dans la tâche du juge du fond qui sera appelé à statuer sur les droits et obligations respectifs des parties en interprétant notamment ce devis technique qui est à la base des rapports contractuels entre les parties.

Ce faisant, ils usurpent le rôle du juge du fond.

Les signataires du rapport d'expertise ne fournissent aucun renseignement de nature scientifique ou technique dépassant les connaissances ou l'expérience du juge et sur lequel il pourrait se fonder pour décider du litige qui lui sera soumis.

L'interprétation du devis technique relève du domaine d'expertise du juge qui entendra l'affaire. Le fait pour les signataires du rapport d'expertise de s'y aventurer sans pour autant « éclairer le tribunal dans sa prise de décision » constitue une irrégularité justifiant son rejet avant l'instruction de l'affaire.¹²

Notons aussi qu'il appartient aux tribunaux de contrôler la légalité des clauses qui ont pour effet de limiter le nombre de soumissionnaires. En effet, bien qu'il soit reconnu que les municipalités peuvent stipuler des conditions ayant pour effet de limiter le nombre de soumissionnaires, les tribunaux ont toutefois le pouvoir de contrôler la légalité de telles clauses. Ainsi, une condition arbitraire, frivole ou qui a pour but ou pour effet de contourner la loi ne peut valablement être imposée : *Construction Anor inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*¹³. Une condition d'admissibilité doit donc, pour être valablement imposée, poursuivre un objectif important et légitime.

CONCLUSION

Les tribunaux sont donc appelés à jouer un rôle primordial dans la vérification de la conformité des soumissions. Dans la décision commentée, la Cour supérieure résume bien l'exercice devant être effectué par les tribunaux pour déterminer s'il s'agit d'une irrégularité mineure ou majeure :

Bref, il s'agit de voir si l'exigence en cause s'impose tant à l'auteur de l'appel d'offres qu'aux soumissionnaires qui désirent tenter leur chance ou si elle ne revêt qu'une importance relative, secondaire, avec la conséquence que le donneur d'ouvrage peut renoncer à l'appliquer dans toute sa rigueur. En ce domaine, les documents de l'appel d'offres et les circonstances de l'affaire revêtent une grande importance, chaque dossier étant un cas d'espèce.¹⁴

* M^e Catherine Dagenais, avocate chez Dentons, concentre sa pratique en droit civil et commercial de même qu'en modes de prévention et règlement de différends.

¹ [EYB 2017-277937](#) (C.S.) ; déclaration d'appel, C.A. Montréal, n^o 500-09-026793-174, 12 mai 2017.

² Par. 103 à 105 de la décision commentée.

³ 2017 QCCA 317, [EYB 2017-276712](#), par. 13 à 16.

⁴ Par. 48 de la décision commentée.

⁵ Par. 62 et 63 de la décision commentée.

⁶ Par. 65 de la décision commentée.

⁷ Par. 109 de la décision commentée.

⁸ Précité, note 3.

⁹ J.E. 2004-1072 (C.A.), [REJB 2004-60675](#), par. 27.

¹⁰ [2010] 1 R.C.S. 69, [EYB 2010-169491](#), par. 6.

¹¹ 2017 QCCS 579, [EYB 2017-276444](#) (CanLII).

¹² *Ibid.*, par. 21 à 24.

¹³ [1996] J.Q. n^o 4174, [EYB 1996-65657](#) (C.A.).

¹⁴ Par. 49 de la décision commentée.

Date de dépôt : 30 mai 2017