




***La Loi sur les contrats des organismes  
publics en droit de la construction:  
l'exercice de pré-qualification des entrepreneurs  
en matière d'appel d'offres***

**Me Éric Simard  
Janvier 2010**

- 
- Le texte reflète le point de vue de l'auteur et ne constitue pas des opinions exprimées au nom de Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. ou toute société membre. Ce texte n'a pas pour but de fournir des conseils juridiques. Les lecteurs ne devraient pas prendre des mesures sur la foi des renseignements obtenir des conseils à l'égard des questions spécifiques qui les concernent. Nous serons heureux de fournir, sur demande, des renseignements supplémentaires.



# **1. *Rappel théorique : quelques grands principes en matière d'appels d'offre***

- **Les participants à l'appel d'offres sont liés contractuellement**
- **L'égalité des soumissionnaires et l'équité procédurale**
- **L'arrêt *Double N***



# ***1. Rappel théorique : quelques grands principes en matière d'appels d'offre***

**Les participants à l'appel d'offres sont liés contractuellement**

Le processus d'appel d'offre donne lieu à deux contrats distincts :

- ❖ Le contrat A, qui naît suivant le dépôt d'une soumission en réponse à un appel d'offres
- ❖ Le contrat B, qui constitue le contrat d'entreprise, de services ou de construction qui est conclu entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire choisi.



## L'égalité des soumissionnaires et l'équité procédurale

- Dans le cadre du contrat A :

- ❖ Le donneur d'ouvrage ne peut accepter qu'une soumission conforme aux modalités de la demande de soumissions
- ❖ Il doit respecter le principe d'égalité entre les soumissionnaires et les traiter équitablement et sur un pied d'égalité
  - *R. 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.



## L'arrêt *Double N Earthmovers ltd. C. Ville d'Edmonton*, [2007] 1 R.C.S. 116

- La majorité de la CSC vient préciser quelques éléments importants eu égard à la portée des contrats A et B, qui ont fait couler beaucoup d'encre depuis cette affaire
- Dans le cadre du contrat A :
  - ❖ Un donneur d'ouvrage n'est pas tenu de vérifier si effectivement un soumissionnaire se conformera aux exigences de sa soumission  
*« 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. »*  
(par. 52)
  - ❖ Des allégations de soumissionnaires rivaux ne contraignent pas le donneur d'ouvrage à vérifier les autres soumissions  
*« Une telle pratique encouragerait des attaques injustifiées et injustes de la part de soumissionnaires rivaux et amènerait les propriétaires à traiter les soumissionnaires de manière inéquitable. L'intégrité du mécanisme d'appel d'offres s'en trouverait compromise au lieu d'être affermie. »* (par. 53)



- Dans le cadre du contrat B :
  - ❖ Une fois que le donneur d'ouvrage a dûment exécuté ses obligations aux termes du contrat A, ce dernier peut conclure le contrat B avec le soumissionnaire choisi
  - ❖ Le donneur d'ouvrage est alors entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus au titre du contrat A (par. 69-70)

*« Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. [...] En droit des contrats, Double N ne peut exiger l'annulation d'un contrat auquel elle n'est pas partie, dans le but de préserver l'intégrité d'un mécanisme d'appel d'offres qui, par définition, a pris fin au moment de la formation du contrat B. »*
  - ❖ Le donneur d'ouvrage a le droit contractuel d'apporter des modifications *non substantielles* au contrat, sauf stipulation contraire (par. 72)
    - Les modifications substantielles versus non substantielles: une approche pragmatique s'impose!



## **2. Loi sur les contrats des organismes publics, L.R.Q., c. C-65.1 (la « Loi »)**

- Petit rappel**
- Contrats soumis à la procédure d'appel d'offres public**



## Petit rappel

- La Loi consacre certains principes, notamment:
  - ❖ la transparence dans les processus contractuels
  - ❖ le traitement intègre et équitable des concurrents
  - ❖ la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics (article 2)
  - ❖ la mise en place de procédures efficaces



# Champs d'application

- Un organisme public inclut:
  - ❖ ministères du gouvernement
  - ❖ organismes dont tout ou une partie des dépenses sont visées par le budget de dépenses gouvernemental (autre qu'un crédit de transfert)
  - ❖ organismes dont le personnel est assujetti à la *Loi sur la fonction publique* (c. F-3.1.1)



## Champs d'application (suite)


- ❖ commissions scolaires et autres institutions d'enseignement
- ❖ établissements de santé (article 4)

NOTE: les villes et les municipalités sont exclues!



## **Contrats soumis à la procédure d'appel d'offres public**

- Un organisme public doit recourir à la procédure d'appel d'offres pour tout contrat de construction comportant une dépense égale ou supérieure à 100 000\$ (Accord de libéralisation des marchés publics) (article 10)
- Un organisme ne peut scinder ou répartir ses besoins ou apporter une modification à un contrat dans le but d'éluder la Loi (article 12)



### **3. Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics (le « Règlement »)**

- **Champs d'application**
- **Conditions d'admissibilité applicables à toute soumission**
- **Exigences entraînant le rejet automatique d'une soumission**
- **Procédure d'appel d'offres des contrats adjugés à la suite d'une évaluation de la qualité**
- **L'article 40 du Règlement**



# Champs d'application

- les contrats visés par ce règlement sont les contrats suivants lorsqu'ils comportent une dépense de fonds publics:
  - A. les contrats de travaux de construction visés par la *Loi sur le bâtiment* (L.R.Q., c. B-1.1) pour lesquels le contractant doit être titulaire de la licence requise aux termes du chapitre IV de cette loi, à savoir :**
    - Travaux de construction d'un bâtiment utilisé ou destiné à être utilisé pour abriter ou recevoir des personnes, des animaux ou des choses, y compris aux matériaux, aux installations et aux équipements de ce bâtiment
    - Travaux de construction d'un équipement destiné à l'usage du public



## Champs d'application (suite)

- Travaux de construction d'installations suivantes non rattachées à un bâtiment :
  - Installation électrique
  - Installation destinée à utiliser, à entreposer ou à distribuer du gaz
  - Installation sous pression
  - Installation de plomberie
  - Installation de protection contre la foudre
  - Installation d'équipement pétrolier



## Champs d'application (suite)

- Travaux de construction d'un ouvrage de génie civil réalisés sur les lieux mêmes du chantier et à pied d'œuvre (y compris les travaux préalables d'aménagement du sol)  
(Articles 2 et 41 de la *Loi sur le bâtiment*)
- B. les contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels (Art. 1 et 24 et ss. du Règlement)**
- C. les contrats visant à procurer des économies découlant de l'amélioration du rendement énergétique lorsque ceux-ci comportent à la fois la fourniture de services professionnels et l'exécution de travaux de construction et qu'ils sont payés à même les économies réalisées (Art. 1 et 27 du Règlement)**



## Conditions d'admissibilité

- Qualifications, autorisations, permis, licences, enregistrements, certificats, accréditations et attestations requis
- Établissement au Québec ou dans un territoire visé par un accord applicable
- Toute autre condition établie dans le document d'appel d'offres



## **Exigences entraînant le rejet d'une soumission (conditions de conformité)**

- Non-respect de l'endroit prévu, de la date et de l'heure limite fixés pour la réception des soumissions
- Absence d'un document nécessaire
- Absence d'une signature d'une personne autorisée
- Rature ou correction non paraphée au prix soumis



## **Exigences entraînant le rejet d'une soumission (conditions de conformité) (suite)**

- Soumission conditionnelle ou restrictive
- Dépôt d'une offre de prix qui n'est pas sous pli séparé lors d'une évaluation de la qualité
- Toute autre condition de conformité indiquée dans les documents d'appel d'offres (art. 10 de la Loi et art. 20 du Règlement)



## **Exigences entraînant le rejet d'une soumission (conditions de conformité) (suite)**

- Aucune discrétion possible pour l'organisme pour les exigences entraînant les rejets automatiques
- Obligation implicite de n'accepter que des soumissions conformes
- La lettre du Règlement versus la philosophie de la Loi et les principes formulés par la CSC dans l'arrêt *Double N!*



## **Procédure d'appel d'offres des contrats adjugés à la suite d'une évaluation de la qualité**

L'organisme public peut décider d'évaluer le niveau de qualité d'une soumission en procédant à un appel d'offres en 2 étapes :

- d'abord, sélectionner des entrepreneurs en sollicitant uniquement une démonstration de la qualité selon les conditions et modalités prévues à l'annexe 4 du Règlement



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

- ensuite, inviter les entrepreneurs sélectionnés à présenter une soumission comportant uniquement un prix
- L'Annexe 4 du Règlement prévoit que :
  - un minimum de 3 critères est nécessaire pour l'évaluation de la qualité
  - Pour chaque critère retenu, l'organisme public doit préciser dans les documents d'appel d'offres les éléments de qualité requis pour l'atteinte d'un « niveau de performance acceptable »



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

- une soumission acceptable à l'égard de la qualité est celle qui, pour chacun des critères retenus, rencontre le « niveau de performance acceptable »
- les règles d'évaluation de la qualité des soumissions, incluant les critères d'évaluation retenus, doivent être prévues dans les documents d'appel d'offres
- le contrat doit être adjudgé à l'entrepreneur qui a soumis le prix le plus bas



## **Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)**

### *Contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels*

- dans les cas de l'adjudication d'un contrat mixte de travaux de construction et de services professionnels, l'organisme public peut prendre en considération le niveau de qualité d'une soumission en appliquant les conditions et modalités d'évaluation prévues à l'Annexe 5 du Règlement
- les règles d'évaluation de la qualité des soumissions, incluant les critères d'évaluation retenus et leur poids respectif, doivent être prévues dans les documents d'appel d'offres



## **Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)**

- le prix et la démonstration de la qualité doivent être présentés séparément afin de permettre au comité de sélection de procéder à l'évaluation de la qualité, sans connaître le prix soumis
- les conditions de conformité doivent indiquer que le défaut de respecter cette exigence entraîne le rejet automatique d'une soumission
- le contrat est adjudgé à l'entrepreneur qui a soumis le prix ajusté le plus bas



## **Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)**

*L'Annexe 5* du Règlement prescrit que:

- confirmation de l'acceptation ou non de sa soumission
- note pour la qualité, son prix ajusté et son rang en fonction des prix ajustés, le cas échéant
- nom de l'adjudicataire, sa note pour la qualité, le prix qu'il a soumis et le prix ajusté qui en découle
- valeur économique pondérée de sa soumission et son rang
- nom de l'adjudicataire et la valeur économique pondérée de sa soumission



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

- les soumissions sont évaluées par un comité de sélection constitué à cette fin par l'organisme public, sans que les membres du comité ne connaissent le prix soumis

Critères:	1) 40%	70 points minimum
	2) 30%	"
	3) 20%	"
	4) 10%	"



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

- le prix ajusté est calculé pour chaque soumission acceptable selon la formule suivante

Prix ajusté = prix soumis / coefficient d'ajustement pour la qualité

Coefficient d'ajustement pour la qualité =  $1 + K$  (note finale pour la qualité - 70)/30

$K$  = un % qui peut varier de 15% à 30%: il exprime le % que l'organisme est prêt à payer de plus pour passer d'une qualité de 70 points à une qualité de 100 points

(Art. 26 du Règlement)



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

### Exemple 1 :

Pour un  $K = 30\%$ , l'organisme est prêt à payer 1% de plus pour chaque point de qualité supplémentaire:

- une soumission de 100 000 \$ avec une qualité de 70 points obtient le même prix ajusté qu'une soumission de 105 000 \$ avec une qualité de 75 points, ou qu'une soumission de 115 000 \$ avec une qualité de 85 points



## Procédure d'appel d'offres des contrats adjudgés à la suite d'une évaluation de la qualité (suite)

### Exemple 2:

Pour un  $K = 15\%$ , l'organisme est prêt à payer 0,5% de plus pour chaque point de qualité supplémentaire:

- une soumission de 100 000 \$ avec une qualité de 70 obtient le même prix ajusté qu'une soumission de 102 500 \$ avec une qualité de 75 points ou qu'une soumission de 107 500 \$ avec une qualité de 85 points



## L'article 40 du Règlement

- Un organisme public peut considérer l'apport d'un système d'assurance de la qualité, notamment la norme ISO 9001 :2000, pour la réalisation d'un contrat (tout type de contrat de construction)
- Si l'imposition d'une telle exigence réduit indûment la concurrence, l'organisme doit accorder à celui qui répond à l'exigence, une marge préférentielle d'au plus 5 %.
- le prix soumis par un tel entrepreneur est, aux seules fins de déterminer l'adjudicataire, réduit du pourcentage de marge préférentielle prévu



# Conclusion

Merci de votre attention!

Des questions?

**FASKEN  
MARTINEAU**

