

# Appels d'offres publics : Une clause de « période de rectification » est-elle possible ou souhaitable au Québec?

Nicholas Jobidon (professeur agrégé, École nationale d'administration publique)

## La clause de rectification

- La clause de rectification est une clause contractuelle couramment intégrée aux documents d'appel d'offres dans les provinces de common law. Elle instaure une période de flottement pendant l'étude des soumissions afin de permettre aux soumissionnaires de fournir des précisions additionnelles, de corriger certaines erreurs de leur soumission ou d'en combler les lacunes, à la demande du donneur d'ouvrage.
- Une telle clause de rectification offre au donneur d'ouvrage la possibilité de ne pas écarter une soumission intéressante pour le seul motif qu'elle comporte un défaut non substantiel. Elle peut aussi contribuer à la préservation des fonds publics en autorisant l'organisme à retenir une soumission qui aurait autrement dû être écartée.
- Cette clause vise uniquement la rectification de défauts jugés mineurs, tels l'absence d'une signature au formulaire de soumission ou l'omission de joindre un document attestant d'une information publique autrement accessible. Elle ne saurait permettre la correction d'un défaut majeur, comme l'absence d'un cautionnement requis. De même, cette clause n'autorise pas les donneurs d'ouvrage à modifier, après l'ouverture des soumissions, les exigences prévues aux documents d'appel d'offres.

## Le cadre juridique québécois en matière d'appel d'offres

- Au Québec, un organisme public doit recourir à une procédure d'appel d'offres public pour la conclusion de la plupart des contrats d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction<sup>1</sup>.
- La Cour suprême du Canada a établi qu'un processus d'appel d'offres se compose de deux contrats successifs, le contrat A et le contrat B, tant en common law canadienne qu'en droit civil québécois. Ces deux contrats donnent naissance à des obligations distinctes<sup>2</sup>.
  - Le contrat A, aussi appelé « contrat de soumission », est le contrat qui se forme entre le donneur d'ouvrage et chacun des soumissionnaires qui participent à l'appel d'offres. En vertu de ce contrat A, le donneur d'ouvrage s'engage à n'accepter qu'une soumission conforme et à traiter tous les soumissionnaires équitablement. Les soumissionnaires quant à eux sont tenus de fournir des informations véridiques au donneur d'ouvrage et doivent maintenir leur soumission respectives pendant la période prévue même s'ils s'aperçoivent qu'elle comporte une erreur.
  - Le contrat B, aussi appelé « contrat d'exécution », est le contrat octroyé au terme du processus d'appel d'offres par le donneur d'ouvrage au plus bas soumissionnaire conforme.

L'architecture contractuelle des marchés publics et des contrats de construction : regards croisés et enjeux actuels

- Les tribunaux québécois ont reconnu qu'un donneur d'ouvrage, lors de l'évaluation de la conformité d'une soumission, doit rejeter toute soumission contenant une irrégularité majeure, mais dispose d'une discrétion lui permettant de passer outre à une irrégularité mineure. Une irrégularité majeure constitue un manquement à une exigence essentielle ou substantielle de l'appel d'offres qui a un impact sur l'égalité entre les soumissionnaires ou l'intégrité du processus d'appel d'offres.

### L'insertion d'une clause de rectification dans les documents d'appel d'offres au Québec

- Selon Nicholas Jobidon, il ne serait pas opportun d'intégrer une clause de rectification dans les documents d'appel d'offres au Québec.
  - Une telle clause serait peu utile au Québec eu égard à la latitude dont disposent les donneurs d'ouvrage face aux irrégularités mineures. Ainsi, un organisme public québécois peut, même en l'absence d'une clause de rectification prévue aux documents d'appel d'offres, permettre à un soumissionnaire de remédier à un défaut mineur affectant sa soumission ou encore, lui accorder le contrat (contrat B) nonobstant une telle irrégularité mineure.
  - L'insertion d'une clause de rectification similaire à celle utilisée dans les provinces de common law soulèverait également des difficultés dans la mesure où elle pourrait avoir pour effet d'autoriser indirectement un soumissionnaire à retirer sa soumission après avoir pris connaissance des prix proposés par ses concurrents. Une telle situation serait susceptible de contrevenir aux obligations découlant du contrat A ainsi qu'au principe d'ordre public de traitement intègre et équitable des soumissionnaires.
  - D'autres mécanismes se révèlent mieux adaptés pour répondre aux problèmes que vise à résoudre la clause de rectification, notamment l'inclusion d'une clause d'arbitrage dans les documents d'appel d'offres ou encore, le recours à un processus d'adjudication en plusieurs étapes.
- Pour Nicholas Jobidon, la difficulté principale en matière d'appel d'offres ne réside pas dans l'évaluation de la conformité des soumissions, mais dans la détermination adéquate des besoins par les organismes publics et dans la formulation d'exigences appropriées aux documents de l'appel d'offres.

Ainsi, il estime que « l'avenir est plutôt dans la formation des acheteurs », soit des responsables de l'approvisionnement au sein des organismes publics québécois et des rédacteurs des devis et autres documents d'appel d'offres<sup>3</sup>.

- Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ, c. C-65.1, art. 10.
- Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3 ; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111.
- Municipalité de Mansfield-et-Pontefract c. Location Martin-Lalonde inc.*, 2024 QCCA 1045; *Ville de Montréal c. EBC inc.*, 2019 QCCA 1731; *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317.

Colloque réalisé grâce à la collaboration financière de :