

## **L'appel d'offres public: le droit du propriétaire de négocier avec le plus bas soumissionnaire dont l'offre est supérieure au coût estimatif des travaux**

En 1997 le gouvernement du Québec a annoncé le projet de construction de la bibliothèque nationale (« BNQ »). Sa construction a donné lieu à un conflit portant sur les règles régissant les appels d'offres public et la Cour d'appel a eu à se prononcer dans la décision *Axor Construction Canada inc. c. Bibliothèque et archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228.

Pour la construction de la dernière étape du projet, BNQ a lancé un appel d'offres public qui prévoyait que le montant du contrat ne pourrait excéder le coût estimatif des travaux. À cet effet, l'appel d'offres spécifiait que si la plus basse soumission excédait le coût estimatif, BNQ pourrait négocier avec ce plus bas soumissionnaire si les modifications résultant des négociations n'excédaient pas 10% du prix de sa soumission. Le coût estimatif des travaux était de 54,6 M\$ mais n'était pas spécifié dans les documents d'appel d'offres. Toutefois, ce montant n'étant pas confidentiel, il était possible de le connaître en procédant à des recherches. D'autre part, l'appel d'offres prévoyait qu'en cas de défaut du plus bas soumissionnaire de signer un contrat conforme à sa soumission dans les 15 jours ouvrables de la date d'acceptation par BNQ, il s'exposerait à payer la différence entre le montant de sa soumission et celui de la soumission subséquentement acceptée.

Axor a offert la plus basse soumission à 57,4 M\$ suivie par Hervé Pomerleau inc. à 59,5 M\$. Comme la soumission d'Axor excédait le coût estimatif des travaux, des négociations ont été entreprises avec BNQ pour réduire le coût. Cependant, les modifications proposées par Axor ne convenaient pas à BNQ qui craignait qu'elles ne dénaturent le projet. BNQ a alors demandé au gouvernement l'autorisation d'augmenter son budget dans le but d'accepter la soumission d'Axor. Elle en informe Axor le 9 octobre 2002 et l'avise de son intention d'accepter sa soumission. Le 15 octobre 2002, Axor exprime son désaccord et affirme que BNQ s'apprête à violer les dispositions contenues dans les documents d'appel d'offres. Elle refuse donc d'entreprendre un projet qui, selon elle, s'expose à des poursuites. Le 6 novembre 2002, BNQ obtient l'autorisation du gouvernement d'augmenter son budget et, puisqu'Axor refuse de signer le contrat, elle l'octroie à Pomerleau. Axor intente donc une action contre BNQ pour perte de profits.

Axor prétend que le contrat ne pouvait être octroyé pour un montant plus élevé que le coût estimatif. De plus, étant le plus bas soumissionnaire à 57,4 M\$, soit moins de 10% plus élevé que le coût estimatif, elle prétend qu'elle avait ainsi obtenu le droit de négocier une réduction des coûts équivalent à la différence

entre sa soumission et le coût estimatif. La Cour supérieure a rejeté cet argument.

La Cour d'appel a eu à se prononcer sur la question de savoir si BNQ pouvait augmenter le coût estimatif des travaux après l'ouverture des soumissions. La Cour rappelle en premier lieu que le but de l'appel d'offres public est la protection des contribuables. Cette protection est assurée du fait que l'appel d'offres public permet à l'organisme public de choisir l'offre la plus avantageuse en obtenant le meilleur produit au meilleur prix, en éliminant le patronage et le favoritisme et en s'assurant que tous les soumissionnaires soient traités sur le même pied et ce, pour avoir les mêmes chances de succès dans un climat de concurrence loyale. Le tribunal rappelle également que l'appel d'offres n'étant qu'une invitation à soumissionner, il ne crée pas d'obligation tant qu'une soumission n'a pas été déposée. Une fois la soumission déposée, la Cour souligne qu'elle s'apparente au principe de common law du « Contrat A » et du « Contrat B » par lequel celui qui soumissionne s'engage (Contrat A) à contracter (Contrat B) dans un délai déterminé. Ainsi, l'organisme qui lance un appel d'offres public s'oblige à traiter les soumissionnaires équitablement mais il a droit de stipuler des conditions et des restrictions. L'entrepreneur qui dépose une soumission s'oblige, quant à lui, à conclure le contrat en conformité avec sa soumission.

En l'espèce, le coût estimatif n'était pas spécifié dans l'appel d'offres. La Cour d'appel explique que si BNQ avait réellement voulu fixer une limite budgétaire comme l'avance Axor, elle aurait explicitement inscrit ce montant dans l'appel d'offres. Mais elle ne l'a pas fait. Donc, dans les faits, si le coût estimatif ne pouvait être augmenté par BNQ après l'ouverture des soumissions, tous les autres soumissionnaires qui n'auraient pu s'informer du coût auraient investi du temps et de l'argent en ignorant que leur soumission serait jugée non conforme. Une telle situation aurait constitué une dérogation au principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

En somme, si le montant de toutes les soumissions faites dans le cadre d'un appel d'offres public dépasse le budget prévu par l'organisme public, celui-ci peut lancer un nouvel appel d'offres. Par contre, si le budget peut être augmenté, l'organisme public peut contracter avec le plus bas soumissionnaire sans lancer un nouvel appel d'offres. La BNQ s'est donc conformée à ce principe en acceptant la soumission d'Axor. Axor devait donc accepter les conséquences du processus d'appel d'offres, c'est-à-dire que sa soumission soit acceptée telle quelle ou bien rembourser à BNQ la différence entre le coût de sa soumission et le coût de la soumission de Pomerleau qui fut acceptée par BNQ suite au refus d'Axor de conclure le contrat.