



Les marchés publics, l'approvisionnement et la loi sur les appels d'offres au Canada

UN GUIDE COMPLET

FASKEN
Traçons l'avenir



© 2020 –2023 Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. Tous droits réservés.

L'information et les opinions figurant dans la présente publication ne sont fournies qu'à titre de renseignements généraux et ne constituent d'aucune façon des conseils professionnels d'ordre juridique ou autre. Le contenu de cette publication n'est pas destiné à tenir lieu de conseils professionnels fondés sur des faits précis. Le lecteur qui utilise le contenu présenté dans cette publication le fait à ses propres risques.



Table des matières

Partie I	Période précédant la demande de soumission	5
	Séances de mobilisation hâtive ou journées d'information à l'intention des intervenants de l'industrie	5
	Projet de dossier d'appel d'offres	5
	Critères d'attribution des futurs marchés	6
	Sélection préalable des concurrents	6
	Motifs d'exclusion	7
Partie II	Préparation des offres et gestion de la période de demande de soumissions	8
	Comprendre les exigences	8
	Tentative de rendre une offre acceptable en l'assortissant de réserves	10
	Clauses de réserve et clauses d'acceptation : ne pas compter sur ces clauses pour rendre acceptable une offre non conforme	10
	La common law canadienne – Le devoir d'équité	11
	Clarification des exigences pendant la période de demande de soumissions	14
Partie III	Évaluation des offres	16
	Processus d'évaluation des offres	16
	Comment éviter l'exclusion de son offre : processus d'examen préliminaire des offres	17
Partie IV	Attribution du marché, compte rendu et règlement des différends	18
	Règlement des différends	19
Partie V	Renseignements complémentaires sur les accords commerciaux	20
	Champ d'application	20
	Règles essentielles	21
	Exceptions aux accords commerciaux	21
	Détermination des exigences	22
	Évaluation des offres	22
	Attribution du marché	23
	Contestation de la décision de l'autorité contractante	23

Vue d'ensemble

Au Canada, les règles régissant les marchés publics tirent leur origine de diverses sources juridiques, notamment la common law, les accords commerciaux et la loi. Les entités du secteur public sont également assujetties à diverses politiques gouvernementales en ce qui concerne l'achat de biens et de services.¹

Les règles de common law relatives aux marchés publics ont été élaborées au fil des ans. Les principes fondamentaux en matière de passation de marchés par des entités publiques – que ce soit en vertu de la common law ou du droit commercial – sont l'équité (la bonne foi), l'ouverture et la transparence.

La passation de marchés par l'appel à la concurrence est la principale méthode employée par les entités publiques pour acquérir des fournitures, obtenir des services ou faire réaliser des travaux de construction.

Les gouvernements recourent aux marchés publics en raison des avantages qu'ils leur procurent sur le plan social, politique et économique; c'est la raison pour laquelle on ne peut leur appliquer la même grille d'analyse qu'aux contrats commerciaux. Pour l'acheteur public, les marchés publics doivent satisfaire aux critères suivants :

être appropriés sur le plan fiscal (respect du budget; bon rapport qualité-prix; réalisation d'autres objectifs financiers);

- s'accorder avec les priorités gouvernementales, dans une perspective « pangouvernementale »;
- être menés de manière équitable et être cohérents avec les politiques et les obligations commerciales;
- permettre la réalisation d'objectifs sur le plan social, politique et économique.

Peu importe la souplesse dont les gouvernements cherchent à faire preuve en matière d'attribution de marchés publics, ces objectifs plus généraux entraîneront nécessairement des coûts supplémentaires et une plus grande complexité pour tout marché public, et ce, tant pour l'État que pour le fournisseur. Les avantages sociaux, politiques et économiques que doit procurer le processus de passation des marchés changeront en fonction de l'évolution des priorités du gouvernement.

Pour en faciliter la consultation, ce guide est divisé en 4 parties, qui suivent l'ordre du déroulement de la procédure de passation d'un marché public :



La partie 5 du guide fournit de plus amples renseignements sur les marchés publics assujettis à des accords commerciaux.

Nous voulons nous assurer que notre guide fournisse des renseignements utiles à nos lecteurs.
Si vous avez des questions, des commentaires ou des suggestions, veuillez les faire parvenir à l'adresse suivante :

Marcia Mills, éditrice en chef
mmills@fasken.com

¹ Les règles régissant les marchés privés (p. ex., approvisionnement par l'industrie auprès de l'industrie) sont moins contraignantes et, en général, ne sont soumises qu'à la common law.

PARTIE I

Période précédant la demande de soumission

Séances de mobilisation hâtive ou journées d'information à l'intention des intervenants de l'industrie

Dans le cadre de son processus de planification des marchés publics, l'autorité contractante peut faire des vérifications préliminaires pour évaluer l'intérêt du marché pour ses exigences (p. ex., ce dont il a besoin) ou la stratégie de passation de marchés qu'elle propose. La consultation de renseignements publics sur la disponibilité de fournitures, de services ou de fournisseurs peut être faite directement ou par l'intermédiaire d'un tiers.

Une tendance positive que l'on observe chez les acheteurs du secteur public qui cherchent à améliorer leur processus d'appel d'offres est le recours de plus en plus fréquent à des séances de mobilisation hâtive, qui peuvent être organisées avant même la rédaction de l'appel d'offres.² Ces séances visent à recueillir les commentaires des intervenants de l'industrie sur les exigences de l'acheteur afin de déterminer s'ils ont actuellement la capacité de répondre aux exigences, s'ils sont prêts à développer les capacités nécessaires si elles n'existent pas, ou si les exigences de l'acheteur ne peuvent pas être satisfaites par l'industrie et doivent être modifiées.

Les séances de mobilisation permettent aux fournisseurs de connaître le « contexte » de l'appel d'offres à venir, de se familiariser à l'avance avec les exigences de l'acheteur, de contribuer au processus, de poser des questions, de demander des éclaircissements, de rencontrer les fonctionnaires qui participent au processus et de voir qui sont leurs concurrents potentiels. Pour les entreprises qui pourraient être intéressées par la sous-traitance d'une partie des travaux, les séances de mobilisation offrent par ailleurs l'occasion de rencontrer des entrepreneurs principaux potentiels qui ont l'intention de soumettre une offre.

Projet de dossier d'appel d'offres

Les autorités contractantes peuvent publier un projet de dossier d'appel d'offres en vue de recueillir l'avis des intervenants de l'industrie sur leurs exigences, en particulier lorsqu'il s'agit d'une acquisition nouvelle ou complexe pour laquelle l'autorité contractante veut vérifier si le marché est capable de répondre à ses besoins (par ex., si la technologie existe déjà et peut servir aux fins prévues; s'il existe des solutions de rechange, etc.).

La possibilité de consulter le projet de dossier d'appel d'offres offre au fournisseur potentiel une chance unique de se faire une idée des exigences de l'autorité contractante, de lui faire part de ses commentaires sur les exigences en question, de demander des éclaircissements sur les exigences qui ne sont pas claires et de décider s'il vaut la peine de consacrer le temps, l'énergie et les ressources pour soumettre une offre. Bon nombre des « règles du jeu » énoncées dans le projet d'appel d'offres seront les mêmes jusqu'à l'appel d'offres final, tout comme des éléments tels que les instructions aux soumissionnaires, les attestations obligatoires, les politiques applicables et les « clauses types » des marchés. Par conséquent, il est important d'examiner attentivement ces documents et de transmettre des commentaires à l'entité gouvernementale. Une fois l'offre finale publiée, il est beaucoup plus difficile d'obtenir des modifications.

Accords commerciaux

Les autorités contractantes ne sont pas tenues d'organiser des séances de mobilisation précoce. Toutefois, si elles en tiennent, elles doivent respecter les principes des accords commerciaux généralement applicables aux marchés publics.

² Pour faciliter la lecture de ce guide, nous avons utilisé le terme « appel d'offres » pour désigner les divers types de documents de passation de marchés (demande de propositions, demande de qualifications, etc.) qu'une entité gouvernementale pourrait émettre.

Critères d'attribution des futurs marchés

Bien que cela puisse paraître prématuré, il est également essentiel à ce stade de revoir les critères d'attribution du marché, tout particulièrement les critères d'évaluations. Si les critères d'attribution du marché sont vagues ou imprécis, ou s'ils confèrent à l'autorité contractante une marge d'appréciation tellement large que les exigences essentielles de la bonne foi et de la transparence de la procédure de passation des marchés publics sont compromises ou écartées, la question devrait être soulevée dès le début de la procédure de passation de marchés.

Il y a lieu d'examiner le projet de dossier d'appel d'offres avec autant d'attention que le dossier d'appel d'offres final, en faisant notamment appel aux experts en la matière qui seront chargés de superviser et de rédiger la soumission qui sera finalement présentée.

Sélection préalable des concurrents

Les autorités contractantes peuvent utiliser un processus de sélection préalable pour dresser une liste de soumissionnaires présélectionnés, soit avant de lancer un appel d'offres officiel, soit dans le cadre de la première phase du processus d'invitation à soumissionner. Il peut s'avérer utile de dresser une liste de soumissionnaires présélectionnés pour améliorer l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics qui suivra, puisque cette méthode garantit que seuls les fournisseurs qui possèdent les exigences requises participent au processus d'appel d'offres proprement dit.

La sélection préalable peut être utilisée pour des marchés individuels dans le but de fournir à l'autorité contractante une liste de fournisseurs en prévision d'un futur marché ou de créer une liste de fournisseurs en vue d'arrangements plus généraux en matière de fournitures de biens ou de prestation de services qui sont requis de manière récurrente ou qui peuvent être fournis « tels quels » (p. ex., mesures de dotation temporaires, fournitures de bureau, aliments, carburant ou équipement informatique de base comme des ordinateurs portables). Ces arrangements peuvent être désignés par des noms comme « offres à commandes », « arrangements en matière d'approvisionnement » ou « listes de préqualification ».

Accords commerciaux

Les règles applicables au processus de sélection préalable prévues par les accords commerciaux sont plus normatives. Le processus de sélection préalable doit répondre aux mêmes exigences d'équité et de transparence en matière de marchés publics que la procédure d'appel d'offres finale. Le processus de sélection préalable ne peut être conçu de manière à être trop restrictif ou à restreindre injustement la future concurrence. Il peut porter sur un marché spécifique (p. ex., un processus de sélection unique) ou sur des marchés publics futurs encore indéterminés. Dans chaque cas, les règles qui s'appliquent à la sélection préalable sont différentes. Dans certains accords commerciaux, le processus de sélection préalable est appelé « *conditions de participation* ».

Dans le cas de l'autorité contractante qui souhaite dresser une liste de fournisseurs préautorisés ou de fournisseurs inscrits pour des achats futurs, mais encore inconnus, tous les accords commerciaux exigent que les nouveaux fournisseurs soient en mesure de répondre aux conditions requises pour voir leur nom inscrit sur cette liste « permanente » de fournisseurs. Les accords commerciaux exigent que ce processus de sélection ait lieu chaque année, sous réserve de certaines exceptions limitées.

L'autorité contractante doit limiter les exigences en matière de sélection préalable aux conditions qui sont essentielles pour s'assurer que le fournisseur possède les capacités et les aptitudes nécessaires pour satisfaire aux exigences du marché (p. ex., le contrat). Bien que les exigences spécifiques varient d'un accord à l'autre, les règles communes à tous les accords commerciaux en matière de sélection préalable exigent que toute condition à remplir pour être sélectionné :

- Se limite aux conditions essentielles pour s'assurer que le fournisseur possède les capacités légales et financières et les aptitudes techniques requises pour réaliser l'objet du marché;
- Ne soit pas inutilement restrictive et ne soit par ailleurs pas exclue par un autre accord commercial;
- Soit précisée avant la publication de l'avis d'appel d'offres et/ou le dossier d'appel d'offres;
- S'abstienne d'exiger que le soumissionnaire ait déjà obtenu des marchés de cette autorité contractante;
- Permette à tous les fournisseurs remplissant les conditions requises de participer à la procédure d'attribution du marché pour lequel ils ont été sélectionnés au préalable, sauf si la demande initiale en vue de la sélection préalable indiquait qu'un nombre limité de fournisseurs ayant fait l'objet d'une sélection préalable serait retenu et si elle précise les critères à appliquer à cette fin.

Il importe de prêter attention au processus de sélection préalable. Les fournisseurs qui ne remplissent pas les conditions requises à l'étape de la sélection préalable ne peuvent pas participer par la suite à l'éventuelle procédure d'appel d'offres et peuvent devoir attendre longtemps avant que de nouveaux fournisseurs soient ajoutés à la liste de sélection préalable.

Motifs d'exclusion

Bien que le processus de sélection préalable énonce certaines exigences qui doivent être respectées pour pouvoir participer à la procédure d'appel d'offres, tous les marchés publics prévoient certaines circonstances dans lesquelles le soumissionnaire ne peut ou ne pourra vraisemblablement pas participer au processus d'appel d'offres (même s'il satisfait par ailleurs aux exigences de la sélection préalable ou même si son offre est conforme aux conditions de l'appel d'offres). Ces motifs d'exclusions se rapportent à des enjeux qui revêtent une importance capitale sur le plan législatif ou politique et qui empêcheraient une entité publique de conclure un marché avec ce soumissionnaire. Par exemple, certaines condamnations au criminel, fraude, faillite, insolvabilité, inexécution répétée de parties importantes de marchés antérieurs, conflit d'intérêts ou collusion.

Accords commerciaux

Les accords commerciaux comprennent une liste non exhaustive de facteurs qui justifient d'exclure un soumissionnaire et qui sont très semblables aux motifs susmentionnés : faillite, insolvabilité, fausse déclaration, problèmes relatifs à l'exécution du marché, infractions criminelles, inconduite ou défaut de payer des taxes. Il est loisible aux autorités contractantes d'ajouter d'autres motifs d'exclusion, à condition que cette démarche et les motifs d'exclusion prévus soient conformes aux accords commerciaux.

Les motifs d'exclusion indiqués dans l'appel d'offres deviennent des clauses essentielles du marché, une fois celui-ci attribué, et leur violation donne généralement droit à l'autorité contractante de résilier le marché. Si vous avez déjà un contrat avec le secteur public, soyez attentif aux politiques applicables en matière de suspension ou d'exclusion des contractants des appels d'offres futurs (par exemple, en cas de rupture de contrat).

PARTIE II

Préparation des offres et gestion de la période de demande de soumissions

Dans ce guide, nous citons plusieurs raisons pour lesquelles des offres ne sont pas retenues. L'une des causes les plus courantes a lieu lors de la préparation des offres, lorsque le soumissionnaire n'a pas lu attentivement les exigences, fait des suppositions sur certaines exigences vagues ou peu claires ou pense qu'il peut convaincre l'acheteur d'accepter autre chose que ce qui est demandé.

Si un projet de dossier d'appel d'offres n'a pas été fourni à l'avance, la première étape essentielle consiste à examiner attentivement l'intégralité du dossier d'appel d'offres pour s'assurer de bien comprendre les exigences, de relever celles qui ne sont pas claires et de décider s'il vaut la peine de consacrer temps, énergie et ressources pour soumettre une offre. Un examen minutieux des instructions à l'intention des soumissionnaires (y compris les délais pour poser des questions et les dates limites de soumission des offres), des exigences obligatoires, des attestations obligatoires, des politiques applicables et des « clauses types » des marchés, doit avoir lieu bien avant la date limite de présentation de l'offre.

Que l'offre soit soumise ou non à des accords commerciaux, en vertu de la législation canadienne, c'est au soumissionnaire qu'il incombe de s'assurer qu'il comprend les exigences et de soumettre une offre recevable.

Une fois que l'appel d'offres est lancé :

- Il est peu probable que des modifications importantes soient apportées à l'offre ou à ses exigences.
- Les communications avec les représentants du gouvernement sont rigoureusement encadrées.
- Les acheteurs du secteur public sont soumis à des règles strictes : ils ne peuvent accepter une offre différente qui ne répond pas aux exigences, sauf si l'appel d'offres le permet expressément (et, même alors, les différences autorisées par rapport aux exigences initiales sont loin d'être illimitées).

Il incombe toujours au soumissionnaire de s'assurer qu'il comprend les exigences énoncées dans l'appel d'offres et de présenter une soumission qui tient compte de ces exigences.

Comprendre les exigences

La rédaction des exigences et l'élaboration d'une offre en fonction de ces exigences forment un processus complexe. Des erreurs qui faussent les exigences ou les méthodes de pointage peuvent se glisser sans que le rédacteur en soit responsable. Les suppositions relatives aux exigences peuvent conduire à d'autres suppositions lors de la préparation de l'offre : dans un cas comme dans l'autre, ces suppositions peuvent avoir des incidences négatives sur l'évaluation de l'offre ou sur la note attribuée. Le défaut de lire attentivement les exigences pour s'assurer de bien comprendre ce qui est demandé ou les suppositions faites sur la signification d'une exigence qui n'est pas claire sont deux des erreurs (fatales) les plus courantes commises par les soumissionnaires.

Les experts de l'équipe de préparation des offres doivent être en mesure de déterminer, au minimum, les éléments fondamentaux de chaque exigence :

- *Quelle* est l'exigence?
- *Pourquoi* une telle exigence?
- *Quand* l'exigence doit-elle être satisfaite?
- Comment le soumissionnaire doit-il démontrer que l'exigence est ou sera satisfaite?
- L'exigence est-elle *impérative* ou non?

En plus de comprendre l'exigence, l'équipe doit être en mesure de déterminer clairement pour chaque exigence :

- Ce qui est évalué;
- La méthode d'évaluation appliquée;
- La méthode de pointage appliquée;
- Comment la note finale est déterminée.

Le fait que les exigences de l'appel d'offres soient peu claires ou vagues ne dispense pas le soumissionnaire de son obligation de les comprendre. L'obligation du soumissionnaire demeure la même.

Exigences impératives et exigences facultatives — différences importantes

On entend par exigences impératives celles qui doivent être remplies pour que l'offre soit recevable. On qualifie habituellement d'exigences impératives celles que l'offre ou le soumissionnaire « doit » remplir, « remplit » ou « remplira ».

Le respect de toutes les exigences impératives de l'appel d'offres est l'une des pierres angulaires du maintien de l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics, et ce respect est vérifié de façon exhaustive et stricte. Si les exigences ne sont pas respectées, l'offre sera exclue, présumée non recevable ou rejetée.

Bien que l'appel d'offres puisse permettre ou exiger au soumissionnaire d'expliquer comment il entend satisfaire à une exigence impérative, on ne peut essentiellement répondre que par oui ou par non à une exigence impérative : ou bien elle est remplie ou bien elle ne l'est pas. Habituellement, une exigence impérative exige une réponse confirmant que l'exigence est remplie, sans réserve ni exception. Si une explication sur la façon dont une exigence impérative est satisfaite fait partie des conditions de l'appel d'offres, cette explication ne peut tenter de qualifier la conformité ou prévoir que la conformité est subordonnée à d'autres facteurs ou événements. L'explication doit tout de même confirmer que l'exigence impérative peut être satisfaite.

Les exigences facultatives se reconnaissent dans le dossier d'appel d'offres par l'emploi de termes tels que « peut » ou « il est loisible à » ou par les qualificatifs « optionnel », « facultatif » ou « à valeur ajoutée ». Les soumissionnaires sont habituellement tenus d'expliquer en détail comment ils entendent satisfaire aux exigences. Les exigences facultatives peuvent être assorties d'une note : plus l'exigence est bien remplie, plus le nombre de points attribués est élevé.

Toutefois, dans tous les cas où des points sont attribués, il est important de prendre note des exigences pour lesquelles il faut accumuler un nombre minimum de points (p. ex., « minimum de points requis pour être accepté »). Dans ces cas, le nombre minimal de points requis est considéré comme une exigence impérative, de sorte que le soumissionnaire qui ne recueille pas le nombre minimal de points risque de voir son offre éliminée.

En règle générale, les exigences impératives doivent être respectées, sans réserve.

Tentative de rendre une offre acceptable en l'assortissant de réserves

L'existence de simples irrégularités entachant une offre – par exemple, le fait d'oublier de signer une attestation – n'entraîne habituellement pas l'exclusion d'une offre qui respecte par ailleurs les conditions essentielles de l'appel d'offres. Toutefois, les réserves ou les modifications apportées par le soumissionnaire aux exigences énoncées dans l'appel d'offres ne sont pas de « simples irrégularités ». Les offres qui diffèrent en quantité et en qualité des exigences de l'appel d'offres ou qui tentent d'apporter des réserves ou des modifications aux conditions de l'appel d'offres sont généralement considérées comme des contre-offres et ne peuvent être acceptées.

Même si elles ne transforment pas une offre en contre-offre, les réserves peuvent créer deux problèmes majeurs :

Pour le soumissionnaire	Les réserves qu'il formule dans son offre peuvent rendre celle-ci non conforme et faire en sorte qu'il devient impossible de l'accepter;
Pour l'autorité contractante	L'acceptation d'une offre qui apporte des modifications ou des réserves aux exigences de l'appel d'offres constitue une violation de son devoir implicite d'équité.

Les acheteurs du secteur public sont soumis à des règles strictes en matière de passation de marchés : si les exigences portent sur un résultat ou sur une solution technique en particulier, l'offre doit être évaluée en fonction de ce critère. Accepter une offre qui ne répond pas aux exigences revient à accepter une offre non conforme, à moins que l'appel d'offres ne le permette expressément (et, même alors, la dérogation que peut accorder l'autorité contractante est limitée).

La raison pour laquelle on interdit d'apporter des réserves aux exigences des appels d'offres est assez simple : le soumissionnaire à qui l'on a permis de soumettre une offre assortie de réserves se voit injustement avantagé par rapport aux autres soumissionnaires qui, si la même possibilité leur avait été offerte, auraient peut-être voulu aussi apporter des réserves ou des modifications à leur offre ou soumettre une contre-offre.

Avant d'apporter des réserves à une exigence ou de proposer dans une soumission une modification à l'une des exigences prévues, confirmer qu'il ne s'agit pas d'une exigence impérative et que les règles de l'appel d'offres permettent au soumissionnaire de le faire.

Clauses de réserve et clauses d'acceptation :

Ne pas compter sur ces clauses pour rendre acceptable une offre non conforme

Les autorités contractantes peuvent chercher à atténuer le risque de laisser passer une offre par ailleurs alléchante en insérant dans le dossier d'appel d'offres ce que l'on appelle habituellement une « clause de réserve ». Les clauses de réserve permettent à l'autorité contractante de se réserver le droit d'accepter une offre qui ne répond pas entièrement aux exigences de l'appel d'offres. Il est toutefois important de noter que l'autorité contractante n'est généralement pas tenue d'exercer ces droits, qui sont facultatifs.

Même si cela peut sembler être un moyen détourné, il est de jurisprudence constante depuis une trentaine d'années au Canada que les clauses de réserve ne donnent carte blanche ni aux autorités contractantes ni aux soumissionnaires. Si l'appel d'offres renferme une clause de réserve qui permet à l'autorité contractante d'accepter une offre non conforme, les problèmes ne sont pas nécessairement tous réglés, surtout si la non-conformité de l'offre fait en sorte que celle-ci ne peut répondre à une exigence importante ou essentielle et s'il existe une « forte probabilité » que l'irrégularité dont est entachée l'offre joue un rôle important dans le processus décisionnel de l'autorité contractante.

Même en présence d'une clause de réserve de large portée, il est peu probable que le tribunal ferme les yeux sur le non-respect d'exigences obligatoires, car cela risquerait de nuire au système des marchés publics, de créer de l'incertitude sur le plan commercial et de miner la crédibilité et l'intégrité du processus d'invitation à soumissionner (p. ex., si une exigence impérative n'est pas réellement obligatoire, comment un soumissionnaire peut-il le savoir? Et comment peut-il structurer son offre?).

Les autorités contractantes peuvent également recourir à des clauses d'« acceptation des vices de forme » qui leur permettent de passer outre à des omissions ou à des irrégularités sans gravité.

Par exemple, dans l'affaire *Double N Earthmovers v. Edmonton (Ville)*³ l'appel d'offres précisait qu'il fallait fournir, pour chaque machine que le soumissionnaire utiliserait, le numéro de série et le numéro d'immatriculation. Or, le soumissionnaire retenu avait omis de fournir ces renseignements pour certaines machines, mais avait obtenu le marché après que la Ville eut exercé les droits que lui conférait la clause d'acceptation des vices de forme contenue dans le dossier d'appel d'offres. Un soumissionnaire rival avait poursuivi la ville d'Edmonton et l'affaire s'était finalement retrouvée devant la Cour suprême du Canada.

Dans une décision partagée, la Cour suprême du Canada a, en appliquant le critère de l'inexécution importante, jugé que l'omission de fournir les numéros de série ne constituait pas le type de vice de forme qui aurait une incidence importante sur le prix ou l'exécution du marché. La Cour a conclu que la Ville ne s'était rendu compte de la tromperie du soumissionnaire retenu qu'après avoir accepté sa soumission et qu'elle n'avait pas agi de connivence avec le soumissionnaire durant l'appel d'offres de manière à traiter les autres soumissionnaires injustement. Une fois que la Ville avait accepté l'offre, il lui était loisible, en vertu du contrat A, d'accepter ce vice de forme et d'attribuer le marché au soumissionnaire retenu. La Cour a précisé que l'autorité contractante n'avait aucune obligation de vérifier si un soumissionnaire se conformerait aux exigences de l'appel d'offres et qu'elle pouvait se fier aux modalités de l'offre parce que chaque soumissionnaire est tenu en droit de se conformer aux conditions de l'appel d'offres en cas d'acceptation de sa soumission.

Dans le cas des marchés publics soumis à des accords commerciaux, les règles applicables aux offres conformes et aux offres non conformes sont plus strictes.

Les clauses de réserve et les clauses d'acceptation ne sont pas la solution à un appel d'offres ou à une offre mal structurés.

Même si un document d'appel d'offres contient une clause de réserve, l'exercice des droits conférés à l'autorité contractante aux termes d'une clause de réserve ou d'une clause d'acceptation est facultatif. L'autorité contractante n'est pas tenue d'exercer ce droit, même si toutes les soumissions sont non conformes.

La common law canadienne – Le devoir d'équité

Les origines du cadre juridique appliqué au processus d'appel d'offres au Canada remontent à l'arrêt rendu en 1981 par la Cour suprême du Canada dans *Ron Engineering*⁴. Cette affaire concernait un appel d'offres portant sur un marché de construction dans la ville de North Bay pour la Water Resources Commission du gouvernement de l'Ontario. Le dossier d'appel d'offres exigeait le versement d'un dépôt de soumission au moment de la présentation de l'offre. L'appel d'offres permettait la restitution du dépôt de soumission, sauf si la soumission était retirée pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions, auquel cas le soumissionnaire ne pouvait le recouvrer.

Après l'ouverture des soumissions, l'un des soumissionnaires, Ron Engineering, a découvert que l'offre qu'il avait soumise comportait une erreur de calcul importante qui faisait en sorte que son offre était considérablement inférieure à celle des autres entrepreneurs. Ron Engineering a notifié la Commission de son erreur et a demandé de retirer son offre sans être pénalisée. La Commission a refusé, a accepté l'offre et a soumis le marché à Ron Engineering pour signature. Ron Engineering a refusé de signer, maintenant que, comme elle avait notifié la Commission de son erreur avant l'acceptation de son offre, celle-ci n'était plus susceptible d'acceptation. Se fondant sur les modalités relatives aux dépôts de soumission, la Commission a conservé le dépôt et a accepté une autre offre.

Les arguments invoqués étaient assez complexes, mais Ron Engineering soutenait essentiellement que, comme elle avait constaté l'erreur avant l'acceptation de son offre, elle n'avait pas retiré celle-ci, de sorte que le droit de conserver le dépôt n'entraînait pas en jeu.

En fin de compte, la Cour suprême du Canada a estimé que la Commission avait le droit de conserver le dépôt de soumission *parce que c'était ce que prévoyait le dossier d'appel d'offres*. La Cour a expliqué que lorsque l'erreur est constatée après l'ouverture des soumissions à la suite de la présentation d'une preuve raisonnable, la personne à qui la soumission a été présentée peut l'accepter ou confisquer le dépôt parce que le critère doit être appliqué au moment où la soumission est présentée et que c'est à ce moment que les droits des parties se cristallisent.

³ 2007 CSC 3.

⁴ *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111

Même si la solution retenue dans cette affaire n'est pas étonnante, l'importance capitale que revêt l'arrêt *Ron Engineering* réside dans la conclusion de la Cour suivant laquelle la procédure d'appel d'offres elle-même crée un *contrat* entre l'autorité contractante et chacun des soumissionnaires qui soumet une offre conforme en réponse à l'appel d'offres. Ce contrat est connu en droit canadien des appels d'offres sous le nom de « contrat A »⁵. La Cour suprême du Canada a accordé une grande importance aux modalités du dossier d'appel d'offres (p. ex., les règles applicables à l'appel d'offres). Le dépôt de la soumission, qui visait à assurer l'exécution des obligations du soumissionnaire aux termes du contrat A, pouvait faire l'objet de confiscation si Ron Engineering ne respectait pas ses obligations en retirant son offre.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a fait évoluer le cadre canadien en matière d'appel d'offres depuis 1981, mais les éléments essentiels de l'arrêt *Ron Engineering* demeurent inchangés.

Principes directeurs essentiels

- Les parties doivent toujours suivre les règles énoncées dans l'appel d'offres.
- Le processus d'appel d'offres peut créer des obligations contractuelles (« contrat A ») et faire intervenir un devoir d'équité de la part de l'autorité contractante envers tous les soumissionnaires ayant présenté une offre conforme.
- Les principales conditions implicites du contrat A sont les suivantes :
 - accepter seulement les offres conformes;
 - être équitable et cohérent dans l'évaluation des offres.
- Il y a une différence entre l'offre qui est entachée d'un vice de forme et celle qui est substantiellement non conforme.
- Si l'offre n'est pas conforme ou si elle est assortie de réserves qui font en sorte qu'elle constitue une contre-offre, il n'existe pas de contrat A et l'autorité contractante n'est tenue à aucun devoir d'équité envers ce soumissionnaire.
- Une clause de réserve de large portée ne peut servir à excuser le non-respect d'exigences obligatoires.
- Une application trop large des droits prévus par une clause de réserve risque de se heurter au devoir d'équité auquel l'autorité contractante est tenue lorsqu'un contrat A est formé.

**marchés publics non assujettis à un accord commercial*

⁵ Le contrat final écrit conclu entre le soumissionnaire retenu et l'autorité contractante est appelé « Contrat B ».

Accords commerciaux

Bien que chaque accord commercial puisse comporter des exigences supplémentaires, et que les autorités contractantes soient autorisées en vertu des accords commerciaux à passer outre aux omissions ou aux irrégularités sans gravité, il existe des exigences essentielles qui s'appliquent à tous les accords commerciaux et qui exigent que l'autorité contractante :

- mette en œuvre des processus qui garantissent l'équité et l'impartialité de la procédure de passation des marchés publics et la confidentialité des offres;
- veille à ce que la procédure de passation des marchés publics soit ouverte et transparente;
- offre des « règles du jeu » équitables aux soumissionnaires;
- À défaut de conditions permettant d'invoquer une exception expresse en vertu de l'accord commercial, l'autorité contractante doit prévoir un processus non discriminatoire, c'est-à-dire qu'elle doit interdire toute discrimination à l'égard des fournisseurs, des services et des fournisseurs d'autres parties à des accords commerciaux et, s'agissant des fournisseurs nationaux, toute discrimination fondée sur le degré d'affiliation ou de propriété étrangère.

Les obligations générales d'équité, de bonne foi, d'ouverture et de transparence existent « de plein droit » dans le cas des marchés publics assujettis à des accords commerciaux et s'appliquent à l'ensemble de la procédure de passation des marchés publics. L'existence d'un contrat A n'est pas nécessaire.

Clarification des exigences pendant la période de demande de soumissions

Le droit des marchés publics au Canada est sans équivoque : il incombe aux soumissionnaires de comprendre les exigences de l'appel d'offres. Toute période réservée pour les questions et les réponses constitue ainsi la dernière occasion qui s'offre aux soumissionnaires pour comprendre les exigences de l'appel d'offres et pour bonifier leur offre avant de la soumettre.

Une fois que les offres définitives ont été soumises, la possibilité pour les soumissionnaires de corriger les erreurs ou les ambiguïtés qu'elles comportent ou de soumettre des renseignements complémentaires est limitée, voire inexistante. Si une « période de correction » (parfois appelée « période de rectification ») peut être prévue, les corrections pouvant être apportées aux offres sont généralement de portée limitée et il peut être interdit aux soumissionnaires de présenter de nouveaux renseignements ou d' étoffer leurs offres.

Les soumissionnaires qui adoptent une attitude attentiste face à des exigences vagues ou peu claires ou qui décident de répondre de façon vague aux exigences – soit parce qu'ils ne les comprennent pas ou qu'ils essaient de dissimuler le fait qu'ils ne remplissent pas les exigences en question – au lieu de demander des éclaircissements commettent l'une des erreurs les plus courantes et les plus fatales en matière d'appels d'offres, d'autant plus que cette erreur risque de se solder par l'exclusion de leur offre. Ne pas profiter de l'occasion qui leur est offerte d'obtenir des éclaircissements pendant le processus d'invitation des soumissions peut également avoir des conséquences sur le succès de toute démarche entreprise par un soumissionnaire non retenu pour contester une offre.

Pendant la période de demande de soumissions, le processus de communication est strictement encadré en ce qui concerne la plupart des marchés publics et se limite souvent à des communications écrites. On justifie cette restriction par la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics, et ce, que le marché soit assujéti ou non à des accords commerciaux. Le fait de communiquer avec des fonctionnaires autres que ceux qui sont désignés est souvent indiqué dans l'appel d'offres comme étant un motif d'exclusion de l'offre (et dans certaines provinces canadiennes, est considéré comme du lobbying).

En général, il n'y a pas de limite quant au nombre de questions qui peuvent être posées en vue d'obtenir des éclaircissements. Les autorités contractantes s'attendent à ce qu'on leur pose des questions. Celles-ci devraient être soumises dès que possible. Si la réponse fournie n'apporte pas suffisamment d'éclaircissements ou si elle suscite d'autres questions, le fournisseur aura du temps pour poser des questions complémentaires afin d'éviter que des ajustements doivent être apportés à la dernière minute à l'offre définitive.

Si la réponse donnée par l'autorité contractante n'est pas claire, il est parfaitement légitime – et absolument nécessaire – de poser d'autres questions pour obtenir des éclaircissements. Même si le soumissionnaire est sur le point de présenter une offre définitive, les autorités contractantes peuvent encore modifier l'appel d'offres pour y apporter des précisions ou corriger des erreurs. Si un appel d'offres est modifié, les soumissionnaires doivent disposer d'un délai suffisant pour répondre à toute modification apportée aux critères avant la fin de la période de demande de soumissions.

Les questions et les réponses de fond seront généralement communiquées à tous les soumissionnaires, sans révéler d'où vient la question, conformément à l'exigence d'assurer à tous les soumissionnaires un accès égal à tous les renseignements concernant le marché et pour veiller à ce qu'aucun d'entre eux ne reçoive des informations que les autres soumissionnaires n'ont pas reçues. La plupart des autorités contractantes exigent que les questions soient soumises de façon non confidentielle afin de pouvoir diffuser les questions et les réponses.

La période de soumissions de questions se termine généralement plusieurs jours (et parfois, plusieurs semaines) avant la date à laquelle les offres finales doivent être soumises, afin de donner aux soumissionnaires un « répit » pour leur permettre de préparer leur offre définitive. Les questions soumises après la date de clôture de présentation des questions finales risquent de demeurer sans réponse.

Accords commerciaux

Les accords commerciaux apportent des précisions utiles au sujet du processus susmentionné afin de garantir que le processus d'appel d'offres demeure équitable et transparent et d'empêcher que des soumissionnaires ne bénéficient d'un avantage injuste en recevant des renseignements que d'autres soumissionnaires n'ont pas reçus et qui sont utiles pour répondre à l'appel d'offres.

La possibilité de poser des questions pendant la période de demande de soumissions vise expressément à permettre aux soumissionnaires de satisfaire à leur obligation de comprendre les exigences et de soumettre une offre recevable.

PARTIE III

Évaluation des offres

Le principe suivant se situe au cœur de la procédure de passation des marchés publics : l'autorité contractante rédige les règles du processus d'invitation à soumissionner et l'autorité contractante et le soumissionnaire suivent scrupuleusement ces règles.

Ce principe revêt une importance particulière au cours du processus d'évaluation des offres : les soumissionnaires ont préparé et soumis leur offre en se fondant sur les exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres et à la lumière des critères d'évaluation mentionnés. Qu'elles soient soumises ou non à des accords commerciaux, les autorités contractantes ne peuvent modifier les règles une fois que les offres ont été déposées et que la période de demande de soumissions est terminée.

Comme nous l'avons signalé ailleurs dans le présent Guide, les critères d'évaluation devraient être examinés dès que possible, même lorsque le dossier d'appel d'offres est fourni sous forme de projet. Il y a lieu de poser des questions pour obtenir des éclaircissements si les exigences sont vagues, ambiguës ou semblent destinées à favoriser un fournisseur particulier.

Processus d'évaluation des offres

Les autorités contractantes se réservent généralement le droit de demander des éclaircissements aux soumissionnaires au sujet de leur offre après le dépôt de l'offre finale. Il est toutefois important de garder à l'esprit certains points essentiels :

- Ce droit est exercé de façon *discrétionnaire*;
- Le « processus de clarification » est limité dans le temps, destiné à traiter de questions comme l'emplacement de renseignements dans l'offre, s'il est difficile de les repérer;
- Les autorités contractantes ne sont pas tenues de demander des éclaircissements sur l'offre du soumissionnaire et, même si elles le font, le soumissionnaire ne peut généralement pas modifier son offre ou fournir de nouveaux renseignements.

Les irrégularités mineures, comme les erreurs administratives ou sans importance peuvent être corrigées après la fin de la période de demande de soumissions. Toutefois, le fait de permettre aux soumissionnaires de soumettre des renseignements entièrement nouveaux pour corriger des erreurs ou des omissions après la clôture de la période de demande de soumissions est considéré comme une « modification à une offre » et est généralement limité et peut, dans certains cas, être totalement interdit.

Accords commerciaux

Dans le cas des marchés publics assujettis à un accord commercial, l'évaluation des offres – comme la plupart des choses – est plus normative.

Le dossier d'appel d'offres doit comprendre les éléments suivants :

- Tous les renseignements nécessaires pour permettre au fournisseur de soumettre une offre recevable, y compris les plans et devis;
- Tous les critères d'évaluation;
- La façon dont l'évaluation sera effectuée, y compris la pondération et le pointage (sauf si le prix est le seul critère).

Une fois la période de demande de soumissions terminée, l'autorité contractante doit évaluer les offres en fonction des critères énoncés dans l'appel d'offres. Les accords commerciaux ne retirent pas à l'évaluateur le pouvoir discrétionnaire dont il dispose en matière d'évaluation; il doit toutefois exercer ce pouvoir discrétionnaire dans le cadre des règles de l'appel d'offres lui-même et en respectant les paramètres de l'accord commercial. Les critères d'évaluation ne peuvent être modifiés une fois la période de demande de soumissions terminée. L'application de tout critère non prévu dans l'appel d'offres est considérée comme l'utilisation d'un critère d'évaluation non divulgué et constitue une violation des accords commerciaux.

Dans le cas des marchés publics assujettis ou non à des accords commerciaux, l'autorité contractante peut exiger que les renseignements financiers relatifs à l'offre soient soumis séparément du reste de l'offre, afin de s'assurer que l'évaluation des aspects techniques des offres soumises ne soit pas influencée par le prix de l'offre (p. ex., pour assurer l'intégrité du processus d'appel d'offres).

Accords commerciaux

Les accords commerciaux permettent la correction des irrégularités mineures comme les erreurs administratives ou sans importance après la clôture de la période de demande de soumissions. Toutefois, les règles relatives à la présentation de nouveaux renseignements visant à corriger des erreurs ou des omissions après la clôture de la période de demande de soumissions sont encore plus strictes. La présentation de nouveaux renseignements après la clôture de la période de demande de soumissions peut être considérée comme une « modification à une offre » et, si tel est le cas, est interdite.

Une fois la période de demande de soumissions terminées, il n'est plus possible de bonifier l'offre.

Les autorités contractantes ne sont pas tenues, lorsqu'elles évaluent les offres, de demander des éclaircissements en cas d'erreurs, d'omissions ou d'ambiguïtés des offres, même si elles se sont réservé le droit de le faire.

Comment éviter l'exclusion de son offre : processus d'examen préliminaire des offres

Les autorités contractantes peuvent prévoir un processus d'examen préliminaire des offres avant la présentation de l'offre finale. Ce processus permet aux soumissionnaires de soumettre leur offre en vue d'un examen préliminaire en fonction d'exigences impératives précises avant la clôture de la période de demande de soumissions. Cette approche peut s'avérer utile dans le cas des marchés publics plus complexes où le nombre de soumissionnaires peut être limité et où l'autorité contractante veut s'assurer de n'exclure aucune offre parce qu'un soumissionnaire aurait omis par inadvertance de satisfaire à une exigence administrative (comme le fait de ne pas signer les attestations requises), ce qui pourrait être facilement corrigé. Le soumissionnaire est cependant toujours tenu de soumettre une offre recevable et l'autorité contractante a toujours l'obligation d'évaluer l'offre définitive au complet (le projet d'offre ne peut être invoqué en cas de divergence entre le projet d'offre et l'offre définitive). Ce processus peut toutefois, comme nous l'avons signalé, aider l'autorité contractante à éviter d'éliminer une offre par ailleurs acceptable en raison d'une erreur.

PARTIE IV

Attribution du marché, compte rendu et règlement des différends

Attribution du marché

Une fois qu'elles ont retenu un soumissionnaire, les autorités contractantes informent habituellement les autres soumissionnaires du résultat. Même lorsqu'une offre est exclue à l'étape de l'examen initial des exigences obligatoires, les autorités contractantes décident parfois d'attendre jusqu'au moment du choix du soumissionnaire gagnant pour aviser les autres soumissionnaires qu'ils n'ont pas été retenus.

Par conséquent, si une longue période s'est écoulée depuis la clôture de la période de la demande de soumissions et que la date prévue d'attribution du marché est passée, il y a lieu de communiquer avec l'autorité contractante pour connaître l'état d'avancement du processus d'évaluation.

Dans le cas des marchés publics qui ne sont pas assujettis à des accords commerciaux, il est essentiel d'examiner et de bien comprendre les critères d'attribution du marché afin de bien saisir comment le marché sera adjugé, car les paramètres peuvent être très différents de ceux qui s'appliquent dans le cas des marchés publics assujettis à des accords commerciaux.

Accords commerciaux

Dans le cas des marchés publics assujettis à des accords commerciaux, l'autorité contractante est tenue d'attribuer le marché au fournisseur qui, selon elle, est en mesure de remplir les conditions du marché et qui, sur la seule base des critères d'évaluation précisés dans l'avis d'appel d'offres et dans le dossier d'appel d'offres, a satisfait aux exigences essentielles – précisées dans le dossier d'appel d'offres et dans l'avis d'appel d'offres – et a soumis l'offre la plus avantageuse ou, si le prix est le seul critère, a proposé le prix le plus bas.

Il est essentiel de se familiariser avec les critères d'attribution du marché bien avant la date de clôture de la période de demande de soumissions.

Comptes rendus

Une fois que le marché a été attribué, il est important de demander un compte rendu à l'autorité contractante. Le compte rendu est important, et ce, même pour le soumissionnaire dont l'offre a été retenue. Il est important de comprendre ce qui a bien fonctionné et ce qui a mal fonctionné pour se préparer à d'autres appels d'offres, et notamment de comprendre pourquoi des points ont été perdus. Les renseignements fournis dans une offre qui s'est vu attribuer une faible note n'ont peut-être pas été déterminants quant au résultat final dans un cas particulier, mais ils pourraient fort bien faire la différence entre l'acceptation ou le refus de l'offre la prochaine fois.

Si l'offre n'a pas été retenue, il est essentiel de savoir si ce refus s'explique par une mauvaise interprétation, un malentendu ou une omission fatale – pour éviter de répéter la même erreur lors de la prochaine soumission – ou s'il s'explique par une erreur d'évaluation ou par l'application de critères d'évaluation que l'autorité contractante n'a pas divulgués.

Le compte rendu doit expliquer pourquoi l'offre n'a pas été retenue. Le compte rendu est également important pour décider de l'opportunité de contester ou non l'attribution.

Si l'offre a été mal évaluée, il faut décider rapidement si l'on conteste ou non l'attribution du marché, surtout dans le cas des marchés publics assujettis à des accords commerciaux ou lorsqu'il existe un mécanisme officiel de contestation des attributions, étant donné qu'en pareil cas, le délai de contestation est habituellement court (10 jours).

L'autorité contractante qui n'est pas assujettie à un accord commercial a toute latitude pour donner ou non un compte rendu.

Règlement des différends

Accords commerciaux

Toutes les autorités contractantes soumises à des accords commerciaux sont tenues de donner un compte rendu – par écrit ou verbalement, à leur gré – et indiquent habituellement dans le dossier d'appel d'offres le délai dans lequel le compte rendu doit être demandé.

Les comptes rendus sont importants, que l'offre ait été retenue ou non.

Les soumissionnaires peuvent généralement recourir au système judiciaire canadien, sous réserve des contraintes qui peuvent être prévues dans le cadre de l'appel d'offres. Les délais de dépôt des plaintes varient en fonction des règles régissant le tribunal saisi du dossier.

Au Canada, la loi n'interdit pas aux soumissionnaires lésés d'exercer un recours en justice relativement à un marché public, qu'il soit assujéti ou non à un accord commercial, bien que certaines entités publiques puissent ne pas être visées par certaines réclamations fondées en droit, selon la loi applicable, et que les délais de prescription puissent être plus courts.

Si un accord commercial ne s'applique pas à un marché public, l'autorité contractante peut prévoir une procédure interne de règlement des différends ou permettre au soumissionnaire qui s'estime lésé de s'adresser à l'ombudsman de l'approvisionnement.

Les délais de contestation appliqués par les entités gouvernementales sont généralement courts, même si l'entité n'est pas soumise à un accord commercial. Le délai peut commencer à courir à compter de la date à laquelle les soumissionnaires non retenus sont informés de l'attribution d'un marché.

PARTIE V

Renseignements complémentaires sur les accords commerciaux

Au Canada, les marchés publics sont assujettis à des accords commerciaux depuis des dizaines d'années et le Canada fait activement la promotion d'accords commerciaux plurilatéraux et bilatéraux. Les accords commerciaux plus récents, tels que l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG)⁶, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) et l'Accord de libre-échange canadien (ALEC), qui a remplacé l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), ont étendu l'application de divers accords commerciaux aux secteurs territorial, provincial, municipal, universitaire, scolaire et hospitalier.

L'un des moyens utilisés par les parties aux accords commerciaux pour réaliser l'objectif de l'élimination des obstacles entre elles est de s'engager à favoriser la libéralisation des échanges commerciaux pour leurs propres activités d'achats. Ces engagements et ces obligations sont généralement énoncés dans le chapitre des accords commerciaux relatif aux « marchés publics ». Chaque accord commercial définit les entités auxquelles il s'applique, précise les biens ou services – y compris les travaux de construction – qui sont visés et les circonstances dans lesquelles ils le sont.

Bien qu'il soit l'un des signataires de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM), le Canada n'est pas partie au chapitre relatif aux marchés publics. Ainsi, aucun des marchés publics conclus par les entités gouvernementales canadiennes n'est soumis à ces règles. Pour obtenir réparation, les fournisseurs américains doivent invoquer l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC) et les fournisseurs mexicains doivent se prévaloir du PTPGP.

Champ d'application

La détermination du champ d'application d'un accord commercial à un marché public est une analyse en trois étapes.

1. Qui est visé?

Les accords commerciaux n'identifient pas toujours nommément les entités gouvernementales auxquelles ils s'appliquent (p. ex., ministère de la Défense nationale, Agence spatiale canadienne). Il arrive souvent qu'une autorité gouvernementale sous-centrale (p. ex., une entité autre qu'une entité fédérale) visée soit désignée par référence à son statut officiel (p. ex., « ministère », « organisme », « agence ») ou en fonction du fait qu'elle est détenue ou contrôlée par l'État.

Il y a lieu de signaler que lorsqu'une entité gouvernementale acquiert des biens ou des services par le truchement d'une autorité contractante désignée, c'est l'entité gouvernementale qui utilisera les biens ou les services en question qui est évaluée pour déterminer si elle est assujettie à un accord commercial et, le cas échéant, l'accord commercial qui s'applique.

2. Qu'est-ce qui est visé?

Les accords commerciaux ne suivent pas tous la même démarche : certains accords commerciaux procèdent de façon inclusive (en indiquant seulement ce qui est visé) et d'autres, de façon exclusive (seuls les éléments expressément exclus ne sont pas visés).

Il y a lieu de signaler, s'agissant des inclusions et des exclusions, qu'il y a toujours d'autres exceptions. Par exemple, les biens et services auxquels l'accord s'appliquerait normalement peuvent être exclus de son champ d'application s'ils sont achetés en vue d'activités spécifiques.

3. Dans quel cas le marché est-il visé?

Le marché dont la valeur est inférieure aux seuils précisés dans l'accord commercial n'est pas assujetti à celui-ci, et ce, même si l'entité ou le bien ou le service est par ailleurs visé.

⁶ Le 1er juillet 2017, l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) a été remplacé par l'Accord de libre-échange canadien (ALEC) et le 21 septembre 2017, l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) est entré en vigueur. Le Canada et le Royaume-Uni (à la date de publication) travaillent à la conclusion d'un accord commercial entre le Canada/Royaume-Uni, à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de son exclusion du champ d'application de l'AECG. En attendant que ce nouvel accord avec le Royaume-Uni soit conclu, le Canada et le Royaume-Uni ont conclu l'Accord de continuité commerciale Canada-Royaume-Uni qui reflète les modalités et les seuils de l'AECG (avec les adaptations nécessaires).

Pour chaque marché public, il faut déterminer si un accord commercial s'applique, en procédant à une analyse en trois étapes :

Qui est visé?

Dans quels cas le marché est-il visé?

Règles essentielles

L'un des principaux engagements pris dans le cadre des accords commerciaux est d'uniformiser les règles du jeu pour les fournisseurs publics potentiels. Chaque accord prévoit des règles visant à offrir aux fournisseurs potentiels des possibilités de marchés publics ouvertes, transparentes et non discriminatoires. Bien que chaque accord commercial puisse comporter des exigences supplémentaires, il existe des « exigences essentielles » qui s'appliquent à tous les accords commerciaux et qui exigent que l'autorité contractante :

- Mette en œuvre des processus qui garantissent l'équité et l'impartialité de la procédure de passation des marchés publics et la confidentialité des offres;
- Veille à ce que la procédure de passation des marchés publics soit ouverte et transparente;
- Offre des « règles du jeu » équitables aux soumissionnaires;
- à défaut de conditions permettant d'invoquer une exception expresse en vertu de l'accord commercial, l'autorité contractante doit prévoir un processus non discriminatoire, c'est-à-dire qu'elle doit interdire toute discrimination à l'égard des fournitures, des services et des fournisseurs d'autres parties à des accords commerciaux et, s'agissant des fournisseurs nationaux, toute discrimination fondée sur le degré d'affiliation ou de propriété étrangère.

Tous les accords commerciaux visent à garantir des possibilités de marchés publics ouvertes, transparentes et non discriminatoires.

Exceptions aux accords commerciaux

Comme nous l'avons déjà expliqué, les accords commerciaux prévoient des exceptions spécifiques pour les entités, les biens ou les services qui sont exclus de leur champ d'application – soit de manière générale, soit dans des cas précis. Les exceptions d'application générale sont énoncées dans les chapitres sur les marchés publics (p. ex., elles s'appliquent à tous les signataires). Pour les exceptions particulières à chaque signataire, elles sont énoncées dans des annexes ou des appendices à l'accord commercial. Ces exceptions permettent à l'entité gouvernementale de conclure des marchés publics selon des modalités qui, d'après les règles habituelles, seraient considérées comme une violation de l'accord commercial. Les parties négocient ces exceptions lors des séances de négociation de l'accord commercial et ne peuvent les modifier par la suite que conformément à la procédure prévue dans l'accord commercial.

Par exemple, l'Alberta et le Manitoba ont renoncé aux exceptions qui étaient à l'origine prévues dans l'Accord de libre-échange canadien (l'ALEC) en ce qui concerne les règles de passation des marchés (et également dans d'autres domaines liés au commerce qui relèvent de l'ALEC). La suppression des exceptions prévues à l'ALEC a également des incidences sur le New West Partnership Trade Agreement (NWPTA) – un accord visant à faciliter les échanges entre la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et le Manitoba.

Les exceptions aux règles du commerce doivent être énoncées dans l'accord commercial. À défaut d'exception expresse, l'attribution des marchés publics doit respecter les règles prévues dans l'accord commercial applicable.

Détermination des exigences

Les autorités contractantes sont habilitées à déterminer leurs exigences, sous réserve des règles propres aux accords commerciaux. Les autorités contractantes n'ont pas à réduire leurs exigences opérationnelles légitimes pour offrir la possibilité de soumettre une offre aux soumissionnaires qui n'auraient autrement

eu aucune chance d'obtenir un marché. Comme le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) l'a fait observer, les autorités contractantes ont le droit « d'exprimer tous [leurs] besoins réels et raisonnables », y compris leurs besoins futurs (p. ex., une exigence opérationnelle légitime).

Tous les accords commerciaux établissent des balises en qui concerne les exigences qui peuvent ou non être incluses. Ainsi, les autorités contractantes doivent énoncer leurs exigences de façon exhaustive et claire dans le document du marché public (il ne doit pas y avoir d'exigences cachées), élaborer leurs exigences en fonction des normes internationales ou nationales (si elles existent) et définir leurs exigences en fonction du rendement et de l'usage (p. ex., la qualité, la sécurité, les dimensions, le procédé ou les méthodes de production) plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives⁷.

Chaque accord commercial prévoit aussi une liste d'exigences expressément interdites. Voici quelques-unes des exigences interdites communes à tous les accords commerciaux :

- favoriser les biens ou les services de fournisseurs particuliers établis dans le territoire de l'autorité contractante;
- se servir des critères de sélection préalable, fixer des délais d'appel d'offres, établir des exigences en matière de fourniture de biens et de prestation de services ou appliquer des exigences techniques dans le but d'éliminer des soumissionnaires de l'appel d'offres;
- évaluer les offres à l'aide de critères d'évaluation non divulgués.

Les autorités contractantes peuvent établir leurs exigences, mais celles-ci doivent être légitimes et respecter les règles des accords commerciaux.

Évaluation des offres

Une fois qu'elle a établi la version définitive de ses exigences, l'autorité contractante doit également se conformer aux règles des accords commerciaux afin d'évaluer les offres soumises en fonction de ces exigences. Les règles en question visent toutes à garantir la transparence du processus d'attribution des marchés publics. Par exemple :

- le dossier d'appel d'offres doit déclarer entièrement tous les critères d'évaluation avant la clôture de la période de demande de soumissions, notamment les éléments suivants :
 - ✓ Tous les renseignements dont le soumissionnaire a besoin pour pouvoir soumettre une offre recevable, y compris les plans et devis;
 - ✓ Tous les critères d'évaluation;
 - ✓ La façon dont l'évaluation sera effectuée, y compris la pondération et le pointage (sauf si le prix est le seul critère).
- L'autorité contractante ne doit évaluer les offres qu'en fonction des critères énoncés dans le dossier d'appel d'offres.

Les accords commerciaux ne retirent pas à l'évaluateur le pouvoir discrétionnaire dont il dispose en matière d'évaluation; il doit toutefois exercer ce pouvoir discrétionnaire dans le cadre des règles du dossier d'appel d'offres lui-même et respecter les paramètres de l'accord commercial.

- L'application de tout critère non prévu dans l'appel d'offres est considérée comme l'utilisation d'un critère d'évaluation non divulgué et constitue une violation des accords commerciaux.

Il convient de distinguer ces mesures de celles que prend l'autorité contractante pour évaluer les offres (p. ex., confirmation des références).

- La modification des critères d'évaluation après que le dossier d'appel d'offres a été publié doit avoir lieu avant la clôture de la période de demande de soumissions afin que les

⁷ Bien que l'obligation d'associer une marque distinctive au produit ne soit généralement pas considérée comme une exigence opérationnelle légitime, cette règle souffre certaines exceptions lorsque l'autorité contractante peut démontrer que l'utilisation d'une marque distinctive se justifie dans les circonstances.

soumissionnaires puissent réviser leur offre pour satisfaire aux exigences révisées ou nouvelles. Le tout doit être effectué au moyen d'un document écrit modifiant le dossier d'appel d'offres pour éviter toute incertitude.

- Les soumissionnaires doivent disposer d'un délai suffisant pour répondre à toute modification apportée aux critères avant la fin de la période de demande de soumissions. Plus les nouveaux critères sont complexes ou plus les modifications sont importantes, plus le soumissionnaire devrait avoir de temps pour réviser et soumettre son offre.

L'évaluation se fait uniquement en fonction des critères d'évaluation qui ont été communiqués aux soumissionnaires avant la clôture de la période de demande de soumissions.

Attribution du marché

Les autorités contractantes sont tenues de publier un avis d'attribution du marché et d'offrir un compte rendu à tout soumissionnaire qui le lui demande.

La publication de l'avis d'attribution ne signifie pas que le marché lui-même doit être affiché. En ce qui concerne le compte rendu, il est loisible à l'autorité contractante de fixer un délai dans lequel le soumissionnaire peut le demander et de déterminer de quelle manière ce compte rendu sera donné (oralement, en personne, par lettre, etc.).

Toujours demander un compte rendu et tenir compte des délais. Cette demande doit habituellement être faite dans un délai précis à partir de l'exclusion du soumissionnaire ou de l'attribution du marché.

Contestation de la décision de l'autorité contractante

Tous les accords commerciaux exigent de leurs signataires (c.-à-d. des gouvernements) qu'ils instaurent une procédure de contrôle administratif ou judiciaire permettant aux soumissionnaires d'alléguer une violation du chapitre relatif aux marchés publics de l'accord commercial en question ou le défaut d'une des parties de se conformer aux mesures prises par le gouvernement pour mettre en œuvre les obligations prévues au chapitre relatif aux marchés publics.

Les mécanismes de règlement des différends prévus par les divers accords commerciaux sont semblables, voire identiques :

- Par leur structure, qui permet aux soumissionnaires de se prévaloir d'une procédure de contrôle administratif ou judiciaire;
- Par le délai minimum dans lequel la plainte ou la contestation doit être déposée par le soumissionnaire;
- En ce qu'ils permettent au gouvernement de fixer une limite ou un plafond aux frais qui peuvent être accordés.

Des mécanismes formels de règlement des différends ont été mis en place par le gouvernement fédéral et par un certain nombre de gouvernements provinciaux et territoriaux.

La jurisprudence canadienne est peu abondante – qu'il s'agisse des tribunaux judiciaires ou des tribunaux administratifs chargés de trancher les conflits commerciaux – en ce qui concerne les chapitres des divers accords commerciaux relatifs aux marchés publics, à l'exception de la jurisprudence du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) dans le cas des marchés publics fédéraux.

Les marchés publics fédéraux qui sont assujettis à des accords commerciaux permettent aux soumissionnaires non retenus de s'adresser au TCCE. Le TCCE offre à toutes les parties une procédure de contrôle accélérée. La période totale de révision des marchés publics – à partir du dépôt de la plainte jusqu'à la communication de la décision du TCCE – est de 90 jours. Les parties peuvent demander une audience accélérée (45 jours) et le TCCE peut prolonger la durée totale du processus de révision du marché public jusqu'à 135 jours. Il importe de souligner que la plainte doit être faite au plus tard 10 jours après que le soumissionnaire lésé a pris connaissance, ou aurait raisonnablement dû prendre connaissance, des faits à l'origine de sa plainte.

En vertu de l'accord de commerce intérieur du Canada – l'Accord de libre-échange canadien (l'ALEC) –, chaque gouvernement provincial et territorial est tenu de prévoir une procédure de contrôle administratif ou judiciaire permettant le dépôt d'une plainte. Les provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan ont adopté une procédure non contraignante de règlement des différends en matière de marchés publics en vertu du West Partnership Trade Agreement (NWPTA).

En 2019, les provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba ont mis en place un mécanisme de contestation des offres pour certains marchés publics. Aucun de ces mécanismes ne permet de rendre des décisions définitives et exécutoires équivalentes à une ordonnance judiciaire.

<p>Gouvernement fédéral</p>	<p>Il est habilité à enquêter sur toutes les plaintes des fournisseurs potentiels selon lesquelles le gouvernement fédéral a, dans le cadre de ses activités de passation de marchés, contrevenu aux règles d'accords de libre-échange. Il s'agit du seul tribunal administratif de révision des échanges commerciaux au Canada.</p> <p>En 2019, le gouvernement fédéral a apporté des modifications à la réglementation du TCCE en lui retirant le pouvoir d'analyser les cas d'« exception au titre de la sécurité nationale » prévus par tous les accords commerciaux. Le débat est ouvert quant à savoir si ce changement apporté à la réglementation excède la compétence du gouverneur en conseil.</p> <p>https://www.fasken.com/fr/knowledge/2019/07/van-removing-the-citt-from-the-review-of-canadas-national-security-exception</p>
<p>Autorités gouvernementales sous-centrales</p>	<p>En 2020, seuls la Colombie-Britannique, l'Alberta, le Manitoba et la Saskatchewan (par le truchement d'un mécanisme de contestation des offres mutuellement convenu) offrent une procédure non contraignante de règlement des différends.</p>
<p>Tribunaux judiciaires canadiens</p>	<p>Si l'on fait exception des décisions rendues au palier fédéral par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), il n'existe pas de jurisprudence canadienne substantielle concernant les chapitres des accords commerciaux relatifs aux marchés publics.</p>
<p>Délai</p>	<p>Dans le cas des différends qui ne sont pas portés devant les tribunaux judiciaires, le délai minimum accordé par tous les accords commerciaux aux soumissionnaires pour déposer une plainte est de dix (10) jours à compter de la date où ils ont pris connaissance des faits à l'origine de leur plainte ou de la date où ils auraient dû vraisemblablement les découvrir. Le mécanisme de contestation des offres et le règlement en matière de marchés publics qui régissent le TCCE imposent tous ce délai de dix jours et, du moins au TCCE, ce délai est de rigueur.</p> <p>https://www.fasken.com/fr/knowledge/2019/10/beat-the-clock-10-critical-days-for-procurement-disputes-under-the-trade-agreements</p> <p>Dans le cadre d'un litige ou d'un contrôle administratif (judiciaire), le délai prescrit pour déposer une plainte dépend des règles régissant le tribunal choisi par le soumissionnaire.</p>

Les délais prévus pour demander le contrôle d'une décision en matière de marchés publics sont extrêmement courts et de rigueur.

Situé à l'intersection de l'excellence et de l'expertise, Fasken est un cabinet d'avocats de premier plan comptant plus de 950 avocats et avocates à l'échelle mondiale.

Nous nous engageons auprès de nos clients à façonner l'avenir qu'ils imaginent, précisément au moment où cela compte le plus.

Pour plus de renseignements, visitez fasken.com.



VANCOUVER	550 Burrard Street, Suite 2900	+1 604 631-3131	vancouver@fasken.com
SURREY	13401 – 108th Avenue, Suite 1800	+1 604 631-3131	surrey@fasken.com
TSUUT'INA	11501 Buffalo Run Boulevard, Suite 211	+1 587 233 4113	tsuutina@fasken.com
CALGARY	350 7th Avenue SW, Suite 3400	+1 403 261-5350	calgary@fasken.com
TORONTO	333 Bay Street, Suite 2400	+1 416 366-8381	toronto@fasken.com
OTTAWA	55, rue Metcalfe, bureau 1300	+1 613 236-3882	ottawa@fasken.com
MONTRÉAL	800, rue du Square Victoria, bureau 3500	+1 514 397-7400	montreal@fasken.com
QUÉBEC	365, rue Abraham-Martin, bureau 600	+1 418 640-2000	quebec@fasken.com
LONDRES	6 ^e étage, 100 Liverpool Street	+44 20 7917 8500	london@fasken.com
JOHANNESBURG	Inanda Greens, 54 Wierda Road West, Sandton 2196	+27 11 586 6000	johannesburg@fasken.com

FASKEN
Traçons l'avenir

fasken.com