



L'À-PROPOS JURIDIQUE CONSTRUCTION

Mai 2008

Le groupe d'expertise en droit de la construction de Miller Thomson Pouliot publie périodiquement des bulletins à l'intention des clients du cabinet.

Nous vous invitons à acheminer ce courriel à toute personne (qu'elle fasse ou non partie de votre entreprise) susceptible d'être intéressée par les articles contenus dans le présent document. Vous pouvez vous abonner gratuitement à cette publication électronique en adressant un courriel à info@millerthomsonpouliot.com

LE TRAITEMENT ÉQUITABLE DES SOUMISSIONNAIRES : UNE OBLIGATION FONDAMENTALE



Par M^e Normand D'Amour, B.Ing., LL.B.
Montréal
514.871.5487
ndamour@millerthomsonpouliot.com

Pour établir les obligations issues d'appels d'offres, les tribunaux québécois suivent des principes semblables à ceux appliqués dans d'autres provinces canadiennes et notamment ceux établis par la Cour Suprême dans l'affaire *MJB Enterprises*.

Suivant ces principes, le dépôt d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à un contrat préliminaire soit le contrat (A), auquel peut succéder le contrat (B), soit le contrat créé lorsque le contrat convoité est effectivement attribué.

Contenu

Le traitement équitable des soumissionnaires : une obligation fondamentale
Page 1

Soumission bidon? Attention à la concurrence déloyale
Page 4

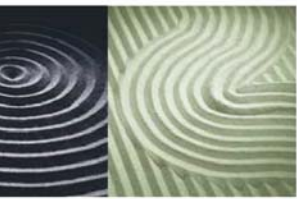
Des dommages qui risquent de vous laisser à sec!
Page 6

Le contrat préliminaire est générateur d'obligations non seulement pour le soumissionnaire qui répond à l'appel d'offres, mais peut également l'être pour le donneur d'ouvrage qui a lancé l'invitation aux soumissionnaires. Parmi les obligations attribuées au donneur d'ouvrage, on en trouve certaines qui sont implicites telle l'obligation d'agir équitablement envers les soumissionnaires. C'est à travers notamment le contenu des instructions aux soumissionnaires que l'on pourra déterminer l'ampleur des obligations auxquelles le donneur d'ouvrage pourra s'être astreint. On devine qu'à titre de rédacteur de ces instructions, celui-ci dispose d'une certaine latitude au niveau de la discrétion qu'il peut explicitement s'accorder dans le traitement des soumissions qu'il reçoit.

Cette latitude n'est toutefois pas sans limite et les clauses de non-responsabilité que le donneur d'ouvrage peut édicter peuvent, dans certains cas, être mises à l'écart par les tribunaux appelés à intervenir. C'est ce qu'illustre un jugement rendu récemment par la Cour d'Appel du Québec dans l'affaire *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*.

Les faits

Entre 1995 et 2001, 3051226 Canada inc. (ci-après « Genesis ») oeuvre à l'Aéroport de Montréal (ci-après « ADM ») à titre d'entreprise de services d'entretien ménager. En 2001, ADM procède à un appel d'offres pour l'attribution d'un nouveau contrat d'entretien ménager d'une durée de trois ans à laquelle s'ajoutent deux années d'option de renouvellement. L'appel d'offres préconisé en est un où les soumissionnaires seront évalués via un système de pourcentage. Les instructions aux soumissionnaires comportent des sections annonçant les critères d'évaluation qui seront utilisés tandis que d'autres sections traitent des conditions qui peuvent entraîner le rejet automatique, à la discrétion d'ADM, des soumissions reçues. Il est en outre stipulé que l'omission de fournir la garantie de soumission appropriée peut entraîner le rejet d'une soumission. Le cautionnement ne fait pas partie cependant des critères qui sont explicitement énoncés comme étant évalués pour les fins du pointage qui sera alloué à chacun des soumissionnaires.



Les soumissions de Genesis et des autres concurrents sont déposées le 5 juin 2001, soit à la date limite de présentation des soumissions. Le même jour, une séance publique d'ouverture des soumissions permet aux soumissionnaires de juger leur rang au niveau du prix soumis, soit l'un des critères d'évaluation annoncé, et ce avant que la recevabilité des soumissions ne soit examinée. Au premier examen, Genesis se classe deuxième quant au prix mais devance la soumission de Service d'entretien Advance inc. (ci-après « Advance ») son compétiteur qui a soumis le troisième meilleur prix. Quelques jours après l'ouverture, un représentant d'ADM reçoit la visite du soumissionnaire Advance qui lui remet une nouvelle garantie de soumission. Ce dépôt fait suite à une lettre qui accompagnait la soumission d'Advance lors de son dépôt aux termes de laquelle celle-ci annonçait s'être aperçue que le cautionnement de soumission fourni n'était pas en tout point conforme à celui exigé par ADM. Ni Genesis ni aucun des soumissionnaires seront informés de ce fait et aucun des soumissionnaires ne se verra offrir la possibilité de remplacer ou bonifier la garantie de soumission qu'ils ont fournie.

Bien que cet élément ne faisait pas partie des critères d'évaluation annoncés, le comité d'évaluation d'ADM attribuera un certain pointage quant à la conformité des garanties de soumission qui ont été fournies par les entrepreneurs. À cet égard, Genesis n'obtiendra que deux points sur les cinq points alloués, alors qu'Advance en obtiendra cinq puisque sa soumission sera évaluée sur la base du cautionnement qu'elle a remplacé.

Aux termes de l'évaluation finale, Advance se classe première avec un score de 88,78%, tandis que Genesis arrive au deuxième rang avec 86,38%. Toutefois, si Advance avait été évaluée en fonction de la garantie d'exécution initialement soumise, elle aurait reçu deux points au lieu de cinq et Genesis se serait classée première.

Genesis tentera en vain d'empêcher l'octroi du contrat en faveur d'Advance, et ce par le biais de demandes d'injonction car la perte de ce contrat forçait Genesis à mettre à pied près de 80% de ses effectifs déjà affectés à l'entretien ménager de l'Aéroport de Dorval.

Les demandes d'injonction ayant été rejetées, Genesis poursuit ses recours afin de réclamer des dommages-intérêts auprès d'ADM.

Les jugements

Le recours en dommages de Genesis sera rejeté par l'honorable Juge Downs de la Cour Supérieure. Celui-ci juge en outre qu'ADM n'a pas commis de faute en permettant à Advance de remplacer le cautionnement qui accompagnait sa soumission originale car une lettre annonçant ses intentions et sa volonté de corriger le tout, accompagnait la soumission au moment de son dépôt. Le Juge ajoutera qu'à tout événement les stipulations prévues à même les instructions aux soumissionnaires permettaient à ADM d'échapper à sa responsabilité. Une de ces clauses se lisait comme suit : « *Aucun soumissionnaire n'aura de recours de quelque nature que ce soit contre ADM pour ne pas avoir été choisi adjudicataire, qu'il soit ou non le plus bas soumissionnaire, et aucun soumissionnaire n'a le droit de requérir ADM de justifier, pour quelque raison que ce soit, le rejet de sa soumission.* » La cause sera portée en appel.

Pour traiter du premier point en appel, à savoir si ADM pouvait permettre la substitution de la garantie, la Cour d'Appel cite la teneur des instructions aux soumissionnaires, lesquelles prévoient notamment qu'aucune soumission déposée ne peut être retirée ou modifiée après la date et l'heure limites. Suivant la Cour, l'opportunité donnée à Advance de substituer le cautionnement originalement fourni constitue non seulement une violation de la règle explicite ci-haut énoncée, mais constitue également une transgression de l'obligation implicite d'agir équitablement envers tous les soumissionnaires. En effet, ceux-ci n'ont pas été informés du fait qu'il y a eu substitution et n'ont pu bénéficier de la même faveur.



Quant à l'applicabilité de la clause d'exonération citée par le premier Juge, la Cour signale que cette clause d'exonération se retrouve à l'intérieur d'un contrat d'adhésion. Comme l'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement est une obligation essentielle du contrat d'appel d'offres, la clause d'exonération ne peut permettre à ADM de faire échec au recours car il s'agirait dans les circonstances d'une clause abusive.

L'action en dommages de Genesis sera donc accueillie jusqu'à concurrence de 400 000 \$, soit un montant moindre que celui originalement réclamé car la Cour juge que Genesis n'aurait pas pris les moyens raisonnables pour minimiser les dommages qu'elle avait subis.

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à communiquer avec l'auteur de cette chronique.



SOUSSION BIDON? ATTENTION À LA CONCURRENCE DÉLOYALE



*Par M^e Mathieu Turcotte
Montréal
514.871.5492
mturcotte@millerthomsonpouliot.com*

Les processus d'appel d'offres mis en place par les donneurs d'ouvrage publics et privés visent essentiellement à assainir la concurrence et permettre la comparaison des soumissions reçues sur une juste base. La jurisprudence volumineuse rendue dans ce domaine a également mis de l'avant plusieurs principes complémentaires, notamment l'obligation d'information du propriétaire et le principe de l'équité entre les soumissionnaires.

L'application de ces principes est d'autant plus importante lorsque les documents d'appel d'offres prévoient l'attribution du contrat non pas sur la base du plus bas soumissionnaire, mais plutôt sur la base d'une grille de sélection et d'un système de pointage.

Peu importe le critère utilisé pour l'attribution du contrat, il demeure fréquent que des réclamations soient présentées par des soumissionnaires lésés à l'encontre du propriétaire, sur la base d'une iniquité ou d'une faute commise par ce dernier dans le processus de sélection. Mais qu'en est-il lorsque l'iniquité résulte d'une action concertée des co-soumissionnaires et non du propriétaire? C'est la question à laquelle devait répondre le juge Benoît Moulin, de la Cour supérieure, dans l'affaire *Groupe Bio-Services inc. c. GDG Environnement ltée*.

Un système de pointage très particulier

En février 2004, la ville de Gatineau lance un appel d'offres pour le contrôle des moustiques sur une portion de son territoire. Le cahier des charges prévoit que les soumissions seront évaluées sur une note de 100, dont 75 points seront attribués en fonction de critères qualitatifs (expérience, impacts environnementaux, équipement, etc.) et 25 points en fonction du prix.

La particularité du processus repose dans la formule de calcul des points relatifs au prix. En vertu de cette formule, le plus bas soumissionnaire obtient le maximum de 25 points et le plus haut n'obtient aucun point. Toutefois, plus le prix du plus haut soumissionnaire est élevé, plus les autres peuvent obtenir un pointage qui s'approche du maximum de 25, permettant ainsi de réduire l'avantage du plus bas soumissionnaire.

C'est dans ce contexte que les trois entreprises Bio-Services, GDG et sa filiale Sylvico ont déposé des soumissions en réponse à l'appel d'offres de la ville. À l'ouverture, on constate que le prix de Sylvico, soit 513 000 \$, est complètement hors champ face aux soumissions de Bio-Services (255 000\$) et de GDG (270 000\$). Or, fait étrange, les soumissions de Sylvico et de GDG ont été préparées par la même personne, qui explique au tribunal que le prix élevé de Sylvico visait à démontrer à la Ville à quel point le prix soumissionné par sa parente GDG était sous-évalué...



Le prix de la soumission de Sylvico, une fois intégré dans la formule de pointage de la Ville, réduit à presque rien l'avantage de Bio-Services, le plus bas soumissionnaire, et permet en définitive à GDG de se voir attribuer le contrat.

Un cas de concurrence déloyale ?

Bio-Services, suite à l'attribution du contrat à sa rivale GDG, intente une action contre celle-ci pour perte de profits, au motif qu'elle aurait abusé de son droit de soumissionner en utilisant sa filiale pour présenter une soumission factice afin d'augmenter ses chances d'obtenir le contrat.

Le tribunal analyse cette demande à la lumière de la jurisprudence en matière d'appel d'offres et des principes qui s'en dégagent, notamment celui de l'intégrité du processus, de la concurrence loyale et de l'équité entre les soumissionnaires, et conclut que le stratagème de GDG et de sa filiale porte atteinte à ces principes : « *En utilisant sa filiale, GDG contourne les règles des soumissions. Elle adopte un comportement déloyal dans le cadre du processus d'appel d'offres. En agissant comme elle l'a fait, elle a rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, un principe à la base du processus de soumissions. Elle a porté atteinte, en le faussant, à l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres.* »

Fort de cette conclusion, le tribunal condamne GDG au paiement de la somme de 63 000 \$ à Bio-Services pour sa perte de profits.

Ce jugement est une application très particulière de la notion d'équilibre et d'équité entre les soumissionnaires, puisqu'il étend l'obligation du donneur d'ouvrage aux soumissionnaires eux-mêmes, imposant un *fair-play* entre ceux-ci par le biais de la théorie de l'abus de droit. Comme un appel a été logé dans cette affaire, il sera très intéressant de lire les réflexions de la Cour d'appel sur cette question et de les rapporter dans une prochaine chronique.



DES DOMMAGES QUI RISQUENT DE VOUS LAISSER À SEC!



*Par M^e Antonio Iacovelli
Montréal
514.871.5483
aiacovelli@millerthomsonpouliot.com*

Une partie à un contrat qui n'en respecte pas les termes et qui, de ce fait, cause des dommages à sa co-contractante, peut s'exposer à des recours en dommages substantiels. Outre le remboursement du coût du contrat, il y a une panoplie de dommages-intérêts qui peuvent être une suite certaine, prévisible, immédiate et directe de l'inexécution du contrat. Voici ce que la Cour supérieure nous enseigne par sa décision rendue le 11 avril dernier dans l'affaire *Manufacture de Lambton ltée c. Scelco Inc.*

Les faits

Manufacture de Lambton ltée (« **Lambton** ») est une manufacturière réputée de produits de bois dur tels le chêne rouge, l'érable et le mÉRISIER. Pour pouvoir offrir un produit uniforme et de haut de gamme, elle doit sécher le bois dans des séchoirs. Ces séchoirs sont de grands entrepôts chauffés de 30 pieds par 40 pieds.

En rapport avec ses opérations, Lambton fait face à certaines difficultés. Le bois de chêne libère en effet une importante quantité d'acide tannique au séchage, ce qui abîme la dalle de béton qui sert de plancher dans les entrepôts. Une dalle abîmée occasionne des pertes de productivité puisque les opérations de chargement et déchargement de bois deviennent plus laborieuses et, avec la rétention d'eau par la dalle abîmée, le temps de séchage est ralenti. Un manque de bois sec signifie l'interruption de la chaîne de production et donc l'importance de réparer le plancher devient capitale.

Lambton, ayant appris qu'un ciment à base de soufre était très résistant aux acides, elle communique avec Scelco Inc. (« **Scelco** ») qui se spécialise dans la réparation de béton.

Après que Lambton ait expliqué ses besoins et objectifs spécialisés à Scelco, les parties signent un contrat pour la réfection de la surface du plancher de béton de 2 séchoirs à l'aide d'un mortier à base de soufre, connu sous le nom Sulfucrete. Les plans prévoient également une pente d'égouttement et le tout, selon le contrat, doit engendrer un arrêt de production de 72 heures.

Les travaux ont eu lieu au mois de septembre et l'arrêt de production fut de cinq jours au lieu de 72 heures, tel que convenu. Quelques mois après la fin des travaux, en novembre et ce, après un seul cycle de séchage, la nouvelle surface de béton se décolle, casse au passage de chariots de chargement et reste collée sous les palettes.

Toutefois, Scelco refuse d'effectuer des travaux correctifs sous prétexte que les défauts sont mineurs, que leur survenance était tardive et, finalement, qu'il n'y avait pas de garantie au contrat. Les parties ont entamé des négociations et ont convenu de procéder à des expertises



mais l'état du béton ne cessait de s'empirer et, finalement faute de règlement, la Cour supérieure fut appelée à trancher.

La décision du Tribunal

La Cour découvre du témoignage du président de Scelco que le mortier utilisé n'était pas celui que Lambton avait commandé. Il ne s'agissait point du Sulfucrete, un béton à base de soufre, mais plutôt du ciment alumineux.

Le résultat fut une ruine totale puisque le béton n'avait même pas tenu le temps d'un seul cycle de séchage. Selon la Cour, Scelco devait savoir que son ouvrage devrait être refait advenant que le produit livré ne soit pas celui que Lambton avait commandé pour des raisons techniques. Scelco n'a fait que du travail de réparation avec un ciment inapproprié. Qui plus est, la dalle n'avait pas l'épaisseur ni la pente d'égouttement que les parties avaient prévues au contrat. Ainsi, la responsabilité contractuelle de Scelco est engagée et cette dernière doit en assumer les conséquences.

Quant aux dommages, Scelco soutient que ceux-ci se limitent au simple coût du contrat. De plus, Scelco prétend que Lambton, pour réduire ses dommages, aurait dû procéder à des travaux correctifs qui lui auraient évité des pertes de productivité et la détérioration additionnelle du plancher.

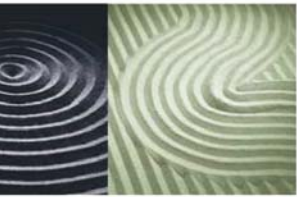
Le Tribunal rejette ce raisonnement de la part de Scelco. Scelco a promis de refaire la surface du plancher en béton de Lambton avec un mortier résistant aux acides mais a substitué le mortier convenu par un autre à l'insu de sa cliente. Ainsi, le Tribunal conclut que Scelco a fait preuve d'une inexécution substantielle de son obligation envers Lambton.

Dans pareilles circonstances, nous rappelle le Tribunal, un créancier d'une obligation tel Lambton a droit à la résolution de son contrat (article 1604 du *Code civil du Québec*) ainsi qu'à la remise en état (article 1606 du *Code*) ce qui équivaut au remboursement du prix payé plus l'intérêt depuis la demande de paiement. Mais ce n'est pas tout.

Au-delà de la résolution du contrat, un créancier comme Lambton peut également réclamer les dommages-intérêts qui sont une suite certaine, prévisible, immédiate et directe de l'inexécution (articles 1590, 1458, 1607, 1611 et 1613 du *Code*).

La Cour constate que Scelco était débitrice d'une obligation de garantie notamment celle relative aux défauts majeurs à ses travaux prévue à l'article 2118 du *Code civil*. D'ailleurs, tous ces dommages étaient prévisibles et résultent directement de son inexécution fautive. Selon le tribunal, l'article 2118 du *Code civil* permet aussi de réclamer au manque à gagner et non pas uniquement aux seuls dommages physiques à un édifice.

Donc, outre le remboursement du prix payé (24 000 \$), le Tribunal accorde les montants suivants au chapitre des dommages : un montant de 900 \$ pour le temps supplémentaire du directeur des travaux de Lambton, 1 000 \$ pour les inconvénients découlant du fait que les travaux ont été exécutés sur cinq jours au lieu de 72 heures comme prévu, 10 300 \$ pour la reconstruction des dalles, 33 751 \$ pour le coût de réapprovisionnement en bois séché pendant que les séchoirs étaient hors d'usage, 18 750 \$ pour les inconvénients et le temps perdu lors du chargement et déchargement des séchoirs sur un plancher en piètre état et, finalement, 19 676 \$ pour le remboursement des honoraires des témoins experts puisque ceux-ci ont été utiles à la solution du litige.



**MILLER
THOMSON
POULIOT** SENCRL

Avocats, agents de brevets et de marques de commerce



Scelco a finalement été tenue de payer 88 701,50 \$ en dommages plus intérêt et dépens, y compris des frais d'expertise de 19 676,93 \$. Il s'agit d'un montant qui est quatre fois plus élevé que le prix original du contrat. Force est donc de constater que le respect des termes de celui-ci aurait été infiniment plus rentable pour Scelco.



GRUPE D'EXPERTISE EN DROIT DE LA CONSTRUCTION

Montréal

Brunelle, Gilles	514.871.5444	gbrunelle@millerthomsonpouliot.com
D'Amour, Normand	514.871.5487	ndamour@millerthomsonpouliot.com
Iacovelli, Antonio	514.871.5483	aiacovelli@millerthomsonpouliot.com
Tremblay, Louis-Michel	514.871.5421	lmtrremblay@millerthomsonpouliot.com
Turcotte, Mathieu	514.871.5492	mturcotte@millerthomsonpouliot.com

Le présent document a été rédigé à l'intention des clients du cabinet à titre informatif uniquement et résume certaines informations juridiques récentes. Les renseignements qu'il contient ne constituent pas un avis juridique et les personnes qui en prennent connaissance ne devraient pas réagir à la lecture du présent article sans avoir préalablement obtenu l'avis juridique d'un professionnel qualifié à l'égard de leur situation. Le cabinet utilise vos renseignements personnels afin de vous faire parvenir de l'information sur des sujets susceptibles de vous intéresser et en aucun cas ne les partage avec des tiers, à l'exception de sous-traitants qui ont accepté de se conformer à la politique de protection des renseignements personnels et aux autres politiques du cabinet.

www.millerthomsonpouliot.com