



L'INSTITUT CANADIEN DE DESIGN-CONSTRUCTION

400-75 rue Albert
Ottawa, Ontario K1P 5E7
Tél. : (613) 236-9455
Télec. : (613) 236-9526
www.cdbi.org

La récente conférence de l'Institut canadien de design-construction (ICDC), qui a eu lieu les 2 et 3 octobre 2008, a été le cadre d'une discussion sur les tendances actuelles des lois portant sur les appels d'offres qui s'appliquent aux projets de design-construction. Nous sommes heureux de pouvoir faire le point sur cette discussion en vous présentant l'article qui suit, lequel examine les différents moyens de limiter les risques juridiques associés au processus de « demande de propositions » (DDP).

Le Comité de gestion des risques de l'ICDC continuera de diffuser aux membres des articles de ce genre, à mesure qu'ils seront disponibles. Nous espérons que vous trouverez ces articles intéressants et utiles.

Demandes de propositions pour des projets de design-construction : Identification et limitation de risques juridiques spécifiques

par Denis Chamberland

Il est généralement reconnu que le processus d'adjudication des soumissions les plus basses, qui est fondé uniquement sur le facteur « coût », n'est pas la méthode optimale pour les projets de design-construction. Les maîtres d'ouvrage qui privilégient une telle approche pour décider de l'issue du processus concurrentiel ne bénéficient pas de certains atouts que pourraient faire valoir d'autres entrepreneurs, dont la qualité et l'exécution. Par conséquent, le processus de demande de propositions (DDP) est devenu la méthode de prédilection pour l'adjudication de contrats de services aussi complexes que ceux des projets de design et de construction. En effet, la plupart des maîtres d'ouvrage aiment bien avoir la possibilité de passer en revue des propositions qui tiennent compte de leurs besoins particuliers et ainsi avoir de plus grandes chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

Le recours aux DDP pour des projets de design-construction n'est cependant pas sans risque, particulièrement au Canada où, à compter de 1981, les lois régissant les appels d'offres concurrentiels ont subi des révisions importantes. Ces révisions ont mené à l'établissement d'un cadre unique et distinct, qui ressemble très peu au cadre des appels d'offres concurrentiels qui était en place avant 1981 et qui se démarque aussi des lois sur les appels d'offres qui sont en vigueur aux États-Unis et au Royaume-Uni. En dépit des risques et de la complexité accrues, il est possible de poser certains gestes qui permettront de limiter ces risques, tout en s'assurant d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix dans le cadre d'un processus de DDP qui est crédible et défendable.



Le cadre des appels d'offres concurrentiels

Le paradigme dit du « Contrat A et Contrat B » constitue la caractéristique première des lois canadiennes sur les appels d'offres concurrentiels. Ainsi, les soumissions conformes qui ont été déposées en réponse à une DDP ou à un appel d'offres sont réputées avoir formé un contrat notionnel (Contrat A ou contrat de soumission) entre le maître d'ouvrage et chaque soumissionnaire conforme. Comme l'a précisé la Cour suprême du Canada en 1981 dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *La Reine (du chef de l'Ontario) c. Ron Engineering*¹, le contenu du Contrat A est constitué par l'ensemble du programme des exigences prévues dans la demande de propositions du maître d'ouvrage et de la solution décrite dans la proposition du soumissionnaire. Dans chaque cas, l'existence même d'un Contrat A sera déterminé en fonction du libellé précis de la DDP ainsi que de l'intention (si elle existe) des parties de se lier de manière contractuelle. Lorsque la DDP constitue simplement un mécanisme qui permet d'identifier un partenaire de négociations (par exemple, lorsque la DDP ne comprend pas de dispositions commerciales clés) et lorsque les documents indiquent clairement que les parties n'ont aucune intention de se lier juridiquement, il n'y aura pas de Contrat A.

Une décision récente de la Cour suprême du Canada démontre que les DDP pour des projets de design-construction n'échappent pas à l'application du principe du Contrat A, même s'il reste de nombreux détails à régler avant l'exécution du Contrat B (ou contrat de louage d'ouvrage).² Les maîtres d'ouvrage devraient attentivement passer en revue le libellé de leur DDP afin de s'assurer que cette DDP n'entraînera que les conséquences juridiques qu'ils auront prévues (remarquez d'ailleurs qu'il est peu probable que le recyclage d'un modèle de DDP obtenu d'un autre maître d'ouvrage ait l'effet voulu).

L'existence du Contrat A impose au maître d'ouvrage différentes obligations dans sa gestion du processus de DDP, dont l'obligation de divulgation complète, l'obligation de s'assurer de l'équité du processus, et l'obligation d'attribuer le contrat de la manière prévue par les termes de la DDP. Ces obligations qui découlent du Contrat A imposent au maître d'ouvrage un fardeau important : s'assurer que le processus est « équitable, ouvert et transparent ». Dès 1981, les cours canadiennes en ont eu long à dire sur les exigences d'un tel processus. Un élément clé des DDP pour des projets de design-construction, sur lequel les tribunaux se sont concentrés, est la discrétion dont bénéficie le maître d'ouvrage tout au long du processus. Les tribunaux ont souvent jugé que les nombreux et importants droits que se réservent les maîtres d'ouvrage tout au long du processus de la plupart des DDP sont de portée trop vaste et indéfendables. Les tribunaux s'attendent à une application plus nuancée des droits réservés aux maîtres d'ouvrage. Parce que le modèle d'exécution d'un projet de design-construction suppose un processus dynamique et que certains des attributs principaux du projet envisagé ne sont décidés de façon définitive que bien après la date limite de la soumission des propositions, le processus de DDP pour des projets de design-construction est particulièrement vulnérable aux contestations de soumissionnaires déçus.

¹ [1981] 1 R.C.S. 111.

² La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Design Services Ltd. c. Canada*, [2008] R.C.S. 22 (mai 2008) comprend aussi des conseils utiles pour les membres d'une équipe de design-construction qui cherchent à protéger leurs intérêts personnels lorsque le maître d'ouvrage ne mène pas le processus de DDP équitablement.



Il convient de noter que, même lorsque certaines cours jugent qu'il n'y a pas de Contrat A, elles sont néanmoins disposées à conclure à l'existence d'une obligation indépendante d'équité, de sorte que les soumissionnaires ont le droit d'exiger que les maîtres d'ouvrage évaluent leur proposition de manière équitable.³ Il serait donc prudent que les maîtres d'ouvrage supposent que les tribunaux concluront à l'existence d'une telle obligation et qu'ils mènent leurs processus de DDP en conséquence. Ce sont les importantes ressources affectées par les soumissionnaires à l'élaboration de leurs propositions qui expliquent que les tribunaux concluent à l'existence d'une obligation d'équité. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de projets de design-construction, pour lesquels l'élaboration de propositions exige en règle générale des efforts considérables. Les maîtres d'ouvrage devraient donc présumer que les tribunaux examineront de très près les documents de DDP afin d'y déceler des termes qui indiqueraient une intention de créer des liens juridiquement contraignants.

Quelques risques du modèle d'exécution de projet de design-construction

Il est assez simple d'établir la portée des travaux d'un projet de design-soumission-construction. Le maître d'ouvrage confirme que les plans et devis sont complets à cent pour cent, et le prix du soumissionnaire retenu est établi en fonction de ces documents. La seule question relative à la portée des travaux qui pourrait encore se poser dans ce contexte serait à savoir s'il serait raisonnable de conclure que les documents contractuels suggéraient ou laissaient entendre quelque chose qui n'était pas, par ailleurs, énoncé de manière explicite dans les documents. Un important ensemble de règles de droit jettent de la lumière sur ce qui pourrait constituer un terme implicite.

Réparation de soumission

Ce n'est pas aussi simple d'établir la portée des travaux pour un projet de design-construction. La portée des travaux sera définie en fonction de la DDP, de la proposition de l'entrepreneur en design-construction, ainsi que des différentes versions des plans et devis qui seront élaborées une fois le contrat exécuté. Un des risques juridiques auquel fait face un maître d'ouvrage se présente lorsque celui-ci aide l'entrepreneur en design-construction à « réparer » une proposition qui ne satisfait pas à une condition fondamentale ou obligatoire du devis de la DDP mais qui a du mérite sur de nombreux autres plans. Comme l'ont souvent indiqué les tribunaux, la réparation de soumissions n'est pas admissible. Une soumission qui a besoin d'être réparée est une soumission non conforme, qui devrait donc être disqualifiée.

Modification de la portée des travaux

Dans le contexte d'un projet de design-construction à forfait, un risque connexe peut se présenter lorsque les composantes du projet qui ne présentent pas d'exigences de performance quantifiables ne sont pas décrites de façon suffisamment précise dans la DDP, ou lorsqu'elles le sont et que la DDP prévoit un devis de conception détaillé, mais que le soumissionnaire n'a pas prêté une attention toute particulière à la lettre et au détail de la DDP. Quoi qu'il en soit, une contestation sur la portée des travaux peut surgir et il pourrait ainsi y avoir des différences importantes entre le projet tel que décrit dans la DDP et le projet qui est en fin de compte attribué, ou une négociation directe et ouverte au sujet du prix pourrait être préférée au prix proposé par le soumissionnaire. Avec un processus de DDP pour un projet de design-construction, il faut (comme le laisse entendre l'étude d'ingénierie de la valeur du projet) s'attendre à un certain nombre de

³ Voir *Buttcon Ltd. c. Toronto Electric Commission*, [2003] O.J. No 2796 (Tribunal supérieur de justice).



changements. Cependant, tel qu'indiqué ci-dessus, si les changements sont importants, les tribunaux n'accepteront généralement pas des termes de DDP très larges, dont le but serait de conférer au maître d'ouvrage le droit de faire ce qu'il veut lors du processus d'évaluation des soumissions.

Transparence et valeur

Une autre pratique qui présente des risques importants mais qui est couramment utilisée dans les processus de DDP consiste à éviter de révéler les critères d'évaluation secondaires, qui sont souvent élaborés par l'équipe d'évaluation après la publication de la DDP. Selon les maîtres d'ouvrage et leurs conseillers, la raison pour laquelle ils ne révèlent que les critères d'évaluation primaires dans la DDP est que le maître d'ouvrage doit se réserver une large part de discrétion afin de bien être en mesure de sélectionner la meilleure proposition. A priori, cela semblerait être une pratique raisonnable dans le contexte du processus d'approvisionnement pour un projet de design-construction. Toutefois, cette pratique pourrait non seulement miner l'objectif de transparence du processus d'appel d'offres, mais aussi susciter un éventuel abus de procédure par les maîtres d'ouvrage, les soupçons des soumissionnaires, et des litiges. Les maîtres d'ouvrage et leurs conseillers devraient résister à la tentation de restreindre la divulgation de ce type d'informations. Si une divulgation adéquate est nécessaire (car elle permettra au maître d'ouvrage de réaliser un projet de plus grande valeur), une rédaction minutieuse de la composante de la DDP qui porte sur l'évaluation aidera aussi le maître d'ouvrage à maintenir la flexibilité nécessaire afin d'éviter un résultat non représentatif.

Des mesures d'atténuation des risques mentionnés ci-dessus contribueront de manière importante à éviter les litiges entre maîtres d'ouvrage et entrepreneurs relativement à l'appel d'offres, et à la réalisation d'un projet de plus grande valeur.

Une récente décision des tribunaux suscite la controverse

Il vaut la peine de souligner une récente décision des tribunaux, qui a provoqué une incertitude importante relativement aux lois applicables aux appels d'offres. Dans sa décision de décembre 2007 dans l'affaire *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'il y avait application d'une clause limitative de responsabilité dans le texte d'une DDP émise par le gouvernement pour un projet de design-construction. La Cour a infirmé la décision de l'instance inférieure, qui avait initialement exigé que le gouvernement paie des dommages-intérêts de 3 293 998,00 \$.

En première instance, le tribunal a jugé que le gouvernement avait attribué un contrat de construction de route à un soumissionnaire non conforme. Le tribunal a refusé de permettre au gouvernement de se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité qui excluait toute compensation à un soumissionnaire, du simple fait de la participation de celui-ci au processus de la DDP. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté un point de vue différent et a jugé que la clause limitative était de caractère exécutoire, permettant ainsi au gouvernement d'éviter toute responsabilité alors qu'il avait accepté une soumission non conforme. La Cour d'appel a reconnu que de permettre à un organisme public d'accepter des propositions qui lient les soumissionnaires tout en évitant les obligations juridiques qui lui incomberaient en vertu du Contrat A, impliquait d'importantes répercussions d'un point de vue de politique d'intérêt public. La Cour a toutefois jugé qu'il incombait alors aux soumissionnaires de refuser de participer à de tels processus d'appel d'offres.



Cette décision de la Cour d'appel est draconienne. Il serait en effet possible de soutenir qu'elle va à l'encontre des décisions prises par les tribunaux canadiens de tous niveaux sur une période de plus de 25 années, et qui visaient l'atteinte d'un équilibre entre les droits des maîtres d'ouvrage et ceux des soumissionnaires dans le processus d'appel d'offres. La décision semble d'ailleurs ne pas être conforme à un principe fondamental qu'avait établi la Cour suprême du Canada en 1999. Dans l'affaire *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Defence Construction (1951) Ltd.*⁴, la plus haute instance du pays avait jugé que la clause de réserve ne pouvait pas permettre à un maître d'ouvrage d'accepter des soumissions non conformes, et que la discrétion du maître d'ouvrage se limitait généralement à faire son choix parmi le nombre de soumissions conformes qu'il avait reçues. En d'autres termes, la Cour suprême a jugé qu'un maître d'ouvrage ne pouvait se prévaloir du libellé de la DDP afin de se soustraire à son obligation d'agir équitablement envers les soumissionnaires conformes.

La Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'appel de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La Cour suprême est donc sur le point de décider s'il faut maintenir le fragile équilibre de droits qui avait été établi jusqu'ici. Étant donné le principe qui reconnaît des droits exécutoires aussi bien aux maîtres d'ouvrage qu'aux entrepreneurs, et avant que la Cour suprême n'ait élucidé la question, il serait donc prudent que les maîtres d'ouvrage et entrepreneurs qui sont impliqués dans un processus d'appel d'offres maintiennent entre eux des relations équitables.

Aird & Berlis s.r.l. est l'un des plus importants cabinets canadiens d'avocats de services complets en droit commercial. A&B offre à ses clients canadiens et internationaux un vaste éventail de solutions juridiques dans les domaines du litige, du droit des affaires, du droit de la construction, de l'approvisionnement et de l'infrastructure, du droit immobilier et du droit municipal.

Denis Chamberland est un associé au sein du cabinet Aird & Berlis LLP. Sa pratique porte principalement sur les appels d'offres, la construction et l'infrastructure. Il travaille avec des clients des secteurs privé et public sur des projets de design-construction, dont des établissements municipaux et des établissements de santé. Il travaille dans plusieurs provinces et offre ses services en français et en anglais. Vous pouvez communiquer avec M^e Chamberland au 416-865-3078 ou à dchamberland@airdberlis.com.

⁴ [1999] 1 R.C.S. 619.