

**Pierre Issalys**

**Denis Lemieux**

**L'ACTION  
GOUVERNEMENTALE**

**Précis de droit  
des institutions  
administratives**

**3<sup>e</sup> édition**

**ÉDITIONS YVON BLAIS**

© 2009 Thomson Reuters Canada Limitée

**MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ** : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

### **Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada**

Issalys, Pierre

L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives

3<sup>e</sup> éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-170-1

1. Droit administratif – Canada. 2. Canada – Administration. 3. Pouvoir discrétionnaire (Droit administratif) – Canada. 4. Droit administratif – Québec (Province). I. Lemieux, Denis. II. Titre.

KE5015.I87 2009

342.71'06

C2009-941800-2

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 3<sup>e</sup> trimestre 2009

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN : 978-2-89635-170-1

Imprimé aux États-Unis



**THOMSON REUTERS**

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville  
(Québec) Canada  
J2K 3H6

Service à la clientèle  
Téléphone : 1-800-363-3047  
Télécopieur : (450) 263-9256  
Site Internet : [www.editionsyvonblais.com](http://www.editionsyvonblais.com)

avoir reçu son avis d'acceptation, le soumissionnaire devra faire en sorte d'obtenir les documents qu'il doit fournir avant la signature du contrat et le début des travaux.

L'Administration devra voir à ce que le contrat qui sera conclu soit conforme à l'appel d'offres. Pour sa part, le soumissionnaire aura l'obligation de signer le contrat avant l'expiration du délai de validité de sa soumission.

En cas de défaut du soumissionnaire de signer le contrat, l'Administration pourra alors se prévaloir de la garantie de soumission (voir 13.15) qu'elle détiendra afin de s'indemniser du préjudice que lui aura causé ce désistement (voir 13.32). Ce préjudice pourrait être, par exemple, le fait d'avoir à payer une somme supérieure à celle de la soumission acceptée en premier lieu pour l'exécution du contrat.

CANADA, Conseil du trésor, *Manuel du Conseil du trésor – Marchés, Politique sur les marchés*, art. 12.11.3 (garantie de soumission afin de sauvegarder les intérêts de l'État lorsque le soumissionnaire fait défaut de signer).

CANADA, ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, *Guide des approvisionnements*, Section 7E : Attribution des contrats, 2008.

QUÉBEC, ministère des Transports, *Cahier des charges et des devis généraux*, art. 4.3 (documents contractuels), 4.4 (signature du contrat).

### **13.23 Droits, obligations et recours des soumissionnaires évincés**

ANONYME, « The Erosion of the Standing Impediment in Challenges by Disappointed Bidders of Federal Government Contract Awards », (1970) 39 *Fordham L.R.* 103.

GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, 4<sup>e</sup> éd., 2005, p. 171.

GIROUX et LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, par. 8-380 à 8-420.

LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, par. 60-05 à 60-075.

Malgré qu'ils aient été évincés par l'Administration, les soumissionnaires qui n'ont pas été choisis ont tout de même certaines obligations car le choix de l'Administration n'a pas pour effet de les libérer. Ils devront maintenir leur soumission jusqu'à l'expiration du délai de validité ou, selon les dispositions applicables, jusqu'à ce que le

soumissionnaire choisi ait signé le contrat. Ils devront également respecter les obligations particulières que leur imposent certaines dispositions législatives ou réglementaires.

CANADA, ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, *Guide des approvisionnements*, 2008, art. 7D-478-7D-482 (on permettra aux soumissionnaires de retirer leurs soumissions sur demande écrite adressée à l'agent de négociation des contrats).

Il est même de pratique commune que les soumissionnaires non retenus ne soient pas avisés avant l'attribution du marché du rejet de leur candidature. Ainsi, pour les contrats relevant de leur pouvoir d'approbation, les agents de négociation des contrats peuvent aviser les soumissionnaires non retenus avant l'attribution du marché seulement pour les contrats dans les limites de leur pouvoir d'approbation et uniquement après avoir examiné les risques, notamment au regard des :

- retards qui pourraient être causés si un soumissionnaire dont l'offre a été rejetée tentait de contester l'attribution proposée ;
- manœuvres de la part de l'entrepreneur proposé, qui pourrait profiter de la situation pour tenter de modifier les conditions de son offre initiale ;
- circonstances imprévues qui rendraient nécessaire la révision du choix du soumissionnaire retenu, auquel cas les soumissionnaires dont la soumission avait été rejetée pourraient ne pas maintenir leurs soumissions initiales.

CANADA, ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, *Guide des approvisionnements*, 2008, art. 7D-486.

Toutefois, ces soumissionnaires ont aussi des droits. Ainsi, ils ont le droit de voir leur soumission considérée par l'Administration (surtout si celle-ci est conforme à l'appel d'offres). De plus, le traitement et l'évaluation de leur soumission, de même que l'adjudication du contrat, devront se faire de façon équitable et raisonnable en utilisant des critères et pratiques uniformes appliqués à tous les soumissionnaires.

Une fois que l'Administration a fixé son choix, les soumissionnaires possèdent le droit d'être informés de sa décision et des motifs pour lesquels ils n'ont pas été choisis afin de pouvoir apprécier le caractère équitable et raisonnable de cette décision.

Si certains soumissionnaires se sentent lésés par l'Administration, ils pourront faire valoir leurs droits seulement devant les tribunaux de droit commun, en l'absence de recours administratifs.

Notons qu'au niveau fédéral les soumissionnaires évincés pourront également faire valoir leurs droits devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (voir 6.15). Conçue à l'origine pour répondre aux plaintes des fournisseurs américains dans le cadre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, cette procédure a été étendue aux fournisseurs mexicains par l'ALENA, aux fournisseurs des pays adhérents au Code des marchés publics de l'OMC, ainsi qu'aux fournisseurs fédéraux suite à l'adoption de l'Accord sur le commerce intérieur. Dans le cadre de ses fonctions, le Tribunal pourra notamment recommander un nouvel appel d'offres, l'indemnisation du plaignant ou l'octroi du contrat au plaignant. Ce recours constitue donc une avenue intéressante pour les fournisseurs qui se sentent lésés lors de l'adjudication d'un contrat. Au niveau provincial, ce sont des tribunaux d'arbitrage qui jouent ce rôle.

*Accord de libre-échange nord-américain* (mis en œuvre par L.C. 1993, ch. 44), art. 13 à 22.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, L.C. 1996, ch. 17.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47 et modif.

*Wang Canada c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 C.F. 3 (Le délégué du ministre n'a pas le droit de se prévaloir de l'exception d'intérêt public au sens de l'article 1015(4)c de l'ALÉNA puisqu'il n'a pas décidé de ne pas passer le marché mais plutôt de changer des conditions au marché.).

### **13.24 La nullité du contrat et ses conséquences**

ARROWSMITH, *Government Procurement and Judicial Review*, 1988, p. 265-283.

DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, 1997.

DUSSAULT et BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, t. I, p. 645-649, 766-768.

GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, 4<sup>e</sup> éd., 2005, p. 180-182.

HÉTU, DUPLESSIS et PAKENHAM, *Droit municipal, Principes généraux et contentieux*, 1998, p. 799 et s.

LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, par. 12-005 à 12-200.