

**Décision ordonnant à la Société de développement
et de mise en valeur du Parc olympique de ne pas donner suite
à son intention de conclure le contrat de gré à gré
identifié sous le numéro de référence 1486711
(art. 29 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*)**

No de l'ordonnance : 2021-03

Loi habilitante : *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. c. A-33.2.1, a. 29, 38, 41 et 50

1. Aperçu

Le 7 mai 2021, la Société de développement et de mise en valeur du Parc olympique (« Parc olympique ») publiait un avis d'intention identifié au système électronique d'appel d'offres du gouvernement (« SEAO ») sous le numéro de référence 1486711. Cet avis d'intention a pour objet de permettre à Parc olympique d'octroyer un contrat de gré à gré à une entreprise qu'elle a retenue pour la conception et la construction d'un système de protection contre les chutes à la future passerelle suspendue de la tour du Stade olympique.

L'avis d'intention se résume en quatre pages et décrit brièvement l'objet du contrat, les besoins de Parc olympique, ainsi que les exigences d'expérience que doit détenir l'entreprise qui souhaite manifester son intérêt à conclure le contrat. L'avis d'intention précise que Parc olympique se prévaut du régime d'exception du contrat conclu de gré à gré, pour des raisons de sécurité et parce qu'il « considère qu'il serait totalement inapproprié de s'en remettre à une entreprise qui réaliserait ce type de mandat spécifique pour la première fois »¹.

Le 17 mai 2021, l'Autorité des marchés publics (« AMP ») reçoit une plainte d'une entreprise ayant manifesté son intérêt à Parc olympique et qui est en désaccord avec la décision de Parc olympique de maintenir son intention de conclure un contrat de gré à gré avec l'entreprise qu'il a retenue. Essentiellement, il est allégué par le plaignant qu'il est

¹ Avis 1486711 publié sur le site du SEAO, page 4.

capable de réaliser le contrat et qu'il serait plus avantageux pour Parc olympique de lancer un appel d'offres public que de procéder en mode gré à gré.

Après examen, il appert que la plainte est fondée puisque l'ensemble des faits du dossier permettent à l'AMP de conclure qu'il n'est pas justifié pour Parc olympique de recourir au régime d'exception d'octroi d'un contrat de gré à gré.

2. Questions en litige

Les questions sur lesquelles l'AMP doit se prononcer sont les suivantes :

- Est-ce que le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, la capacité de réaliser le contrat visé par l'avis d'intention de Parc olympique et, ce faisant, la nécessité de recourir à un appel d'offres public pour qu'il puisse y participer?
- Est-ce que Parc olympique est en mesure de démontrer qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public pour le contrat qu'il veut octroyer de gré à gré?

3. Analyse

Parc olympique est un organisme public au sens de l'article 4 (4) de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP) et de l'Annexe 2 de la *Loi sur l'administration financière*². Lorsqu'il conclut un contrat public, Parc olympique est tenu de respecter les dispositions de la LCOP, des règlements et des accords pris pour son application et des directives qui en découlent. »

3.1 Est-ce que le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, la capacité de réaliser le contrat visé par l'avis d'intention de Parc olympique et, ce faisant, la nécessité de recourir à un appel d'offres public pour qu'il puisse y participer?

L'octroi de contrat de gré à gré est un mode d'attribution de contrat permettant à un organisme public d'attribuer un contrat à une entreprise visée sans procéder par voie d'appel d'offres public. Ce mode d'attribution de contrat constitue une dérogation à la règle générale de l'appel d'offres public prévue par l'article 10 de la LCOP et n'est autorisé que dans des situations exceptionnelles prévues à l'article 13 de cette loi.

En vertu de l'article 13.1 de la LCOP, un organisme public doit publier un avis d'intention faisant état notamment du nom de l'entreprise avec qui il envisage de conclure un contrat de gré à gré. Par la suite, toute entreprise intéressée peut déposer une manifestation d'intérêt à réaliser ce contrat auprès de l'organisme public dans le but de lui démontrer sa capacité à réaliser le contrat et, ce faisant, établir que l'appel d'offres pourrait potentiellement servir davantage l'intérêt public. Dans le cas où l'organisme public maintient sa décision de conclure un contrat de gré à gré, une plainte peut être déposée à l'AMP, selon l'article 13.2 de la LCOP.

² RLRQ, c. A-6.001

En l'espèce, Parc olympique rejette la manifestation d'intérêt du plaignant pour plusieurs raisons, lesquelles se résument aux éléments suivants :

- Parc olympique allègue que sa décision de procéder de gré à gré se justifie par le besoin d'assurer la sécurité optimale des usagers et par l'élimination à la source de tous les risques évitables;
- La satisfaction de ces deux principes directeurs se traduit par des exigences spécifiques, notamment la capacité d'une entreprise de satisfaire à des exigences d'expérience.

A) Motif principal de la décision rendue par Parc olympique

Parc olympique fonde principalement sa décision à l'encontre du plaignant sur l'exigence suivante de son avis d'intention³ :

« Pour se qualifier, l'entrepreneur doit :

(...)

- présenter trois (3) projets de conception-construction d'un système de protection contre les chutes réalisés par son entreprise, dont au moins un (1) pour un projet, toujours en fonction, assimilable à une « passerelle suspendue », destiné à l'usage d'un public sans formation, de tous âges et de toutes conditions physiques ou mentales, lequel projet devra démontrer une absence complète d'incident significatif au cours des cinq (5) dernières années, qui aurait pu mettre en péril la santé ou la vie des usagers. »

Si Parc olympique reconnaît, dans sa réponse à la manifestation d'intérêt du plaignant, que les trois projets présentés par celui-ci « démontrent certes un savoir-faire de l'entreprise et l'expertise de son ingénieur en matière de système de protection contre les chutes (limitation de chute) », Parc olympique maintient que « ceux-ci ne rencontrent [sic] pas cet incontournable critère expérientiel nécessaire à la rencontre de [son] besoin ». En définitive, Parc olympique affirme ne pas être prêt « à courir de risque dans le présent projet en termes de sécurité, parce que le risque identifié ici concerne la vie humaine ».

Pour sa part, le plaignant soutient que cette exigence spécifique exclut, comme lui, la majorité des experts du domaine de la protection contre les chutes, et ce, sans raison valable fondée sur les besoins du Parc olympique. De plus, le plaignant affirme, dans sa manifestation d'intérêt, que « [l]e système actif de protection contre les chutes recherchées [sic] par le Parc olympique dans le cadre de son projet de plateforme suspendue ne représente pas un défi de conception inédit requérant des connaissances inconnues aux ingénieurs spécialisés dans les systèmes actifs de protection contre les chutes ».

³ Avis 1486711 publié sur le site du SEAO, page 3.

À la lumière des faits qui précèdent, l'AMP doit établir si le plaignant a démontré, par sa manifestation d'intérêt, sa capacité de réaliser le contrat visé par l'avis d'intention de Parc olympique, selon les besoins et les obligations qui y sont exprimés.

Le mécanisme d'avis d'intention prévu à l'article 13.1 de la LCOP est relativement nouveau au Québec⁴. Étant donné l'existence peu nombreuse de décisions traitant des avis d'intention⁵, il est utile de référer au Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE »), qui s'est penché à plusieurs reprises sur des contestations d'octroi de contrats de gré à gré par des organismes publics fédéraux et qui a développé une jurisprudence constante sur le sujet⁶. Les principes applicables relevés par l'AMP sont les suivants :

1. L'appel d'offres concurrentiel est la norme et l'octroi de contrats de gré à gré est l'exception⁷.
2. Lors de la contestation d'une décision d'un organisme public de procéder par octroi d'un contrat de gré à gré, le degré de preuve que doit respecter le plaignant se limite à démontrer, de façon raisonnable, que le recours au mode gré à gré n'est pas justifié⁸.
3. Par sa nature, un avis d'intention ne contient qu'une brève description des besoins du contrat et n'est pas aussi complet qu'un appel d'offres public. Il est donc normal qu'une manifestation d'intérêt ne soit pas aussi complète qu'une soumission déposée dans le cadre d'un processus d'appel d'offres public⁹.
4. Un fournisseur potentiel peut valablement contester un avis d'intention en présentant une manifestation d'intérêt qui ne respecte pas toutes les exigences de l'avis d'intention¹⁰.

Partant des principes énoncés précédemment, l'AMP adhère aux arguments formulés par le plaignant. Bien que celui-ci ne réponde pas de manière exhaustive à l'ensemble des exigences formulées par Parc olympique, il a néanmoins établi sa capacité de réaliser les travaux qui font l'objet du contrat envisagé et a affirmé que d'autres entreprises seraient également en mesure de le faire.

⁴ L'avis d'intention a été introduit par le projet de loi 108, adopté le 1^{er} décembre 2017.

⁵ Dans la décision *Savoir-faire Linux inc. c. Régie des rentes du Québec* (2010 QCCS 2375), la Cour supérieure a analysé l'avis d'intention sous un autre angle, soit celle du fournisseur unique.

⁶ Les organismes publics fédéraux peuvent attribuer des contrats de gré à gré en procédant par le mécanisme du préavis d'adjudication de contrat, qui ressemble en tout point à celui de l'avis d'intention prévu à l'art. 13.1 de la LCOP. Tout comme l'avis d'intention, un préavis d'adjudication de contrat doit contenir les éléments suivants : définition des besoins, exigences essentielles du contrat, justification du recours à un fournisseur sélectionné à l'avance. Il doit aussi prévoir le droit pour un fournisseur potentiel désirant obtenir ce contrat de déposer un document intitulé « Énoncé des capacités » afin de s'identifier comme un fournisseur intéressé à réaliser le contrat, tout comme la manifestation d'intérêt prévue à la LCOP.

⁷ *FreeBalance inc. c. Agence du revenu du Canada*, 2012, CanLII 27587 (CA TCCE), par. 43

⁸ Id, par. 43-44

⁹ *Information Builders (Canada) Inc. c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2007 CanLII 39143 (CA TCCE), par. 20

¹⁰ *FreeBalance inc. c. Agence du revenu du Canada*, précité, note 7, par. 51

L'exigence d'expérience énoncée précédemment constitue le seul obstacle à une réelle mise en concurrence entre soumissionnaires potentiels. Par ailleurs, il ne constitue pas en soi un obstacle à la réalisation du contrat.

Ce constat semble à tout le moins implicitement partagé par Parc olympique, qui ne remet pas en doute la compétence du plaignant et d'autres entreprises dans ce domaine de réaliser un ouvrage comme celui visé par le contrat. L'enjeu semble davantage lié à la volonté de Parc olympique de ne pas faire affaire avec une entreprise qui aurait « à faire ses classes ». En effet, lorsqu'il explique son rejet de la manifestation d'intérêt du plaignant, Parc olympique déclare dans sa réponse à l'AMP :

« En d'autres termes, (le plaignant), ou toute autre entreprise se manifestant dans le cadre d'un processus encadré d'appel d'offres pourrait-elle réaliser ce projet malgré qu'elle ne rencontre [*sic*] pas les exigences expérientielles demandées par le (Parc olympique) aux termes de son Avis d'intention? La réponse est : "peut-être". La réponse complète et sûre ne pourrait toutefois être donnée qu'à l'issue de la réalisation des travaux par cette entreprise... »

Parc olympique confirme ainsi que le plaignant et d'autres entreprises que celle visée par le Parc olympique dans son avis d'intention peuvent réaliser le contrat, même si elles ne se qualifient pas selon l'exigence d'expérience. Par ailleurs, dans sa réponse à la demande d'observations de l'AMP, Parc olympique justifie l'importance de ce critère en référant à d'autres projets similaires dans le monde, dont une attraction à Auckland (Nouvelle-Zélande), où un incident sérieux a eu lieu en 2013. En appliquant le critère tel qu'énoncé dans l'avis d'intention et malgré les besoins exprimés de sécurité et de réduction de risques évitables, l'entreprise ayant réalisé le projet d'Auckland pourrait se qualifier aux fins de l'avis d'intention du Parc olympique puisque l'incident date de 2013 et, par conséquent, l'entreprise répond au critère d'« absence complète d'incident significatif au cours des cinq (5) dernières années ». Ainsi, la possibilité d'une réelle mise en concurrence est vraisemblable.

B) Autres motifs au soutien de la décision de Parc olympique

Le Parc olympique reproche aussi au plaignant un manque de détails quant aux deux exigences¹¹ qui suivent :

« 2. La fabrication du système de protection duquel le public ne pourrait s'extraire aisément »

« 6. Le développement de la formation à l'intention des visiteurs »

Reprenant les principes développés par le TCCE, l'AMP souligne que l'avis d'intention de Parc olympique ne fournit aucune indication quant au niveau de détails requis pour ces deux exigences, ni comment un fournisseur pourrait présenter une solution que Parc

¹¹ Avis 1486711 publié sur le site du SEAO, page 2.

olympique jugerait acceptable. Il est tout à fait raisonnable que la manifestation d'intérêt du plaignant ne prenne pas la forme d'une présentation exhaustive, puisque le projet de Parc olympique lui-même n'est que sommairement décrit en quatre pages, sans l'insertion de plan du projet, de devis technique ou de référence à ceux-ci. Dans sa plainte à l'AMP, le plaignant mentionne d'ailleurs les difficultés qu'il a rencontrées pour présenter une solution conforme, celui-ci ne pouvant déterminer comment serait évaluée sa manifestation d'intérêt. Concernant les exigences précitées de l'avis d'intention, le plaignant explique à l'AMP qu'il est tout à fait possible pour lui de développer un harnais adapté à l'exigence du point 2, que le fait d'offrir de la formation pour les systèmes de protection contre les chutes fait partie de son offre de services habituelle et qu'il répondrait ainsi au point 6.

Compte tenu des faits et des principes qui précèdent, l'AMP conclut que le plaignant a démontré sa capacité à réaliser le contrat et, par conséquent, qu'il n'est pas justifié pour Parc olympique de recourir au régime d'exception d'octroi d'un contrat de gré à gré.

3.2 Est-ce que Parc olympique a réussi à démontrer qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public pour le contrat qu'il veut octroyer de gré à gré?

L'AMP constate, à la lumière de l'avis d'intention produit, que Parc olympique justifie l'octroi du contrat de gré à gré en fonction de la règle d'exception établie par l'article 13 (4) de la LCOP, selon laquelle il est permis de déroger au principe de l'appel d'offres public, lorsqu'« un organisme public estime qu'il lui sera possible de démontrer, compte tenu de l'objet du contrat et dans le respect des principes énoncés à l'article 2 de la LCOP, qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public ». Les principes établis à l'article 2 de la LCOP ont notamment pour objet de promouvoir « le traitement intègre et équitable des concurrents » et « la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ».

Dans son avis d'intention, Parc olympique précise qu'un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public considérant ses besoins pour « la sécurité optimale des usagers et l'élimination à la source de tous les facteurs de risques évitables »¹².

Pour déterminer si Parc olympique était en droit de recourir à l'exception prévue par l'article 13 (4) de la LCOP, celui-ci doit démontrer que cette décision est justifiée par l'objet du contrat et qu'elle respecte les principes établis par l'article 2 de cette même loi. Une telle démonstration peut également s'inspirer des principes établis au traité de l'Accord de libre-échange canadien (« ALEC »)¹³, qui sont applicables au Parc olympique¹⁴.

¹² Id.

¹³ *Accord de Libre-Échange Canadien*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2017, www.cfta-alec.ca

¹⁴ Voir le « Tableau synthèse de l'Assujettissement aux accords de libéralisation des marchés publics des ministères et des organismes du gouvernement ou de l'Assemblée nationale », <https://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/cadre-normatif-de-la-gestion-contractuelle/accords-de-liberalisation/tableaux-synthese/>

En effet, l'ALEC prévoit des cas spécifiques où un appel d'offres public ne servirait pas l'intérêt public, notamment lorsqu'aucune soumission conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres n'a été présentée¹⁵ ou lorsqu'aucun fournisseur ne satisfait aux conditions de participation considérées indispensables pour le contrat¹⁶. En somme, pour s'acquitter des exigences requises pour les fins de l'application de l'article 13 (4), Parc olympique doit démontrer que le recours à ce régime d'exception s'impose vu l'absence d'un autre fournisseur pour répondre aux conditions du contrat à réaliser, mais il doit aussi démontrer qu'il n'a pas pour objet d'éviter la concurrence entre fournisseurs ou d'établir une discrimination entre ceux-ci¹⁷.

À la lecture de l'avis d'intention de Parc olympique, de la manifestation d'intérêt du plaignant et des observations recueillies, l'AMP est en mesure de conclure que Parc olympique n'a pas démontré qu'un appel d'offres n'était pas justifié dans les circonstances et qu'il lui était nécessaire de recourir à l'exception que constitue l'octroi de contrat de gré à gré.

En effet, tel que mentionné à la sous-section précédente, l'existence de l'exigence d'expérience n'est pas essentielle à la réalisation de l'ouvrage, puisqu'il n'est pas en soi garant de la compétence. L'analyse de la manifestation d'intérêt révèle que plusieurs éléments mis de l'avant par le plaignant répondent aux exigences techniques, ainsi qu'aux besoins de sécurité exprimés par Parc olympique dans son avis d'intention. En outre, l'AMP constate, à la lumière des informations obtenues dans le cadre de sa vérification, que le plaignant, ainsi que l'entreprise visée par Parc olympique dans son avis d'intention, sont toutes deux des entreprises spécialisées dans le domaine des structures en hauteur et en protection contre les chutes; la différence entre le plaignant et l'entreprise visée par l'avis d'intention se limiterait donc au fait que cette dernière aurait complété un seul projet destiné au grand public et similaire à celui que veut faire réaliser Parc olympique.

4. Conclusion

VU le principe général de procéder par appel d'offres public pour l'octroi de contrats d'organismes publics, conformément à l'article 10 de la LCOP;

VU la nécessité de respecter les principes de transparence, ainsi que de traitement intègre et équitable des concurrents, conformément à l'article 2 de la LCOP;

VU les cas d'exception établis par l'article 13 de la LCOP, en vertu desquels il est possible d'octroyer des contrats de gré à gré;

VU la publication de l'avis d'intention de conclure un contrat de gré à gré en vertu de l'article 13 (4) la LCOP;

¹⁵ ALEC, précité, note 13, art. 513 1a) i)

¹⁶ Id., art. 513 1a) iv) et art. 507 1

¹⁷ Id., art. 513 1

VU l'article 13.1 de la LCOP, lequel établit le droit des fournisseurs intéressés par l'avis d'intention de déposer une manifestation d'intérêt à réaliser le contrat;

VU la manifestation d'intérêt du plaignant par rapport aux besoins et aux obligations du contrat décrit par l'avis d'intention;

EN CONSÉQUENCE, conformément à l'article 29 (2) de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, l'AMP

ORDONNE à la Société de développement et de mise en valeur du Parc olympique de ne pas donner suite à son intention de conclure de gré à gré le contrat public identifié au SEAO sous le numéro de référence 1486711 et de recourir à l'appel d'offres public s'il entend conclure ce contrat.

Conformément à l'article 67 de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, tout contrat public conclu par la Société de développement et de mise en valeur du Parc olympique en contravention de la présente ordonnance pourrait être résilié de plein droit à compter de la réception, par celle-ci, d'une notification de l'AMP à cet effet.

La présente décision prend effet ce jour.

Fait le 16 juin 2021

Yves Trudel
Président-directeur général
ORIGINAL SIGNÉ