

MARCHÉS PUBLICS

Par Brenda Swick





MARCHÉS PUBLICS

Chaque année, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et les administrations municipales au Canada achètent plus de 150 milliards de dollars de produits et services.

Les marchés publics du gouvernement fédéral sont régis par l'*Accord sur les Marchés Publics* de l'Organisation mondiale du commerce et par le chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*. Les principales lois et politiques qui s'appliquent aux contrats fédéraux d'approvisionnement en produits et services comprennent, notamment la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le *Règlement sur les marchés de l'État*, le volume « Marchés » du manuel du Conseil du Trésor, la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* et le *Guide des clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA)*. Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) se charge de la plupart des achats des ministères responsables.

Les pratiques de passation des marchés et les attributions de marchés des gouvernements fédéral et provinciaux, des administrations municipales et des milieux universitaires, scolaires et hospitaliers sont régies par l'*Accord sur le commerce intérieur*. Cet accord vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, peu importe leur province ou territoire d'origine. Il ne s'applique pas aux fournisseurs étrangers; toutefois, les fournisseurs étrangers ayant des bureaux au Canada, des filiales canadiennes ou leurs distributeurs canadiens peuvent bénéficier de cet accord.

Les pratiques d'appel d'offres et les attributions de marchés des gouvernements provinciaux et territoriaux sont régies par les obligations et protections procédurales prévues dans l'*Accord sur les marchés publics entre le Canada et les États-Unis*.

Chaque province et territoire a sa propre législation en la matière variant

LES MARCHÉS
PUBLICS DU
GOUVERNEMENT
FÉDÉRAL SONT RÉGIS
PAR L'ACCORD SUR
LES MARCHÉS
PUBLICS DE
L'ORGANISATION
MONDIALE DU
COMMERCE ET PAR LE
CHAPITRE 10 DE
L'ACCORD DE LIBRE-
ÉCHANGE NORD-
AMÉRICAIN.



à différents degrés en complexité et formalité. Par exemple, en Ontario, aux termes de la *Loi sur le ministère des Services gouvernementaux*, le gouvernement provincial doit suivre les politiques et directives établies par le Conseil de gestion du gouvernement à l'égard de marchés publics pour la construction, la rénovation ou la réparation d'un ouvrage public. En Ontario, le ministère des Services gouvernementaux est chargé de l'élaboration de la politique-cadre en matière de marchés publics, notamment des lignes directrices, pour le gouvernement de l'Ontario. Les politiques en matière de marchés publics de l'Ontario prévoient notamment un système électronique d'appel d'offres, un traitement sans préférence à l'égard des fournisseurs locaux et une politique régissant les conflits d'intérêts. En Ontario, les marchés publics dans le secteur parapublic, notamment les conseils scolaires et hôpitaux, sont régis par la *Directive en matière d'approvisionnement dans le secteur parapublic* qui comprend un Code d'éthique pour la gestion de la chaîne d'approvisionnement et 25 exigences obligatoires.

Les processus de passation des marchés publics municipaux sont en général régis par la common law et codifiés dans les règlements administratifs, politiques en matière de marchés publics et procédures d'achat municipaux. Certaines lois provinciales, comme la *Loi de 2001 sur les municipalités* de l'Ontario, obligent les municipalités à établir des politiques en matière d'approvisionnement de produits et services.

Le gouvernement canadien a récemment signé l'*Accord économique et commercial global Canada-Union européenne*, qui ouvre sensiblement le marché de l'approvisionnement des gouvernements provinciaux, des administrations municipales et des services publics aux fournisseurs européens. L'accord prévoit des normes strictes régissant la conduite des appels d'offres et les attributions de marchés publics fédéraux, provinciaux et municipaux.

LE GOUVERNEMENT
CANADIEN A
RÉCEMMENT
SIGNÉ L'ACCORD
ÉCONOMIQUE ET
COMMERCIAL GLOBAL
CANADA-UNION
EUROPÉENNE, QUI
OUVRE SENSIBLEMENT
LE MARCHÉ DE
L'APPROVISIONNEMENT
DES GOUVERNEMENTS
PROVINCIAUX, DES
ADMINISTRATIONS
MUNICIPALES ET DES
SERVICES PUBLICS AUX
FOURNISSEURS
EUROPÉENS.



Les principales obligations en matière de marchés publics communes à l'ensemble des accords commerciaux comprennent, notamment une interdiction d'exercer une discrimination fondée sur le pays et/ou la province d'origine; un processus d'appel d'offres ouvert et transparent et un processus d'approvisionnement concurrentiel et équitable.

Certains seuils monétaires minimums et sujets exclus doivent être pris en considération. Les seuils monétaires diffèrent d'un accord commercial à l'autre, peuvent fluctuer d'une année à l'autre et varient selon le type de contrat et dans certains cas selon l'entité acheteuse.

En ce qui a trait à l'approvisionnement militaire au Canada, en vertu de la *Loi sur la production de défense* (LPD), l'administration de la LPD relève du ministre des TPSGC qui a le pouvoir exclusif de faire l'acquisition, notamment par achat, du matériel de défense et de construire les ouvrages de défense que requiert le ministère de la Défense nationale.

Des exigences de sécurité s'appliquent aux particuliers, aux installations et aux marchandises et technologies contrôlées. Le Programme de sécurité industrielle prévoit des enquêtes de sécurité au sujet des entrepreneurs avant que ne leur soient confiés de l'information et des biens classifiés et protégés du gouvernement. Le Programme des marchandises contrôlées est le programme national de sécurité industrielle du Canada. Il prévient la

LES MARCHÉS PUBLICS DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL SONT ASSUJETTIS À UNE ABONDANCE DE PROCÉDURES ALLANT DE L'APPEL D'OFFRES OFFICIEL AU MARCHÉ DE GRÉ À GRÉ.

prolifération de la technologie et des biens tactiques et stratégiques, dont la technologie des missiles, le matériel militaire et la propriété intellectuelle qui s'y rattachent. Notre cabinet est inscrit au Programme des marchandises contrôlées et est autorisé à recevoir des marchandises et des technologies contrôlées. Le Programme mixte d'agrément protège contre des adversaires communs les données techniques militaires importantes non classifiées, mais autorise la circulation de ces données dans les entreprises américaines et canadiennes du secteur privé qui en ont véritablement besoin.

Les marchés publics du gouvernement fédéral sont assujettis à une abondance de procédures allant de l'appel d'offres officiel au marché de gré à gré. En pratique, ce sont surtout les demandes de propositions, les



offres permanentes et les accords d'approvisionnement qui dominant. On peut aussi établir une liste des soumissionnaires admissibles par voie de demandes de qualification dans le cas de marchés plus complexes et de grande valeur.

Le devis descriptif doit être rédigé de manière à optimiser la concurrence, sauf s'il est nécessaire d'imposer des restrictions pour répondre aux besoins opérationnels légitimes du gouvernement.

La législation sur les marchés publics prévoit en général que pour être retenue, une soumission doit respecter toutes les exigences obligatoires énoncées dans la demande de propositions. En général, un marché est attribué au soumissionnaire admissible dont la soumission est recevable aux termes de la demande de propositions ou de l'appel d'offres et est la plus avantageuse pour le gouvernement eu égard uniquement au prix et à des facteurs autres que le prix énoncés dans le document d'appel d'offres. Les soumissionnaires qui sont radiés, suspendus ou déclarés non admissibles ne peuvent être retenus. Il existe en outre des procédures qui permettent à un ministère d'établir des exigences de présélection qui visent à exclure les soumissionnaires non admissibles.

Des modifications mineures peuvent être apportées à un marché existant; toutefois, des modifications majeures exposent l'entité acheteuse à des risques d'ordre juridique en vertu des accords commerciaux et de la common law.

Dans les marchés gouvernementaux, il est en général interdit de transférer un marché existant à un autre fournisseur sans la permission écrite expresse de l'entité acheteuse. La prolongation d'un marché existant ne nécessite en général pas un nouvel appel d'offres si le marché original prévoit expressément une option de prolongation.

Les achats du gouvernement fédéral sont assujettis au mécanisme de contestation des offres du Canada qui relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Le TCCE est autorisé à mener des enquêtes visant à vérifier que les entités acheteuses fédérales respectent les accords commerciaux. Le TCCE exige qu'une plainte soit déposée dans les dix jours ouvrables de la date à laquelle le plaignant a connaissance ou aurait dû avoir connaissance des motifs de la plainte.

Si le TCCE établit qu'un appel d'offres, une attribution projetée d'un



marché ou un marché ne respecte pas les exigences de la législation ou d'un accord commercial international, il peut recommander que l'entité contractante, généralement TPSGC, prenne des mesures correctives, notamment les suivantes : résilier le contrat, procéder à un nouvel appel d'offres, attribuer le marché au plaignant ou verser une indemnité au plaignant pour manque à gagner. Le TCCE peut aussi recommander que l'organisme contractant rembourse au plaignant la totalité des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres et des frais associés au dépôt et à la poursuite de la contestation.

Les autorités provinciales et municipales ont leur propre mécanisme de contestation des offres.

Les cours supérieures fédérales et provinciales peuvent aussi entendre les demandes de soumissionnaires faisant valoir que les appels d'offres ont été menés en violation de leurs droits en common law fondés sur un contrat ou la responsabilité délictuelle. Tous les marchés publics des entités fédérales, provinciales et municipales relèvent de la compétence des tribunaux et de la common law en vertu du principe du « contrat A » et du « contrat B ». Les tribunaux ont statué que lorsqu'un soumissionnaire conforme répond à un appel d'offres, un contrat théorique appelé le « contrat A » est formé. L'une des clauses de ce « contrat A » stipule que le soumissionnaire, s'il est retenu, est tenu de remplir les conditions de son offre en concluant le « contrat B » qui est le contrat relatif à l'exécution du travail visé. Toutefois, pendant le processus d'appel d'offres, les parties sont régies par les règles expressément prévues dans les documents d'appel d'offres. L'entité gouvernementale acheteuse a aussi un certain nombre d'obligations implicites envers les soumissionnaires d'un « contrat A », notamment celles d'offrir des conditions équitables de concurrence, de divulguer tous les renseignements nécessaires, de refuser les soumissionnaires non conformes, d'attribuer le marché au soumissionnaire gagnant et d'attribuer le marché conformément à l'offre.

POUR OBTENIR DE PLUS AMPLES RENSEIGNEMENTS,

VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC :

Brenda Swick

416-601-7545

bswick@mccarthy.ca