

Rétrospective de l'année 2022 en droit des marchés publics

mccarthy
tetrault

En 2022, le commerce mondial a commencé à se remettre lentement des effets de la pandémie de COVID-19, comme le montre le déblocage graduel des chaînes d’approvisionnement et des activités des marchés publics pour revenir à un niveau plus proche de la normalité. Toutefois, l’invasion de l’Ukraine par la Russie, les menaces pour la sécurité mondiale et le virage vers le protectionnisme commercial, conjugués à l’inflation, ont créé de nouveaux défis sur le front de l’approvisionnement. Ces conditions marquent un changement profond, et probablement durable, par rapport aux années prépandémie caractérisées par une productivité en hausse et des chaînes d’approvisionnement « juste à temps » mondialisées. Du fait de la complexité croissante de leur environnement, il est primordial pour les acheteurs et les fournisseurs de se tenir au fait des développements récents en droit des marchés publics, y compris les mises à jour des lois et des politiques et les décisions les plus récentes rendues par les tribunaux administratifs et judiciaires.

Nous avons élaboré un guide pratique des développements survenus en droit des marchés publics en 2022. Nous y passons en revue les principaux changements apportés aux politiques et méthodes d’approvisionnement par les acheteurs publics canadiens et présentons une analyse approfondie des nouvelles décisions rendues par les tribunaux administratifs, la Cour fédérale et différentes cours de justice provinciale dans le domaine du droit des marchés publics.



TABLE DES MATIÈRES

Événements clés à l'échelle fédérale	1
Ontario : une année de changements.....	6
Dans son rapport, le vérificateur général de l'Alberta préconise des améliorations à la surveillance des marchés publics	8
Colombie-Britannique et Saskatchewan : le point sur la jurisprudence clé.....	10
Québec : développements législatifs récents et revue de la jurisprudence	11



Événements clés à l'échelle fédérale

MODIFICATIONS APPORTÉES AUX POLITIQUES SUR LES MARCHÉS PUBLICS

En juin 2021, Services publics et approvisionnement Canada (« SPAC ») avait annoncé des modifications au Programme de sécurité des contrats. Dans le cadre de la première phase des modifications, celles touchant le processus d'enquête de sécurité sur le personnel ont été mises en œuvre en octobre 2021. Le 2 mai 2022, SPAC a mis en œuvre la deuxième phase de son plan de modifications du Programme de sécurité des contrats, axée sur le processus d'enquête de sécurité sur les organisations. Les modifications prévues dans le cadre de cette deuxième phase déplacent le centre d'intérêt sur les organisations participant activement au processus d'approvisionnement, ayant comme objectifs de raccourcir les délais de traitement, de réduire le fardeau administratif imposé à l'industrie, de simplifier le processus de sous-traitance et d'améliorer la compétitivité de l'industrie canadienne sur les marchés de la défense et de la sécurité internationales. En apportant ces modifications au Programme de sécurité des contrats, SPAC entend améliorer les normes de sécurité et harmoniser le processus d'enquête de sécurité avec celui des partenaires étrangers partageant les mêmes idées.

L'année dernière a également été celle de la transition vers la mise en œuvre totale de la nouvelle Directive sur la gestion de l'approvisionnement (la « Directive ») remplaçant la Politique sur les marchés et la Politique sur la prise de décisions concernant la limitation de la responsabilité des entrepreneurs dans les marchés de l'État. Les ministères fédéraux avaient jusqu'au 13 mai 2022 pour mettre intégralement en œuvre cette Directive, même si elle était entrée en vigueur le 13 mai 2021. La nouvelle Directive a pour but de rationaliser les politiques antérieures en privilégiant une approche centrée sur les principes clés des marchés publics, tels que l'équité, l'ouverture et la transparence, plutôt que sur des exigences normatives orientées vers le processus. La nouvelle Directive privilégie la simplification des appels d'offres et des documents d'appel d'offres, notamment en limitant le nombre de critères techniques obligatoires à ceux estimés essentiels. De plus, elle prévoit expressément que les autorités contractantes doivent, dans toute la mesure possible, tenir compte du rendement antérieur à l'étape de l'évaluation de la capacité du soumissionnaire de livrer les produits ou les services.



De plus, elle prévoit expressément que les autorités contractantes doivent, dans toute la mesure possible, tenir compte du rendement antérieur à l'étape de l'évaluation de la capacité du soumissionnaire de livrer les produits ou les services.

Par ailleurs, en janvier 2022, le gouvernement fédéral a annoncé un plan exhaustif pour favoriser la diversité des fournisseurs. Le Plan d'action pour la diversité des fournisseurs énonce les mesures à prendre pour accroître la participation des entreprises membres de groupes sous-représentés au processus d'approvisionnement du gouvernement fédéral, y compris offrir des services améliorés pour aider ces groupes à mieux connaître ce système. L'un de ces services est un nouveau programme d'accompagnement des fournisseurs de groupes sous-représentés dont les soumissions à des contrats fédéraux ont



été peu fructueuses. Le service d'accompagnement a été lancé en mai 2022 et aidera les fournisseurs à surmonter certains des obstacles les plus couramment observés dans l'approvisionnement ainsi que les difficultés qu'ils ont déjà éprouvées à l'étape des soumissions.

DÉCISIONS NOUVELLES ET SAILLANTES

Les jugements des tribunaux fédéraux en 2022 ont souligné les limites du processus de plainte en matière d'approvisionnement couvert par l'exemption au titre de la sécurité nationale et réaffirmé les pouvoirs du Tribunal canadien du commerce extérieur et la déférence dont la Cour fédérale doit faire preuve à l'égard de ses décisions.

Dans *Thales Canada Inc.*, 2022 CanLII 26909, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « Tribunal ») était saisi d'une plainte déposée par Thales à l'égard d'un marché public passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (« TPSGC ») au nom du ministère de la Défense nationale. Thales alléguait qu'il lui avait été impossible de déposer sa soumission sans avoir commis de faute, en raison d'un problème technique lié à la plateforme « Connexion postel » de Postes Canada. TPSGC avait refusé d'accepter la soumission de Thales par courriel et avait rejeté toute responsabilité à l'égard du problème technique du système Connexion postel. Thales soutenait que les circonstances dans lesquelles elle s'était trouvée étaient injustes et que, par conséquent, TPSGC avait agi à l'encontre de ses obligations aux termes de l'Accord de libre-échange canadien (l'« ALEC ») et de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (l'« AECG »).

La plainte avait finalement été rejetée aux termes des paragraphes 10(2) et (3) du Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics (le « Règlement »). Une exception au titre de la sécurité nationale (une « ESN ») avait été invoquée pour le marché public, exemptant celui-ci de toutes les obligations énoncées dans tous les accords commerciaux. Compte tenu des modifications apportées au Règlement en 2019, le Tribunal n'avait aucun pouvoir discrétionnaire d'interprétation dans de telles circonstances. Lorsqu'une ESN était invoquée de la façon prévue au Règlement et dans les délais prescrits par ce dernier, le Tribunal était tenu de rejeter toute plainte, sans égard au bien-fondé de la cause. De surcroît, le Tribunal ne pouvait pas « lever le voile » pour contrôler la justification de l'invocation de l'ESN. D'après le ton de la décision, il semble que le Tribunal aurait été disposé à intervenir s'il n'avait pas eu les mains liées. Le Tribunal a souligné qu'il s'agissait d'une occasion manquée d'examiner davantage les problèmes avec la plateforme Connexion postel et a invité TPSGC à se pencher sur les questions soulevées par Thales et à prendre toute mesure appropriée.

Dans la décision *Pacific Northwest Raptors Ltd.*, 2022 CanLII 27511, le Tribunal a fait enquête sur une plainte concernant un autre marché public passé par TPSGC au nom du ministère de la Défense nationale. L'affaire portait sur une sollicitation de services de contrôle de la faune pour un aéroport militaire en Nouvelle-Écosse. Dans sa plainte, Pacific Northwest Raptors Ltd. (« PNWR ») alléguait un certain nombre de lacunes dans l'évaluation de son offre par TPSGC conformément aux clauses de l'appel de propositions, dont les suivantes :



1) l'évaluation avait été fondée sur des critères non divulgués, 2) l'équipe d'évaluation n'avait pas réussi à s'entendre sur une note consensuelle comme l'exigeait la méthodologie d'évaluation, 3) la méthodologie d'évaluation utilisée était moins favorable à PNWR qu'à d'autres soumissionnaires, et 4) les résultats de l'évaluation et le niveau de divulgation accordé par TPSGC soulevaient des doutes en ce qui concerne la transparence et l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics.

des trois évaluateurs avait estimé que trois déclarations dans la proposition de PNWR constituaient des « signaux d'alarme », ne démontrant qu'une compréhension partielle du travail qui devait être fourni à la base aérienne et par conséquent, avait accordé un nombre de points inférieur pour l'évaluation de certains critères techniques de l'offre. Après analyse, le Tribunal a conclu que l'évaluation en cause était déraisonnable et qu'il n'existait aucun motif de conclure que PNWR n'avait pas bien compris le travail

à effectuer. Même si tous les points avaient été accordés à PNWR en regard des critères en question, sa note n'aurait pas augmenté suffisamment pour être la cote combinée la plus élevée relativement au mérite technique et au prix et pour se voir attribuer le contrat. Le Tribunal a néanmoins conclu que le fait que TPSGC n'ait pas pleinement appliqué sa méthodologie d'évaluation des soumissions justifiait l'imposition

d'une forme quelconque de mesure corrective. Il a donc recommandé à TPSGC de lancer un nouvel appel d'offres à la fin de la durée du contrat, soit un an, au lieu d'exercer l'option de le prolonger pour une autre année.



Le Tribunal a néanmoins conclu que le fait que TPSGC n'ait pas pleinement appliqué sa méthodologie d'évaluation des soumissions justifiait l'imposition d'une forme quelconque de mesure corrective. Il a donc recommandé à TPSGC de lancer un nouvel appel d'offres à la fin de la durée du contrat, soit un an, au lieu d'exercer l'option de le prolonger pour une autre année.

Tout en rejetant l'essentiel de la réclamation de PNWR, le Tribunal a conclu que l'allégation selon laquelle la méthodologie d'évaluation était moins favorable à PNWR qu'à d'autres soumissionnaires était en partie fondée. Un



Pacific Northwest Raptors Ltd. v. Canada (Attorney General), 2022 CAF 76

Dans une réclamation distincte portant sur une soumission de PNWR pour la prestation de services de contrôle de la faune dans des bases aériennes de l'Ontario, PNWR avait présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de deux décisions du Tribunal, alléguant des manquements



La Cour a souligné que le rôle du Tribunal lorsqu'il fait enquête n'est pas de réévaluer une soumission, mais de déterminer si la conclusion des évaluateurs était raisonnable.

à l'équité procédurale et le caractère déraisonnable des décisions. La Cour fédérale d'appel a rejeté la demande de PNWR dans son intégralité. La Cour a jugé non fondées les allégations de manquement à l'équité procédurale, notant en outre qu'il serait inapproprié de donner raison à PNWR à cet égard. En effet, PNWR n'avait pas allégué la question du manquement à l'équité procédurale devant le Tribunal et ne l'avait invoqué qu'au stade de l'appel. S'agissant du caractère raisonnable, la Cour s'en est remise au jugement du Tribunal relativement aux deux décisions.

La Cour a souligné que le rôle du Tribunal lorsqu'il fait enquête n'est pas de réévaluer une soumission, mais de déterminer si la conclusion des évaluateurs était raisonnable. Dans la première décision visée par la demande de contrôle judiciaire, les évaluateurs avaient conclu que PNWR n'avait pas satisfait aux critères obligatoires pour la soumission, et la Cour a déterminé

qu'aucun élément au dossier ne permettait de conclure au caractère déraisonnable de cette évaluation. La Cour a statué que la mesure corrective imposée par le Tribunal, c'est-à-dire la recommandation de résilier le contrat avec PNWR et d'octroyer un nouveau contrat au soumissionnaire concurrent, était également raisonnable. Dans

cette affaire, les normes d'évaluation étaient clairement énoncées dans la demande de propositions et il avait été conclu que PNWR ne satisfaisait pas aux normes en regard de certains critères obligatoires. En outre, PNWR n'avait présenté aucun argument étayant son affirmation selon laquelle l'octroi du marché au seul soumissionnaire concurrent était déraisonnable.



Ontario : une année de changements

Les politiques d'approvisionnement de l'Ontario ont suivi la tendance mondiale de repli, comme le montre l'adoption d'une nouvelle législation protectionniste visant à favoriser les entreprises locales. Par ailleurs, la Cour divisionnaire a confirmé sa compétence à l'égard de contestations de décisions en matière d'approvisionnement provincial aux termes de l'« AECG », offrant ainsi aux fournisseurs une nouvelle voie de recours.

MODIFICATIONS APPORTÉES AUX POLITIQUES SUR LES MARCHÉS PUBLICS

En mars 2022, le gouvernement de l'Ontario a lancé son Initiative de développement des entreprises ontariennes (l'« IDEO »), laquelle « réduira les obstacles et offrira aux entreprises ontariennes un meilleur accès aux marchés publics ». L'instrument central autour duquel s'articule l'IDEO est la Loi de 2022 sur l'initiative favorisant l'essor des entreprises ontariennes, L.O. 2022, chap. 2, annexe 2 (la « Loi sur l'IDEO »). Lorsqu'elle sera en vigueur (à une date qui n'est pas encore annoncée), la Loi sur l'IDEO obligera les acheteurs du secteur public de l'Ontario à accorder la préférence aux entreprises ontariennes lorsqu'elles mènent des processus d'approvisionnement en biens et services en dessous d'un montant seuil précisé.

La Loi sur l'IDEO aura des répercussions importantes sur les marchés publics, même si l'on ignore encore ses modalités de mise en œuvre. Selon les communiqués de presse émis par le gouvernement de l'Ontario lui-même, la Loi sur l'IDEO permettra d'attribuer annuellement des contrats d'une valeur d'au moins 3 milliards \$ à des entreprises ontariennes d'ici 2026. Les entreprises auxquelles une « préférence » n'est pas accordée au sens de la Loi sur l'IDEO pourraient perdre des marchés publics d'une valeur considérable.

De plus, le texte de la Loi sur l'IDEO est très succinct. La Loi sur l'IDEO énonce l'objectif général d'« accorde[r] la préférence aux entreprises ontariennes conformément aux règlements » qui seront pris par le lieutenant-gouverneur en conseil. Le contenu et le cadre de cette réglementation ne sont pas encore connus et feront certainement l'objet de démarches de lobbying par les parties prenantes. Les parties intéressées devront attendre la promulgation de la Loi sur l'IDEO pour savoir quel sera le montant seuil en dessous duquel la Loi sur l'IDEO s'appliquera et pour obtenir d'autres renseignements clés comme les biens et services visés, la définition d'une « entreprise ontarienne » et la façon dont la « préférence » sera accordée aux entreprises ontariennes.

Selon le montant seuil adopté par règlement, la Loi sur l'IDEO pourrait contrevenir aux dispositions sur la non-discrimination

figurant dans les accords de libre-échange internationaux et interprovinciaux. Toutefois, on peut s'attendre à ce que l'Ontario fixe la valeur de ce seuil à un niveau inférieur à celui auquel de telles obligations lui sont imposées aux termes de l'AECG et des autres accords commerciaux.

Même si, au bout du compte, la Loi sur l'IDEO a une portée limitée, elle signale avec force la position plus protectionniste que le gouvernement de l'Ontario entend adopter dans le cadre de sa stratégie en matière de marchés publics.

LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

Depuis la publication en juin de la décision *Thales DIS Canada Inc. c. Ontario*, 2022 ONSC 3166, les parties engagées dans un litige en Ontario disposent enfin d'un mécanisme validé de règlement de leurs différends commerciaux avec le gouvernement provincial. L'affaire Thales portait sur les dispositions de non-discrimination de l'AECG. La question en litige était de savoir si l'Ontario avait contrevenu à ces dispositions de non-discrimination en exigeant des soumissionnaires d'un marché de production de cartes de permis de conduire et d'assurance maladie qu'ils produisent les cartes [traduction libre] « dans des installations sécurisées au Canada ». La Cour divisionnaire a conclu qu'une violation avait bel et bien été commise.

La demanderesse était la multinationale Thales, spécialiste de la sécurité, soit l'une des entreprises soumissionnaires pour le contrat de production de cartes de permis de conduire et d'assurance maladie. Thales souhaitait produire le matériel des cartes dans le cadre de ce marché dans son usine de Gdansk, en Pologne. La société avait déposé auprès du directeur de la Direction de la facilitation en matière de politiques et de programmes, Gestion de la chaîne d'approvisionnement Ontario, une plainte au motif que l'exigence de produire les cartes au Canada figurant dans l'appel d'offres de l'Ontario constituait une discrimination aux termes de l'AECG. En réponse, l'Ontario a fait valoir que l'exception au titre de la sécurité publique prévue dans l'AECG lui permettait d'imposer l'exigence de fabrication dans des installations canadiennes. Le directeur a donné raison à l'Ontario en concluant que l'exception au titre de la sécurité publique de l'AECG permettait à l'Ontario d'exiger la réalisation de la production dans des installations canadiennes. Thales a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de cette décision et de l'appel d'offres de l'Ontario lui-même.

En premier lieu, la Cour divisionnaire s'est déclarée compétente pour examiner la décision ainsi que l'appel d'offres. Cette conclusion relative à la compétence de la Cour divisionnaire résout la question de la voie de recours dont dispose une partie souhaitant contester une décision d'approvisionnement d'un gouvernement provincial au

motif de son incompatibilité avec l'AECG, cette question n'ayant jamais été tranchée depuis l'entrée en vigueur de l'AECG. Dans la décision Thales, la Cour divisionnaire a établi clairement que le mécanisme de contrôle judiciaire peut être utilisé pour contester tant la décision du directeur que l'appel d'offres lui-même. Toutefois, la Cour divisionnaire a énoncé un certain nombre de mises en garde importantes : lors du contrôle judiciaire d'une décision du directeur, la Cour divisionnaire peut uniquement accorder une mesure de redressement à l'égard d'un bref de certiorari ou de mandamus, ou encore d'une prohibition. De plus, la Cour divisionnaire peut examiner un appel d'offres uniquement s'il a été publié conformément à une décision de nature plus publique que privée, par exemple lorsque la publication d'un appel d'offres relève de l'intérêt public ou est obligatoire en raison d'une directive gouvernementale.

Après avoir établi sa compétence quant à l'examen de la décision et de l'appel d'offres afin de statuer sur leur incompatibilité avec l'AECG, la Cour divisionnaire s'est penchée sur le bien-fondé de la contestation de Thales. La Cour divisionnaire a conclu que la décision du Ministre de publier l'appel d'offres était déraisonnable, car aucun élément de preuve n'établissait que le Ministre avait tenu compte de l'AECG avant de publier un appel d'offres comportant une exigence de production nationale. En outre, la Cour divisionnaire a conclu que la décision de la directrice de rejeter la plainte de Thales était déraisonnable, car aucun élément de preuve n'établissait que le directeur s'était demandé si la production du





matériel des cartes sur le territoire national était réellement « nécessaire » (la norme imposée par l'AECG) pour protéger les intérêts de sécurité publique en jeu.

Le juge Corbett a rédigé une solide opinion concordante dans laquelle il a appuyé la conclusion de la majorité selon laquelle l'appel d'offres était déraisonnable, mais il s'est distingué de cette dernière en refusant d'emblée la compétence du directeur de rejeter la plainte de Thales. Selon le juge Corbett, une personne ayant compétence pour trancher un différend aux termes de l'AECG devrait

et inexplicable » de l'Ontario de nommer des personnes compétentes pour rendre des décisions aux termes de l'AECG avait été la cause véritable du litige dans l'affaire Thales. L'Ontario avait décidé de laisser le pouvoir décisionnel en matière de conformité commerciale entre les mains de décideurs dépourvus, à l'instar du directeur, de la moindre expertise en droit commercial international. La conséquence évidente de ce choix était que ces décideurs étaient incapables d'évaluer les types d'éléments de preuve pertinents dans les décisions en matière de commerce. Conséquemment, leurs décisions étaient inévitablement de piètre qualité.

La décision Thales a des incidences considérables. Les parties engagées dans un litige disposent finalement de directives claires sur les conditions donnant ouverture à un

contrôle judiciaire lorsqu'il est allégué qu'une décision en matière d'approvisionnement provincial a contrevenu à un traité. De surcroît, tant l'opinion majoritaire que l'opinion concordante soulèvent de sérieuses préoccupations quant au processus de règlement des différends aux termes de l'AECG. Ces préoccupations ressurgiront vraisemblablement dans les débats à venir sur les orientations stratégiques.



Après avoir établi sa compétence quant à l'examen de la décision et de l'appel d'offres afin de statuer sur leur incompatibilité avec l'AECG, la Cour divisionnaire s'est penchée sur le bien-fondé de la contestation de Thales.

nécessairement être « une autorité administrative ou judiciaire impartiale, qui est indépendante de s[on] entit[é] contractant[e] », conformément au paragraphe 19.17.4 de l'AECG. Si le directeur n'était pas impartial (comme l'a reconnu l'Ontario), il n'était alors pas habilité à rendre des décisions sur la conformité à l'AECG. Le juge Corbett aurait annulé sa décision pour défaut de compétence.

Le juge Corbett a par la suite indiqué, en des termes péremptaires, que le défaut [traduction libre] « flagrant

Dans son rapport, le vérificateur général de l'Alberta préconise des améliorations à la surveillance des marchés publics

L'événement le plus important en matière de droit des marchés publics en Alberta en 2022 a été la publication, en juin dernier, du Report of the Auditor General on Alberta Infrastructure Procurement Processes (Rapport du vérificateur général sur les processus d'approvisionnement d'Alberta Infrastructure, ci-après désigné comme le « Rapport du vérificateur général »). Cet examen a été réalisé en raison du fait qu'entre 2016 et 2020, le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta avait entrepris plus de 2 700 projets d'approvisionnement en construction d'une valeur totale d'environ 4,5 milliards \$. Compte tenu de l'ampleur des dépenses, le bureau du vérificateur général a entrepris une vérification pour s'assurer que les processus d'approvisionnement du ministère de l'Infrastructure de l'Alberta étaient concurrentiels et justes et que le rapport qualité-prix était satisfaisant pour les Albertains.

Le vérificateur général a procédé à l'examen d'un échantillon des 175 contrats d'une valeur totale de 1,1 milliard \$ qui avaient été adjugés par la division des projets d'immobilisation du ministère de l'Infrastructure de l'Alberta entre janvier 2016 et décembre 2020. Ces contrats portaient sur la construction d'écoles, d'établissements de santé et d'autres installations gouvernementales. Cette vérification a révélé que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne s'était pas conformé aux exigences du Procurement Accountability Framework (Cadre de responsabilité en matière d'approvisionnement) de l'Alberta, des accords commerciaux et des obligations émanant de la common law, à plusieurs égards importants. Le Rapport du vérificateur général a formulé un certain nombre de recommandations visant à améliorer les processus. Le fait de continuer de délaisser ces problèmes pourrait nuire à l'équité, à la transparence et à l'intégrité du régime des marchés publics de l'Alberta.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Documents d'appels d'offres et période de publication

Selon une recommandation clé du Rapport du vérificateur général, le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta « [traduction libre] devrait améliorer ses mesures de contrôle pour s'assurer que ses documents d'appels d'offres et ses périodes de publication sont conformes aux exigences des accords commerciaux ». Il est ressorti de la vérification que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne s'était pas conformé de manière systématique aux exigences en matière de périodes de publication des documents d'appel d'offres stipulées dans les différents accords commerciaux. Ainsi, conformément à certains accords, une période de publication minimale de 25 jours est imposée pour les approvisionnements concernant des projets de construction de plus de 9,1 millions \$. Parmi les 17 demandes de prix répondant à ces critères qui faisaient partie de l'échantillon examiné, seulement 9 demandes avaient été publiées pendant la période minimale de 25 jours. De plus, le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne disposait d'aucune ligne directrice stipulant la période de publication requise après un ajout ou une modification à un document d'invitation à soumissionner. Dans certains cas, le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta avait publié un addenda modifiant le devis d'un projet de construction deux jours ou moins avant la clôture de la période de publication.



Si l'entité contractante peut faire référence à des producteurs, des fournisseurs ou des fabricants dans ses spécifications de conception, ses documents de sollicitation doivent cependant indiquer qu'elle examinera aussi des services équivalents. Le Rapport du vérificateur général souligne que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta inclut souvent des fabricants dans ses spécifications de conception, mais n'indique pas systématiquement quels sont les équivalents acceptables. En effet, certains cas ont été relevés où il est expressément mentionné qu'aucun équivalent n'est autorisé.

Fait à souligner, des préoccupations ont été soulevées dans le Rapport du vérificateur général au sujet du mécanisme d'approbation des documents d'invitation à soumissionner. Ainsi, certains documents étaient approuvés même s'ils ne répondaient pas aux exigences des différents accords commerciaux alors que d'autres ne démontraient aucune indication selon laquelle un mécanisme d'approbation quelconque avait été utilisé.

Réception des soumissions

La vérification a également mis en lumière l'inefficacité du système de contrôle utilisé pour vérifier la réception éventuelle de formulaires de soumission avant la date limite de présentation des soumissions. Bien que la vérification n'ait pas révélé que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta avait rejeté ou accepté des soumissions de façon inappropriée en raison de ces lacunes, elle a établi que, dans certains cas, les formulaires de soumission avaient été égarés, contenaient des renseignements inexacts, avaient été examinés et vérifiés de façon inappropriée ou n'avaient pas été examinés en temps utile. Pour cette raison, le Rapport du vérificateur général a recommandé au ministère de l'Infrastructure de l'Alberta de prendre des mesures visant à accroître l'efficacité des systèmes de contrôle en place afin de garantir le dépôt des soumissions dans les délais prévus.

Protection de la confidentialité

Il est ressorti de la vérification que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne limitait pas l'accès des employés chargés de l'approvisionnement aux renseignements liés à l'approvisionnement en fonction de l'information que chacun des employés est tenu de connaître pour s'acquitter de ses responsabilités en lien avec l'approvisionnement. De surcroît, alors qu'en principe, les soumissions ne doivent pas être examinées avant la clôture du marché, le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne dispose d'aucun moyen de savoir si un employé a ouvert un formulaire de soumission électronique reçu par courriel avant la clôture. Ainsi, le Rapport du vérificateur général comporte une recommandation selon laquelle le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta devrait améliorer ses systèmes visant à restreindre l'accès aux renseignements sur l'approvisionnement afin d'assurer leur confidentialité.

Évaluation des soumissions

En outre, le vérificateur général a demandé au ministère de l'Infrastructure de l'Alberta d'améliorer ses contrôles d'évaluation des soumissions pour assurer la conformité aux exigences des propositions, cerner les conflits d'intérêts et fournir une documentation complète. Le cadre de responsabilité en matière d'approvisionnement de l'Alberta, les accords commerciaux applicables et la common law canadienne exigent que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta rejette les soumissions non conformes aux exigences des documents d'appel d'offres. Toutefois, la vérification a révélé que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta ne rejetait pas systématiquement les soumissions non conformes présentées en réponse à une demande de propositions. Sur les 58 marchés publics de l'échantillon examiné, 8 soumissionnaires n'avaient pas indiqué le nom du ministère de l'Infrastructure de l'Alberta sur la caution de soumission, alors qu'un seul d'entre eux avait été exclu. De



plus, il a été constaté que les soumissionnaires n'étaient pas correctement disqualifiés lors de conflits d'intérêts.

Un autre aspect préoccupant portait sur le fait que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta demandait aux soumissionnaires de divulguer uniquement les conflits d'intérêts potentiels; il ne les obligeait pas à déclarer l'absence de conflit d'intérêts. Enfin, le vérificateur général a conclu que le ministère de l'Infrastructure de l'Alberta avait suivi son processus d'évaluation de manière cohérente lors de l'examen des demandes de qualification, mais que la documentation fournie dans le cadre de l'exécution de ces évaluations pour justifier l'attribution des notes était inadéquate.



De plus, il a été constaté que les soumissionnaires n'étaient pas correctement disqualifiés lors de conflits d'intérêts.

Colombie-Britannique et Saskatchewan : le point sur la jurisprudence clé

Dans notre [Rétrospective de l'année 2021](#), nous avons commenté la décision *FORCOMP Forestry Consulting v British Columbia*, [2021 BCCA 465](#). Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur un nouveau délit potentiel d'inscription sur une « liste noire » dans un contexte des marchés publics. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance de rejeter la réclamation au motif qu'elle ne présentait aucune chance de succès parce qu'il ne s'agissait pas d'un délit existant et que la reconnaissance de ce nouveau délit ne constituerait pas [traduction libre] « une évolution graduelle du droit existant ». Après avoir essuyé deux refus, FORCOMP a présenté une demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême, laquelle a été rejetée avec dépens. Cela étant dit, comme nous l'avons souligné dans notre précédente rétrospective annuelle, FORCOMP a été autorisée à aller de l'avant relativement à ses autres allégations de complot et de faute dans l'exercice d'une charge publique.

Dans notre précédente rétrospective annuelle, nous avons également fait état du litige entre West-Can Seal Coating Inc. (« West-Can ») et le ministère de la Voirie et de l'Infrastructure de la Saskatchewan (le « Ministère »). West-Can alléguait que le Ministère avait fait preuve de discrimination à l'endroit des fournisseurs de l'extérieur de la province, en particulier en ce qui concerne les processus de notation et d'évaluation du Ministère. West-Can avait engagé une procédure d'arbitrage

conformément au mécanisme de réclamation relative à une offre prévu aux termes de l'Accord commercial du nouveau partenariat de l'Ouest. L'arbitre avait estimé que la conduite du Ministère contrevenait à un certain nombre de dispositions de l'ALEC et avait accordé à West-Can le paiement de ses frais liés à la procédure d'arbitrage et à la préparation de sa soumission.

Par la suite, le Ministère avait présenté une demande de contrôle judiciaire afin de faire annuler ou infirmer la sentence arbitrale au motif que l'arbitre avait enfreint les principes d'équité procédurale et rendu une sentence déraisonnable. En particulier, le Ministère alléguait que l'arbitre avait enfreint les principes d'équité procédurale et rendu une sentence déraisonnable pour les motifs suivants : 1) l'arbitre avait excédé sa compétence en matière d'arbitrage; 2) l'arbitre n'avait pas donné au Ministère l'occasion de répondre à la preuve et aux arguments de West-Can; 3) l'arbitre avait pris en compte des éléments de preuve non pertinents tout en omettant d'examiner des éléments de preuve essentiels et 4) l'arbitre avait rendu une décision totalement déraisonnable.

Dans la décision *Saskatchewan (Highways) v West-Can Seal Coating Inc.*, [2022 SKQB 43](#), rendue en février 2022, la Cour a noté que les parties avaient choisi d'assujettir leur procédure d'arbitrage au mécanisme de réclamation relative à une offre, lequel prévoit un droit de contrôle judiciaire applicable uniquement à l'égard des alinéas 46(1)(c) et (f) à (i) et du paragraphe 46(8) de l'*Arbitration Act, 1992* (SS 1992, c. A -24.1), s'il s'agit d'une entité gouvernementale de la Saskatchewan. Toutefois, la Cour a statué que les trois questions d'équité procédurale soulevées par le Ministère relevaient des dispositions donnant ouverture au droit limité de contrôle judiciaire, contrairement à celle du caractère déraisonnable de la décision. Après avoir examiné les questions d'équité procédurale par rapport à la norme du bien-fondé, la Cour a statué que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur et avait agi de manière équitable sur le plan de la procédure. Sans se prononcer sur la question du caractère raisonnable de la décision qui ne relevait pas de sa compétence, la Cour a cependant affirmé être d'avis que la sentence de l'arbitre était conforme à la description d'une décision raisonnable donnée dans l'affaire *Vavilov*. West-Can s'est vue accorder le paiement des frais de la demande.

Cette décision montre que les tribunaux confirmeront l'intégrité du processus d'arbitrage et vient renforcer l'utilité et l'intérêt de ce mécanisme pour les fournisseurs souhaitant obtenir un contrôle judiciaire de décisions gouvernementales conférant des avantages indus aux économies locales. Elle devrait aussi donner à réfléchir aux autorités en matière de marchés publics envisageant d'adopter une approche protectionniste.



Québec : développements législatifs récents et revue de la jurisprudence

PROJET DE LOI NO 12 : MODIFICATIONS IMPORTANTES APPORTÉES À LA LOI SUR LES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS

Le 2 juin 2022, le projet de loi no 12, *Loi visant principalement à promouvoir l'achat québécois et responsable par les organismes publics, à renforcer le régime d'intégrité des entreprises et à accroître les pouvoirs de l'AMP* (le « Projet de loi no 12 ») a été adopté par l'Assemblée nationale du Québec. En modifiant la *Loi sur les contrats des organismes publics* (la « LCOP »), le Projet de loi no 12 vise à favoriser le développement économique du Québec et de ses régions et promouvoir leur développement durable, à créer un espace d'innovation des marchés publics et à renforcer les mesures de surveillance de l'intégrité des entreprises. Le Projet de loi no 12 introduit également des mesures de paiement rapide et de règlement des différends en matière de contrats de travaux de construction réalisés pour le compte d'organismes publics. Les modifications décrites ci-dessous ne sont que quelques exemples des nouvelles dispositions législatives introduites par le Projet de loi no 12.

MESURES FAVORISANT LE PAIEMENT RAPIDE ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Le Projet de loi no 12 vise à remédier aux retards persistants de paiement pour les travaux de construction réalisés pour le compte d'organismes publics assujettis à la LCOP. Aux termes du Projet de loi no 12 modifiant la LCOP, pour être valides, les demandes de paiement devront être faites selon les modalités déterminées par règlement¹, telle l'exigence d'y inscrire le nom et l'adresse de l'entrepreneur, la description des travaux, la période au cours de laquelle ils ont été effectués et la somme d'argent à payer. Une partie ne sera pas en défaut de payer si aucune demande de paiement valide ne lui a été faite et, après la réception d'une demande de paiement valide, si cette partie conteste la demande de paiement, elle sera tenue de manifester son refus de payer à l'intérieur du délai déterminé par règlement. De plus, une partie est tenue de payer à l'intérieur du délai déterminé par règlement toute somme d'argent dont le paiement lui a été réclamé au moyen d'une demande de paiement valide, sauf si cette partie a manifesté son refus de payer à l'intérieur du délai de refus prescrit. Dans les cas prévus par règlement, une partie pourrait effectuer une retenue ou une déduction sur une somme d'argent payable, même si elle a omis de manifester son refus à l'intérieur du délai requis. Le cas échéant, tout différend au sujet d'un paiement peut être réglé par un tiers décideur, choisi par les parties au différend ou selon les conditions déterminées par règlement. La décision prise par le tiers décideur lie les parties jusqu'à ce que, le cas échéant, un jugement soit prononcé par un tribunal de droit commun ou qu'une sentence arbitrale soit rendue sur le même objet. Il incombera au ministre de la Justice de désigner les personnes, les organismes ou les associations chargés d'accréditer les personnes pouvant agir en tant que tiers décideur, et seules ces personnes pourront agir à un tel titre.

¹ En date de la présente publication, aucun règlement n'avait encore été adopté.

DÉVELOPPEMENT DANS LES RÉGIONS DU QUÉBEC ET DÉVELOPPEMENT DURABLE

Le Projet de loi no 12 modifie la LCOP pour y inclure un nouvel objectif, celui de l'utilisation des contrats publics comme levier de développement économique du Québec et de ses régions. Par conséquent, un organisme public doit privilégier le recours à la procédure d'appel d'offres public régionalisé ou privilégier l'acquisition de biens, de services ou de travaux de construction québécois, lorsque le contrat visé n'est pas assujéti à un accord intergouvernemental. Si l'organisme public ne procède pas par appel d'offres public régionalisé ou ne privilégie pas l'acquisition de biens, de services ou de travaux de construction québécois, il doit consigner les circonstances ou les motifs considérés.

De plus, avant le processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat, les organismes publics sont désormais tenus de procéder à une évaluation des besoins d'approvisionnement qui s'inscrit dans la recherche d'un développement durable. Les organismes publics doivent privilégier l'inclusion, dans les documents d'appel d'offres ou le contrat, selon le cas, d'au moins une condition relative au caractère responsable de l'acquisition, sur le plan environnemental, social ou économique. Une telle condition peut notamment prendre la forme d'une condition

d'admissibilité, d'une exigence technique, d'un critère d'évaluation de la qualité ou d'une marge préférentielle. S'il n'inclut pas de telles conditions, l'organisme public doit consigner les circonstances ou les motifs considérés. Le Conseil du Trésor peut obliger des organismes publics à inclure dans leurs documents d'appel d'offres une ou plusieurs conditions relatives au caractère responsable d'une acquisition sur le plan environnemental, social ou économique, dans les cas qu'il détermine.

ESPACE D'INNOVATION DES MARCHÉS PUBLICS

Au cours des dernières années, l'élimination de la règle du « plus bas soumissionnaire conforme » a fait l'objet de vifs débats au Québec et, même si cette règle a été maintenue, la LCOP a été modifiée dans le but de créer un espace d'innovation des marchés publics dans le cadre duquel, afin d'atteindre les objectifs du gouvernement énoncés dans la LCOP, le président du Conseil du trésor peut se soustraire des règles traditionnellement applicables à l'invitation à soumissionner et à l'adjudication des contrats. Parmi ces objectifs figurent les changements climatiques, l'amélioration de la représentativité des entreprises autochtones et la promotion de l'innovation. Par exemple, le président du Conseil du trésor peut déterminer les appels d'offres à l'égard desquels un organisme public





doit accorder un avantage sous la forme d'une marge préférentielle aux entreprises qui se conforment à des normes liées à l'environnement ou aux changements climatiques qui sont plus contraignantes que celles fixées par la législation applicable ou les documents d'appel d'offres, ou encore, il peut procéder à un appel d'offres sur invitation pour acquérir un prototype, lancer un appel d'offres public comportant un dialogue concurrentiel lorsque l'objectif est l'obtention de biens, de services ou de travaux de construction innovants ou accorder un avantage sous la forme d'une marge préférentielle aux entreprises autochtones ou aux entreprises faisant appel à des autochtones dans l'exécution du contrat.

INTÉGRITÉ DES ENTREPRISES

Certaines modifications de la LCOP introduites par le Projet de loi no 12 ont pour effet d'accroître les pouvoirs de l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») afin de renforcer les exigences applicables à l'intégrité de toute entreprise qui est partie à un contrat avec un organisme public. La LCOP impose à toute entreprise qui est partie à un contrat ou à un sous-contrat public l'obligation universelle de satisfaire aux « exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre de la part d'une partie à un tel contrat ou sous-contrat ». Toute entreprise concluant un contrat avec un organisme public ou déposant une soumission doit désormais, au moyen d'une déclaration écrite reconnaître avoir pris connaissance

des exigences d'intégrité et s'engager à prendre toutes les mesures nécessaires pour y satisfaire pendant toute la durée du contrat. La déclaration d'intégrité sera faite selon la formule déterminée par règlement.

De plus, au titre des modifications de la LCOP introduites par le Projet de loi no 12, toute entreprise qui détient une autorisation de contracter avec un organisme public ou qui est partie à un contrat ou à un sous-contrat public est assujettie à la surveillance de l'AMP. L'AMP voit ses pouvoirs élargis pour inclure celui d'exiger d'une entreprise qu'elle fournisse tout document ou renseignement permettant à l'AMP de vérifier si l'entreprise satisfait aux exigences d'intégrité et celui d'imposer des mesures de correction, de surveillance ou d'accompagnement à toute entreprise qui ne satisfait pas aux exigences d'intégrité.

Enfin, le Projet de loi no 12 a créé un nouveau régime législatif de sanctions administratives pécuniaires imposées par l'AMP, dont le montant peut désormais atteindre 10 000 \$.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE

MPECO inc. c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts,
2022 QCCA 916

Dans l'affaire *MPECO inc. c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, la Cour d'appel a confirmé qu'aux fins de déterminer si une autorisation de l'Autorité des marchés financiers (l'« AMF »)² est nécessaire en vertu de la LCOP, le terme « dépense » s'entend du montant net réellement dépensé

² À la suite de modifications législatives apportées depuis la date des faits visés par cette affaire, l'AMP est désormais responsable de la délivrance de ces autorisations.



par l'organisme public, et non « de la valeur du contrat apparaissant au bordereau de la soumission ».

En 2013, la Ville de Sainte-Agathe-des-Monts (la « Ville ») avait lancé un appel d'offres public pour augmenter la capacité de traitement de sa station d'épuration des eaux usées. La Ville avait reçu des soumissions de trois entreprises dont Nordmec Construction inc. (« Nordmec ») et MPECO inc. (« MPECO »). La soumission de Nordmec était la plus basse (11,4 millions CAD); celle de MPECO la suivait en deuxième position. Toutes les soumissions comprenaient les taxes de vente ainsi que les coûts d'exploitation et d'éventualités. La Ville avait octroyé le contrat à Nordmec alors que cette dernière n'avait pas joint d'autorisation de l'AMF à sa soumission. MPECO a fait valoir que la soumission de Nordmec n'était pas conforme en raison de l'absence d'autorisation de l'AMF et a intenté un recours à l'encontre de la Ville pour réclamer sa perte de profit.

Conformément à l'instruction donnée aux soumissionnaires et aux prescriptions de l'article 21.17 de la LCOP en vigueur au moment de l'appel d'offres, toute entreprise souhaitant conclure un contrat avec un organisme public comportant une dépense égale ou supérieure à 10 millions CAD est tenue d'obtenir à cet effet une autorisation de l'AMF.

Étant donné que la soumission de Nordmec s'élevait à 11,4 millions CAD, MPECO a fait valoir que la Ville avait commis une erreur en concluant à la conformité de la soumission de Nordmec alors que celle-ci ne comportait

pas d'autorisation de l'AMF. La Ville a fait valoir qu'après déduction des crédits d'impôt auxquels elle avait droit, des coûts d'opération (qui sont payés à des tiers) et des coûts engendrés par des « travaux imprévus » (qui ne constitue pas une promesse de paiement), la dépense réellement engendrée était inférieure à 10 millions CAD; par conséquent, aucune autorisation de l'AMF n'était nécessaire.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux validé l'interprétation de l'article 21.17 donnée par la Ville et ont conclu que l'exigence d'une autorisation de l'AMF était fondée non pas sur la valeur du contrat indiquée sur le bordereau de soumission, mais bien sur la dépense nette réellement engagée par la Ville.

Couillard Construction limitée c. Procureur général du Québec (Ministère des Transports du Québec), 2022 QCCS 2069

Dans l'affaire *Couillard Construction limitée c. Procureur général du Québec (Ministère des Transports du Québec)*, la Cour supérieure a donné droit à la demande de Couillard Construction limitée (« Couillard ») et a ordonné au Ministère des Transports du Québec (le « MTQ ») de payer à Couillard 1,8 million CAD, le contrat ne lui ayant pas été adjugé par le MTQ pour cause de non-conformité alors qu'elle avait déposé la soumission la plus basse.

En 2014, le MTQ avait lancé un appel d'offres pour la construction d'un tronçon de route. En plus des documents d'appel d'offres, le MTQ, dans le contexte d'un projet pilote,

avait ajouté un devis spécial (le « Devis ») précisant que le montant prévu au poste « Organisation de chantier et locaux de chantiers » devait être limité à 6 % du montant total de la soumission. Toutefois, Couillard avait évalué ce montant à 11,8 % et omis de distribuer l'excédent sur des prix unitaires. Le MTQ a rejeté la soumission de Couillard pour ce motif, malgré le fait que Couillard avait déposé la soumission la plus basse. Couillard a maintenu que sa soumission était conforme et a poursuivi le MTQ pour perte de sa marge bénéficiaire.

La Cour supérieure a donné raison à Couillard et a conclu que la soumission de Couillard était conforme aux exigences de l'appel d'offres. La Cour a considéré que le projet pilote était problématique. Le Devis contredisait les instructions données dans les documents d'appel d'offres, lesquels interdisaient expressément aux soumissionnaires de fausser ou de déséquilibrer leurs prix unitaires. Le MTQ avait la responsabilité de donner des instructions claires aux soumissionnaires.

La Cour a également statué que l'adjudication du contrat à Couillard n'aurait pas porté préjudice au principe d'équité entre les soumissionnaires. L'irrégularité alléguée, même prouvée, était mineure, car elle était sans effet sur le prix final de la soumission. La Cour a par ailleurs conclu qu'aucun raisonnement logique ne justifiait le projet pilote. Enfin, la Cour a souligné que le projet pilote était contraire

à l'intérêt du public. En effet, tout compte fait, le contrat avait été adjugé non pas au plus bas soumissionnaire, mais au deuxième plus bas soumissionnaire. La Cour a conclu que le MTQ avait commis une faute en n'adjudicant pas le contrat à Couillard.

RAPPORT DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS PUBLICS SUR LES IRRÉGULARITÉS CONSTATÉES DANS LES APPELS D'OFFRES DU SECTEUR MUNICIPAL

Il est à noter qu'en août dernier, l'AMP a publié son Rapport sur les appels d'offres lancés par des entités municipales. Selon le rapport, entre les mois d'août 2021 et de mars 2022, 14 % des 3 903 appels d'offres analysés comportaient des erreurs ou des documents non conformes. Au nombre des erreurs les plus fréquentes figuraient la non-conformité des dates limites de dépôt des plaintes (lorsque requises), le non-respect du délai minimal de 4 jours entre la date limite de dépôt des plaintes et la date limite de dépôt des soumissions, et le non-respect du délai minimum de 15 jours entre la date de publication de l'appel d'offres et la date limite de dépôt des soumissions. L'AMP a informé les municipalités de ces irrégularités.



**POUR OBTENIR DE PLUS AMPLES
RENSEIGNEMENTS, VEUILLEZ
COMMUNIQUER AVEC LE GROUPE DE
DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DE
MCCARTHY TÉTRAULT**



À propos de nous

McCarthy Tétrault offre une vaste gamme de services juridiques et fournit des conseils stratégiques spécialisés par secteur d'activité et des solutions dans le cadre de mandats concernant des intérêts canadiens et internationaux. Le cabinet jouit d'une forte présence dans les principaux centres d'affaires du Canada, ainsi qu'à New York et à Londres, au Royaume-Uni.

Fort d'une approche intégrée de l'exercice du droit et de la prestation de services innovants, le cabinet est en mesure de capitaliser sur ses compétences juridiques, ses connaissances sectorielles et sa vaste expérience pour aider ses clients à atteindre les résultats qui comptent pour eux.

VANCOUVER

Suite 2400, 745 Thurlow Street
Vancouver (Colombie-Britannique) V6E 0C5

CALGARY

Suite 4000, 421 7th Avenue SW
Calgary (Alberta) T2P 4K9

TORONTO

Suite 5300, TD Bank Tower
Box 48, 66 Wellington Street West
Toronto (Ontario) M5K 1E6

MONTREAL

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2

QUÉBEC

500, Grande Allée Est, 9e étage
Québec (Québec) G1R 2J7

NEW YORK

55 West 46th Street, Suite 2804
New York, New York 10036
États-Unis

LONDRES

1 Angel Court, 18th Floor
London EC2R 7HJ
Royaume-Uni