



mccarthy
tetrauit

Marchés publics Rétrospective de l'année 2023

mccarthy
tetrauit

En 2023, la législation sur les marchés publics a surtout confirmé les tendances antérieures de la jurisprudence. Bien que la jurisprudence ait peu évolué, il est important que les avocats d'entreprise et en pratique privée soient attentifs à ces tendances continues afin de comprendre l'étendue des responsabilités potentielles dans toute situation de passation de marché. Nous avons également assisté à un certain nombre d'événements clés dans l'espace politique et les parties intéressées (tant les acheteurs que les fournisseurs) devraient prêter une attention particulière à ce domaine en constante évolution.

Nous avons préparé un guide pratique des développements importants en matière de législation sur les marchés publics au cours de l'année écoulée dans la présente Rétrospective de l'année 2023 en droit des marchés publics. Plus particulièrement, nous examinons les principaux changements apportés aux politiques et méthodes d'approvisionnement par les acheteurs publics canadiens, et présentons une analyse approfondie des nouvelles décisions rendues dans ce domaine par les tribunaux administratifs, la Cour fédérale et divers tribunaux provinciaux.

Auteurs :

Robert Glasgow, Tristan Musgrave, Anca Neacsu, Julie Parla, Catherine Samuel, Bertrand Cossette, Benjamin Rivard, Ljiljana Stanić, Jonathan Brisebois, John Corrigan, Aya Fahmi, Kaelyn Macaulay, Lindsay Nguyen, Taylor Schlamp, et Riley Thackray.



TABLE DES MATIÈRES

Événements clés à l'échelle fédérale : élargissement des compétences du TCCE, examen de consultants et intégration de la DEI dans l'approvisionnement.....	1
Ontario : continuité de développements antérieurs.....	3
Colombie-Britannique : occasions à venir – grands projets d'infrastructure.....	6
Alberta : rétrospective de l'année.....	7
Québec : Revue de la jurisprudence et rapport de l'AMP sur l'examen de la gestion contractuelle.....	14



Événements clés à l'échelle fédérale : élargissement des compétences du TCCE, examen de consultants et intégration de la DEI dans l'approvisionnement

Il y a eu relativement peu de litiges relatifs à des marchés publics fédéraux en 2023. Toutefois, plusieurs initiatives fédérales majeures ont été annoncées, lesquelles s'inscrivent dans le cadre de marchés publics et devraient être prises en compte par les parties intéressées à l'avenir.

La Cour d'appel fédérale a examiné une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le « Tribunal ») ainsi qu'une décision déterminante du Tribunal soulignant l'importance de participer au processus d'entretien final et la nécessité de réunir des éléments de preuve à l'appui d'allégations d'infraction en amont du dépôt d'une plainte.

TERRA REPRODUCTIONS INC. C. CANADA (ATTORNEY GENERAL)¹ – L'IMPORTANCE DES DÉLAIS ET DE L'EXHAUSTIVITÉ

Dans une décision limitée, la Cour d'appel fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal de rejeter la plainte de Terra Reproductions. En temps normal, dans le cas d'une plainte, le Tribunal fixe un délai de prescription très strict de dix jours ouvrables. Terra Reproductions avait déposé sa plainte trois jours après l'écoulement de ce délai.

La Cour a confirmé l'interprétation stricte que le Tribunal avait faite du délai de prescription au motif que cette interprétation était fondée sur une application littérale et défendable du règlement du Tribunal.

La Cour a aussi rejeté les tentatives de Terra Reproductions d'introduire de nouveaux arguments concernant le délai de prescription qui n'avaient pas été présentés au Tribunal. Fait important, le règlement prévoit des exceptions au délai de prescription dans des circonstances exceptionnelles, mais la plaignante n'avait pas soulevé ces arguments devant le Tribunal. Lorsque Terra Reproductions a tenté de le faire pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour a confirmé que les parties sont tenues de soulever de telles questions en première instance et qu'elles ne peuvent introduire de nouveaux arguments pour la première fois dans le cadre d'un contrôle judiciaire, sauf dans des circonstances très limitées.

CHANTIER DAVIE CANADA INC. ET WÄRTSILÄ CANADA INC. C. MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX² – FAITES FI DU PROCESSUS D'ENTRETIEN FINAL ET RECHERCHEZ DE LA PREUVE DEVANT LE TRIBUNAL À VOS RISQUES ET PÉRILS

Le Tribunal a réaffirmé que les soumissionnaires n'ont aucun droit quant au choix du moyen de compte rendu qu'ils préfèrent et qu'ils sont tenus de participer au processus de compte rendu plutôt que d'essayer de l'éluder en s'adressant directement au Tribunal.

¹ 2023 FCA 214.

² 2023 CanLII 6265.



Dans leur plainte, Chantier Davie et Wärtsilä alléguaient que le Canada n'avait pas respecté ses obligations en matière de compte rendu en ayant proposé un compte rendu écrit plutôt que la réunion de compte rendu en personne qu'elles avaient demandée. Plutôt que de procéder par compte rendu écrit, les plaignantes ont déposé une plainte auprès du Tribunal, faisant valoir que leur offre avait été mal évaluée et que le Canada aurait dû déclarer l'offre retenue non conforme à l'appel d'offres en se fondant sur leur propre conviction (non étayée par des éléments de preuve). Chantier Davie et Wärtsilä ont ensuite tenté d'utiliser la procédure de plainte pour partir à la recherche d'éléments de preuve confirmant le bien-fondé de leur plainte.

Le Tribunal a réprimandé les plaignants, notant qu'il ne pouvait pas « autoriser ce type d'exercice dans le cadre d'une demande de révision des marchés, car le mécanisme de contestation des soumissions n'a pas été conçu pour [cet] usage ». Il a fait valoir que les soumissionnaires se sentant lésés ne devaient pas hésiter à demander au gouvernement d'expliquer et de justifier ses décisions et de fournir les renseignements et les éléments de preuve pertinents et qu'ils devaient ensuite avoir recours au mécanisme d'accès à l'information s'ils n'obtiennent pas une divulgation satisfaisante. Le mécanisme du Tribunal ne doit pas être utilisé pour recueillir de la preuve. Ce mécanisme n'examine que des allégations ayant démontré, par des éléments de preuve, une indication raisonnable d'une violation d'une obligation en matière de commerce.

EXAMEN DE CONSULTANTS

En 2023, plusieurs nouvelles importantes concernant le recours à des consultants ont occupé l'avant-plan,

notamment l'important contrat attribué pour le développement d'ArriveCan et le recours à des consultants en gestion d'entreprise. Le gouvernement fédéral s'est engagé à se pencher sur le recours à des consultants et sur l'attribution de contrats à des entités qui sous-traitent ensuite la totalité ou la quasi-totalité de l'exécution effective du contrat, en prenant des mesures particulières à être annoncées.

INTÉGRATION DE LA DIVERSITÉ, DE L'ÉQUITÉ ET DE L'INCLUSION DANS L'APPROVISIONNEMENT

Services partagés Canada a aussi annoncé une nouvelle initiative visant à encourager l'attribution de contrats aux petites et moyennes entreprises, ainsi qu'aux entreprises dirigées par des femmes, des membres de minorités visibles et des Autochtones au Canada.

L'initiative d'approvisionnement social *S'élançer*, qui fait partie du processus d'approvisionnement agile 3.0 de Services partagés Canada, a jusqu'à présent attribué plus de 15 contrats, d'une valeur allant de 10 000 \$ CA à 238 000 \$ CA. La majorité de ces contrats a été attribuée à des entreprises appartenant à ou étant dirigées par des membres de minorités visibles et des femmes.

Cette initiative offre aux petites entreprises – en particulier à celles qui appartiennent à des groupes en quête d'équité – un point d'entrée sur le marché d'approvisionnement fédéral. Ces attributions ne concernent que de petits contrats en dessous du seuil d'application des restrictions prévues à l'accord commercial du Canada. Compte tenu du succès du programme à ce jour, il est probable qu'il continue à être mis en avant, voire qu'il soit possiblement étendu.



Ontario : continuité de développements antérieurs

L'an dernier a été relativement calme sur le front des litiges relatifs aux marchés publics ou d'événements majeurs en Ontario. Cependant, plusieurs événements clés en 2023 ont confirmé et étendu la jurisprudence antérieure en matière de passation de marchés ainsi que la nouvelle unification d'entités d'achat afin de fournir un véritable point d'accès unique pour la plupart des marchés publics en Ontario.

TRANSDEV CANADA INC. V. THE REGIONAL MUNICIPALITY OF YORK³ – LE RÔLE DES TRAITÉS ET LA DÉFINITION D'UN FOURNISSEUR DE SERVICES

La première décision importante rendue en 2023 en matière de marchés publics a été dans l'affaire *Transdev Canada*. À première vue, il semblait s'agir d'un litige relativement simple. La région de York avait divisé son système de transport en commun en deux divisions distinctes, dont l'une était alignée sur les secteurs ouest et nord (la division de transport en commun ouest-nord) et l'autre, sur les secteurs sud et est (la division de transport en commun sud-est). Elle a d'abord conclu un contrat avec un fournisseur de services pour la division de transport en commun ouest-nord, puis un approvisionnement distinct pour la division de transport en commun sud-est.

C'est TOK Transit Limited (« TOK ») qui s'est vu attribuer, en juin 2022, le contrat de la division de transport en commun ouest-nord. En septembre 2022, la région de York a attribué le contrat de la division de transport en commun sud-est à Miller Transit Ltd. (« Miller »), qui avait inclus TOK comme sous-traitant dans son offre. C'est Transdev – le soumissionnaire arrivé deuxième dans le processus de demande de propositions (« DP ») pour la division de transports en commun sud-est – qui a engagé cette procédure.

En l'espèce, la DP stipulait qu'aucune entité ne pouvait être le fournisseur de services pour les deux divisions. Transdev estimait que, dans la mesure où TOK exécuterait effectivement les contrats dans chaque division (en tant qu'entrepreneur dans l'une et en tant que sous-traitant dans l'autre), la proposition de Miller aurait dû être jugée non conforme et rejetée. Transdev a demandé l'annulation du contrat et l'attribution du contrat à elle (parmi d'autres recours exercés).

Cette décision aborde deux questions essentielles en matière de marchés publics. La première est le recours au contrôle judiciaire pour contester la décision d'un organisme adjudicateur – et, en particulier, le recours à l'*Accord de libre-échange canadien* (l'« ALEC ») pour fonder un argument de manquement à l'équité procédurale. La Cour supérieure de l'Ontario a fait sienne la décision rendue par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Thales DIS Canada Inc. v. Ontario*⁴ et a accepté que l'ALEC puisse servir à déterminer si une décision rendue par un organisme public dans le cadre d'un marché public était raisonnable.

³ 2023 ONSC 135 (*Transdev Canada*).

⁴ 2022 ONSC 3166 (*Thales*).

La Cour supérieure a signalé que Transdev n'avait pas réellement cherché à déterminer comment les actions de la région de York ou de Miller avaient enfreint l'une ou l'autre des exigences prévues à l'ALEC qui s'appliquaient à la DP. La preuve apportée par Transdev sur ce point reposait sur des déclarations de tiers en dehors de la procédure de DP. La Cour a décidé à juste titre que l'analyse devait porter sur la conformité de Miller et de la région de York dans le cadre de la DP elle-même.

En outre, la Cour a rejeté le bien-fondé comme critère d'examen d'une violation de traité. Au contraire, en se basant à la fois sur l'affaire *Thales* et sur l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*,⁵ la Cour a estimé, dans l'affaire *Transdev*, que les obligations découlant des traités permettaient d'établir si les décisions étaient raisonnables. Comme l'a souligné la Cour, cela est conforme à la déférence traditionnelle accordée à l'organisme acheteur dans le cadre d'un contrôle judiciaire, citant sa décision antérieure rendue dans l'affaire *Bot Construction Ltd. v. Ontario (Ministry of Transportation)*.⁶ C'est également conforme à la déférence traditionnelle accordée aux évaluateurs par le Tribunal canadien du commerce extérieur lorsqu'il s'agit de déterminer si un marché d'approvisionnement fédéral a été mené conformément aux obligations du Canada aux termes des accords commerciaux.

Après avoir traité de l'application des accords commerciaux, la Cour a analysé le caractère raisonnable de

la décision, axé sur le deuxième principe clé des marchés publics abordé dans cette affaire, soit la confirmation que la forme de l'offre est primordiale. La Cour a conclu que « le fournisseur de services » (en italique dans l'original) est déterminé en examinant qui est l'entrepreneur, et ce, indépendamment du fait qu'un sous-traitant effectue le travail.

Cette approche est conforme au droit des contrats, selon lequel la seule entité ayant un lien avec la région de York serait l'entrepreneur. C'est l'entrepreneur qui est ultimement responsable de l'exécution du contrat et c'est lui qui doit rendre des comptes à l'acheteur. Cette approche est également conforme à l'analyse habituelle d'accords commerciaux par le Tribunal canadien du commerce extérieur, selon laquelle le « fournisseur » est réputé être l'entité soumissionnaire, quelle que soit l'entité qui exécutera finalement le contrat.⁷

Bien que la partie demanderesse n'ait pas eu gain de cause au final dans cette affaire, l'approbation de *Thales* par la Cour est un signe fort que le recours au contrôle judiciaire pour contester des violations de traités commerciaux par des entités ontariennes est approprié. Nous pouvons nous attendre à ce que de futurs plaideurs soient bien conscients de cette possibilité de contester des marchés publics qui, selon eux, ne respectent pas ces obligations.

5 2019 SCC 65.

6 2009 CanLII 92110.

7 Voir, par exemple, *Alion Science and Technology Corporation and Alion Science and Technology Canada Corporation (Re)*, PR-2018-043.





2708266 ONTARIO INC. V. THE CITY OF TORONTO⁸ – L’AFFAIRE TERCON NE VOUS SAUVERA PAS

Dans une autre affaire qui s’inscrit dans la continuité de l’année dernière, la Cour supérieure de l’Ontario a jugé que la Ville de Toronto (la « Ville ») n’avait pas attribué un contrat au soumissionnaire retenu (2708266 Ontario Inc., également connu sous le nom de « Nelli »), et ce, à tort. Cependant, la Ville avait inclus une clause de limitation de responsabilité large et robuste dans l’appel d’offres. Les parties n’ayant pas abordé la question de l’application de cette clause lors des plaidoiries, le juge Black a demandé aux parties de préparer de nouvelles observations sur ce point.

La clause en question exclut essentiellement toute responsabilité de la Ville relative à toute question découlant de l’appel d’offres :

[traduction] « [l]e paragraphe 3.3.1 stipule que la Ville n’est pas responsable à l’égard de tout soumissionnaire ou soumissionnaire potentiel de dommages directs, indirects, particuliers ou punitifs, ou encore de la perte de profits, de la perte de possibilités ou de la perte de réputation résultant de l’appel d’offres, de la participation d’un soumissionnaire au processus d’appel d’offres, de la fourniture et de la disponibilité ou du manque de disponibilité ou d’exactitude du système de passation de marchés en ligne de la Ville, ou des actes ou omissions de la Ville dans le cadre du processus d’appel d’offres, y compris l’acceptation, la non-acceptation ou le retard dans l’acceptation d’une offre par la Ville. »

La Cour s’est appuyée sur le test en trois étapes établi dans l’affaire *Tercon* pour déterminer si la clause était applicable : i) l’exclusion s’applique-t-elle; ii) les parties étaient-elles de bonne foi; et iii) la clause doit-elle être annulée pour des raisons d’intérêt public.

La Cour a confirmé la validité de la clause de limitation de responsabilité de large portée. Un des moteurs probables de l’analyse est que, bien que la Cour ait estimé qu’il y avait eu une erreur ayant entraîné une injustice, il ne lui était pas

possible de conclure à un comportement de mauvaise foi qui représenterait une question systémique.

En confirmant une clause de limitation de responsabilité très large, la Cour a accordé une grande protection aux acheteurs publics et a considérablement limité les possibles recours de soumissionnaires lésés à l’extérieur de circonstances exceptionnelles. La Cour a aussi souligné l’importance pour de potentiels plaideurs d’évaluer s’il serait plus avantageux d’introduire une demande de contrôle judiciaire plutôt qu’une demande de dommages-intérêts, étant donné qu’une telle clause de limitation de responsabilité ne peut pas empêcher les recours d’une cour de révision.

APPROVISIONTARIO – UN GUICHET UNIQUE

Enfin, l’Ontario a apparemment conclu la fusion progressive de ses entités acheteuses en un point unique pour les fournisseurs potentiels en intégrant la chaîne d’approvisionnement de la province dans ApprovisiOntario. ApprovisiOntario, un organisme de la Couronne créé en vertu de la *Loi sur la gestion de la chaîne d’approvisionnement (entités gouvernementales, parapubliques et du secteur de la santé)*, sera désormais l’entité acheteuse unique pour les :

- **Entités gouvernementales** : les ministères, les organismes provinciaux, la Société indépendante d’exploitation du réseau d’électricité ainsi qu’Ontario Power Generation et ses filiales.
- **Entités du secteur parapublic** : les conseils scolaires, les établissements d’enseignement postsecondaire financés par l’État, les sociétés d’aide à l’enfance ainsi que les services partagés et les organisations d’achats groupés qui effectuent des achats pour le compte de ces entités.
- **Entités du secteur de la santé** : les hôpitaux, l’Institut de cardiologie de l’Université d’Ottawa, ainsi que les services partagés et les organisations d’achats groupés qui effectuent des achats pour le compte de ces entités.

Toutes les activités de la chaîne d’approvisionnement de l’Ontario seront désormais regroupées et supervisées par ApprovisiOntario.

⁸ 2023 ONSC 383.



Colombie-Britannique : occasions à venir – grands projets d’infrastructure

En octobre, Infrastructure BC, responsable de 76 projets réalisés à l’échelle canadienne totalisant une valeur de 28 G\$ CA depuis 2002, a publié la [BC Major Infrastructure Projects Brochure](#) de l’automne 2023. La brochure semestrielle, qui met l’accent sur les investissements dans l’infrastructure publique de la Colombie-Britannique, répond aux demandes du marché et de l’industrie. Il s’agit d’une ressource prospective qui permet aux acteurs du marché des infrastructures, aux professionnels de l’industrie, aux entrepreneurs et aux sous-traitants d’anticiper de manière proactive les ressources financières et humaines nécessaires pour les prochains grands projets d’une valeur supérieure à 50 M\$ CA et inférieure à 1 G\$ CA. La brochure détaille le secteur du projet, le type de projet (nouvelle construction, rénovation ou agrandissement) ainsi que le coût en capital. Les projets énumérés vont de la phase de planification initiale aux phases de préapprovisionnement et aux phases d’approvisionnement actives.

Infrastructure BC soutient la planification de projets, la gestion de l’approvisionnement, la supervision de la conception et de la construction, l’administration de contrats ainsi que les communications liées aux projets. De plus, l’organisme aide les entités gouvernementales et les maîtres d’ouvrage à choisir le modèle de livraison optimal pour les infrastructures publiques. Infrastructure BC s’efforce de fournir de l’information précise et opportune sur des projets à différentes phases de développement et d’introduire de nouveaux modèles de passation de marchés afin d’améliorer les probabilités de succès des projets. La brochure promeut la transparence, la réactivité et l’innovation en tant qu’objectifs fondamentaux dans le secteur dynamique et concurrentiel des projets d’infrastructure publique. Il s’agit d’une référence précieuse pour de potentiels promoteurs qui recherchent de l’information sur des éléments d’infrastructure à venir et d’importantes possibilités en matière de construction en Colombie-Britannique. En outre, tout organisme du secteur public en Colombie-Britannique peut informer Infrastructure BC de projets à venir afin que ces derniers soient inclus dans de futurs numéros de la brochure.

L’APPEL D’ÉLECTRICITÉ DE BC HYDRO

Le 15 juin 2023, BC Hydro [a annoncé](#) qu’elle mettait en place un processus d’approvisionnement concurrentiel en vue d’acquérir davantage d’électricité propre. Il s’agira du premier appel d’électricité de BC Hydro depuis 15 ans et il visera des projets de grande envergure. BC Hydro prévoit de lancer un appel d’électricité au printemps 2024 afin d’acquérir de nouvelles sources d’électricité dès 2028. D’autres appels pourraient suivre, car la transition vers les énergies propres continue de s’accélérer et BC Hydro a besoin de ressources supplémentaires pour électrifier l’économie croissante de la Colombie-Britannique et atteindre les objectifs climatiques de la province.

Pour de plus amples renseignements sur l’appel d’électricité de BC Hydro, veuillez lire l’article précédent de notre groupe de l’électricité sur [notre site Web](#). McCarthy Tétrault continuera à suivre ce processus d’approvisionnement et fournira des mises à jour en temps utile dès qu’il lui sera possible de le faire.



Alberta : rétrospective de l'année

UN AUDIT CONCLUT QUE LA VILLE D'EDMONTON A FAIT PREUVE D'ÉQUITÉ ET A MINIMISÉ LES RISQUES DANS LE CADRE DES CONTRATS RELATIFS AU TLR DE LA LIGNE VALLEY

Contexte

La ligne Valley de la Ville d'Edmonton (la « Ville ») est une ligne de train léger sur rail (« TLR ») de 27 kilomètres qui reliera le sud-est et l'ouest d'Edmonton (la « ligne Valley »). La ligne Valley est construite en deux segments,⁹ comprenant le segment sud-est, d'un coût de 1,8 G\$ CA, allant de Mill Woods au centre-ville d'Edmonton (la « ligne sud-est »). Ce segment a été mis en service le 4 novembre 2023 après presque trois ans de retard. Quant à l'autre segment, le segment ouest, il s'agit d'un projet d'investissement de 2,6 G\$ CA. Ce segment, allant du centre-ville d'Edmonton à Lewis Farms (la « ligne ouest »), est toujours en cours de construction. Les deux segments de la ligne Valley sont structurés en partenariats public-privé (PPP), où chaque partenaire privé est responsable de la conception et de la construction de son segment respectif conformément à des ententes de projet distinctes. Le gouvernement du Canada a conditionné 250 M\$ CA des 400 M\$ CA de son financement total à l'utilisation d'un modèle de PPP par la Ville.

Le processus d'approvisionnement de la Ville pour la ligne sud-est s'est déroulé de 2014 à 2016, après la réalisation d'études préliminaires en 2013. Dans le cas de la ligne sud-est, le partenaire privé est responsable de la conception, de la construction, du financement partiel et de la fourniture des véhicules ferroviaires ainsi que de l'exploitation et de l'entretien de la ligne sud-est. La construction de la ligne sud-est a commencé en 2016 et devait initialement prendre fin en décembre 2020.

La Ville a entamé le processus de passation de marchés pour la ligne ouest en 2019. La Ville a fait le choix d'un partenaire privé en 2020 et la construction a commencé en 2021. Dans le cas de la ligne ouest, le partenaire privé est responsable de la conception, de la construction et du financement partiel de la ligne ouest, tandis que la Ville a choisi d'acheter elle-même les véhicules ferroviaires. La Ville n'a pas encore choisi une partie chargée de l'exploitation et de l'entretien de la ligne.

À propos de l'audit

En 2023, après près de trois ans de retards dans la construction de la ligne sud-est, la Ville a mené un audit pour déterminer si la direction générale responsable de l'expansion et du renouvellement du TLR supervisait les projets de la ligne Valley de manière à répondre aux attentes de la Ville en matière de rentabilité et de prestation de services. Cet audit a été mené après près de trois ans de retards sur la ligne sud-est.

⁹ City of Edmonton, Office of the City Auditor, *Valley Line LRT P3 and Delivery Audit* (August 31, 2023), en ligne : https://www.edmonton.ca/sites/default/files/public-files/22508_Valley_Line_LRT_P3_and_Delivery_Audit.pdf?cb=1696503448.

L'audit, rendu public le 31 août 2023, a examiné si :

- le processus d'approvisionnement en PPP avait été mené de manière équitable, ouverte et transparente;
- les ententes de projet avaient été conçues dans l'optique de protéger les intérêts de la Ville et de répartir clairement les risques entre la Ville et les partenaires privés;
- la direction générale supervise le projet de sorte à protéger la Ville de tout risque supplémentaire.

L'audit ne portait sur ni la conception et la construction de la ligne Valley ni les travaux et la gestion effectués par les partenaires privés.

Constatations et recommandations

Ultimement, l'audit a permis de conclure que la direction générale supervise le projet de la ligne Valley dans l'optique de trouver des solutions rentables et d'améliorer les attentes en matière de prestation de services et que la Ville a fait appel à chaque partenaire privé de manière équitable, ouverte et transparente. L'audit a permis de constater que, bien que les travaux de la ligne sud-est aient accumulé d'importants retards, la Ville s'attend à ce que les coûts restent inférieurs au budget de construction initial et que les ententes de projet répartissent clairement les risques, protègent les intérêts de la Ville et définissent des exigences efficaces en matière de communication.

Le processus d'approvisionnement

L'audit a montré que la direction générale avait sélectionné chaque partenaire privé de manière équitable, ouverte et transparente et que les procédures de demande de qualification (« DDQ ») et de demande de propositions (« DP ») étaient conformes aux meilleures pratiques en vigueur pour les grands projets menés en PPP. Plus précisément, la DDQ a été publiée, la direction générale a présélectionné les trois premiers répondants sur la base des critères de la DDQ et les trois équipes ayant réussi les meilleurs pointages sont passées au stade de la DP. L'audit a également permis de constater que, dans le cadre de la DP, la Ville avait suivi les meilleures pratiques en évaluant les propositions sur la base d'un système succès-échec pour ce qui était de la conception, des aspects techniques et des aspects financiers. La Ville a attribué le contrat au plus bas soumissionnaire dans chaque catégorie.

Surveillance du processus d'approvisionnement

L'audit a montré que, en procédant à l'approvisionnement de manière équitable, ouverte et transparente, la Ville a veillé à ce que tous les participants aient le même accès à l'information, soient traités sur un pied d'égalité et

soient évalués en fonction de critères uniformes. La Ville a surveillé le processus d'approvisionnement en :

- mettant en place un comité de surveillance générale pour chaque ligne;
- mettant en place un comité d'examen des relations pour assurer la surveillance, la gestion et la résolution de conflits d'intérêts réels, possibles ou perçus ainsi que d'autres injustices;
- mettant en place un comité de diligence raisonnable pour l'évaluation afin d'assurer la diligence tout au long de l'évaluation du processus de passation de marchés;
- engageant des contrôleurs externes de l'équité pour chaque ligne afin de s'assurer une passation de marchés équitable, ouverte et transparente.

Ententes de projet

L'audit a permis de constater que les ententes de projet relatives aux deux lignes répartissaient clairement les risques, protégeaient les intérêts de la Ville et définissaient des exigences efficaces en matière de communication. Au-delà du transfert de risque à la société de projet inhérent à une structure de PPP, l'entente de projet pour la ligne sud-est a davantage réduit le risque pour la Ville en prévoyant que la société de projet était responsable de la rectification de tout problème lié à la livraison ou à la fonctionnalité des véhicules ferroviaires. L'audit a également noté que la répartition des risques par catégorie (conception, construction, financement, acquisition de véhicules, exploitation, entretien et communications) pour chaque ligne transférait une grande partie des risques à la société de projet pour chaque ligne, plutôt qu'à la Ville, comme cela aurait été le cas dans le cadre d'un contrat traditionnel.

Communications et contrôles

Bien que le transfert de risque nécessite une certaine réduction du contrôle sur le projet, la Ville a protégé ses intérêts en incluant des clauses dans les ententes de projet, telles que les suivantes :

- une période de garantie jusqu'en 2050 pour la ligne sud-est;
- l'établissement de seuils de coûts par heure pour les fermetures de voies qui, s'ils sont dépassés, permettent à la Ville de réduire les montants payés à la société de projet;
- l'établissement de réductions de paiement supplémentaires liées à toute fermeture de voies nuisant au transport en commun;
- l'établissement de réductions de paiement en cas de dommages causés à des arbres;



- l’inclusion de retenues financières et l’exigence pour la société de projet de verser un montant pour chaque jour où la construction est retardée au-delà de la date d’achèvement prévue dans l’entente de projet de la ligne ouest;
- l’inclusion de dispositions qui éliminent les paiements mensuels représentant 33,3 % de la valeur de la construction sur la durée de vie opérationnelle de 30 ans de la ligne du sud-est pour les mois au cours desquels la ligne du sud-est est retardée.

Récapitulatif

L’audit de la ligne Valley donne un aperçu de la manière dont les marchés publics peuvent être structurés de sorte à intégrer suffisamment de surveillance et de transparence pour garantir un processus équitable, ouvert et transparent qui aboutit à la sélection du promoteur le plus économique et le plus qualifié. En outre, l’audit illustre les avantages de structurer les ententes de projet de manière à transférer la majorité des risques à la société de projet tout en veillant à ce que les intérêts de l’entité publique soient protégés.

PLAN D’ACTION DU GOUVERNEMENT DE L’ALBERTA POUR RÉFORMER LES PROCESSUS D’APPROVISIONNEMENT

Le 27 octobre 2023, le gouvernement de l’Alberta a annoncé son plan d’action pour l’approvisionnement et la réalisation de projets. Cette annonce est la plus récente étape dans la réforme des processus d’approvisionnement de l’Alberta, ce processus ayant été ciblés par un groupe d’experts indépendants dans un rapport rendu public en août 2019 pour réaliser des économies potentielles. Le groupe d’experts a suggéré l’établissement d’un conseil de l’approvisionnement composé de représentants du gouvernement et de l’industrie ainsi que la refonte des politiques relatives aux principaux contrats publics. En réponse, le gouvernement a retenu les services d’un consultant tiers pour réaliser une étude sur les modèles d’approvisionnement de divers territoires de compétence et recommander des améliorations au modèle albertain. L’étude, publiée en 2021, a examiné les applications d’une approche de « gestion par catégorie » pour déterminer quels biens et services devraient être laissés à la discrétion

de ministères individuels ou normalisés aux termes d'un processus central.

À l'heure actuelle, les processus d'approvisionnement de l'Alberta sont guidés par le **Procurement Accountability Framework** (PAF). En 2022, le vérificateur général de l'Alberta a publié son *Report of the Auditor General on Alberta Infrastructure Procurement Processes* (rapport du vérificateur général sur les processus d'approvisionnement d'Alberta Infrastructure), que nous avons passé en revue dans le cadre de la **Rétrospective de l'année 2022 en droit des marchés publics**. Dans son rapport, le vérificateur général a formulé une série de recommandations visant à remédier aux graves lacunes du PAF, des accords et obligations commerciaux et de la common law.

Modèle proposé

Le plan d'action adopte les suggestions de l'étude de 2021 en mettant en œuvre un modèle « hybride centralisé » qui est inspiré d'observations de l'Australie, de l'Irlande, du Royaume-Uni et de provinces canadiennes. Les éléments pratiques de ce modèle pourraient inclure :

- l'élaboration de stratégies cohérentes pour des catégories de dépenses communes à l'ensemble des ministères;
- l'établissement d'accords-cadres à l'échelle provinciale pour des catégories centralisées;
- l'autorisation à d'autres entités provinciales d'élaborer des sous-accords dans le cadre des accords-cadres;
- l'établissement de normes de pratique pour des catégories non centralisées à venir.

Cette approche semble s'harmoniser avec les recommandations visant à accroître la normalisation et

la cohérence formulées dans le **rapport de 2022 du vérificateur général**. Cependant, le gouvernement n'en est qu'aux premiers stades de ce processus et n'a pas encore fourni de détails supplémentaires sur la nature de ces catégories ou sur la manière dont elles seront gérées.

Cette approche semble s'harmoniser avec les recommandations visant à accroître la normalisation et la cohérence formulées dans le **rapport de 2022 du vérificateur général**. Cependant, le gouvernement n'en est qu'aux premiers stades de ce processus et n'a pas encore fourni de détails supplémentaires sur la nature de ces catégories ou sur la manière dont elles seront gérées.

Mises à jour concernant l'audit

Le plan d'action a été publié à la suite d'appels publics pour que le vérificateur général se penche sur la privatisation par la province des analyses en laboratoire médical. Le Bureau du vérificateur général a par ailleurs confirmé qu'il mènera un audit sur les processus connexes d'approvisionnement et de passation de marchés. Les résultats devraient être rendus publics au début de 2024 et auront très probablement une incidence sur la mise en œuvre par la province de nouvelles stratégies d'approvisionnement. Selon l'annonce du plan d'action, le gouvernement de l'Alberta s'engage à collaborer avec l'industrie et la communauté dans le cadre des progrès qu'il réalise vers la normalisation des processus d'approvisionnement. Pour éviter à l'avenir toute incertitude en matière d'approvisionnement, il faudra trouver l'équilibre délicat entre la souplesse et la cohérence afin de favoriser des transactions commerciales équitables et efficaces. À l'approche de 2024, nous nous attendons à des progrès à cet égard, soit à mesure que le plan d'action se cristallise en changements réglementaires tangibles.





L'ALBERTA N'UTILISE PLUS L'APPROCHE DES PPP COMME MOYEN PRIVILÉGIÉ DE CONSTRUIRE DES ÉCOLES

Le gouvernement de l'Alberta a fait savoir qu'il ne s'appuierait plus sur des partenariats public-privé (PPP) pour la construction d'installations publiques, dont des écoles.¹⁰ Dans son budget de 2019, le gouvernement de l'Alberta promettait la construction de 24 nouvelles écoles dans la province, et Prasad Panda, alors ministre de l'Infrastructure, avait annoncé que le gouvernement du Parti conservateur uni avait l'intention de construire cinq de ces écoles en PPP. Cette annonce a été faite peu après l'annonce par l'ancien premier ministre Jason Kenney que la province avait l'intention de se concentrer sur la poursuite de l'approche des PPP pour financer et construire l'infrastructure publique.

Cependant, en décembre 2022, Nathan Neudorf, le ministre de l'Infrastructure de l'époque, a indiqué que le modèle des PPP ne serait plus la méthode privilégiée pour la construction d'écoles allant de l'avant et il a annulé un projet de construction de six nouvelles écoles en PPP. Il a été noté que les PPP ne permettent d'économiser des deniers publics que lorsque les projets coûtent plus de 100 M\$ CA. La construction d'une école coûte normalement entre 10 M\$ CA et 90 M\$ CA. Par conséquent, pour économiser de l'argent, les gouvernements concluent traditionnellement des contrats de PPP pour construire à la fois plusieurs écoles partageant des concepts et des processus de construction similaires. Cependant, les mesures d'économie résultant de la construction de plusieurs écoles à la fois peuvent créer des obstacles, notamment l'incapacité d'adapter un projet aux besoins d'une communauté donnée, comme la construction d'écoles

en combinaison avec d'autres installations publiques telles que des bibliothèques, des arénas et des centres de loisirs. Lorsque la construction d'écoles passe par des PPP, il y a généralement peu de marge de manœuvre et il est impossible de modifier les plans de conception pour y intégrer des changements ou des ajouts qui profiteraient à des communautés individuelles. Il est tout aussi difficile de trouver des partenaires pour des projets réalisés en formule PPP dans des communautés isolées, ce qui limite la concurrence et risque d'augmenter les prix des offres. La nature des contrats de PPP, qui peuvent être à long terme et inclure des accords privés pour travaux d'entretien s'étendant jusqu'à 30 ans après l'achèvement de la construction, fait en sorte que les conseils scolaires ne puissent y apporter des changements, même lorsque les travaux d'entretien effectués le sont de manière médiocre ou qu'on omet totalement de les effectuer.

Des dirigeants de l'industrie ont exprimé le souhait de donner aux conseils scolaires individuels la possibilité de gérer eux-mêmes la construction de leurs écoles. Pour ce faire, le gouvernement provincial devra fournir un capital initial permettant la construction de nouvelles écoles. À court terme, cette mesure pourrait accroître la dette de l'Alberta, mais le gouvernement espère qu'elle permettra de réduire globalement les dépenses publiques et de construire de nouvelles écoles qui répondent aux besoins de communautés données, en donnant aux parties prenantes, telles que les étudiants, les enseignants, les employés et les conseils scolaires, un plus grand contrôle sur leurs installations. Notamment, l'[Alberta School Capital Manual](#) pour l'année scolaire 2023-2024 mentionne toujours les PPP comme un système de livraison courant pour la construction d'écoles, au même titre que les approches « conception-soumission-construction » (CSC) et « conception-construction » (CC).

10 Canadian Broadcasting Corporation, « Alberta no longer using P3 approach as preferred way to build schools » (2022), en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/alberta-no-longer-using-p3-approach-as-preferred-way-to-build-schools-1.6697233> (CBC)



UN ACCENT ACCRU MIS SUR L'APPROVISIONNEMENT SOCIAL DANS L'OUEST CANADIEN

L'approvisionnement social est un processus qui permet aux gouvernements, aux établissements et à d'autres acheteurs d'utiliser leur pouvoir d'achat pour provoquer des changements et favoriser l'atteinte d'objectifs sociaux, environnementaux et culturels. La politique d'approvisionnement social de la Ville de Calgary (la « Ville ») est un exemple. Lorsqu'elle reçoit des offres presque égales, la Ville se rabat sur des facteurs tels que l'équité sociale, l'engagement en faveur de l'économie verte et l'engagement en faveur de la réconciliation avec les Premières Nations pour sélectionner le fournisseur auquel elle attribuera le contrat. À l'heure actuelle, la Ville attribue 53 % de ses contrats au promoteur qui a obtenu le meilleur résultat au questionnaire d'approvisionnement social de la Ville.

Bien que la politique d'approvisionnement social de la Ville exige que les fournisseurs potentiels y répondent

de manière honnête, équitable et complète, le processus présente néanmoins des faiblesses. Les promoteurs peuvent facilement se contenter de cocher certaines cases et il y a eu des fournisseurs dont le comportement a repoussé les limites de l'éthique. En réponse à cette situation, l'unité opérationnelle de la Ville qui est responsable de gérer l'approvisionnement soumet les fournisseurs à des audits aux termes de la politique et, en vertu du questionnaire, les fournisseurs ont l'obligation de fournir des documents justificatifs ou encore des certifications. Un processus de conformité de deuxième étape est en place depuis 2020.

La politique accorde un léger avantage aux entreprises ayant une plus forte orientation sociale, car elle attribue de 5 % à 10 % de la pondération au résultat obtenu au questionnaire d'approvisionnement social. Toutefois, des facteurs traditionnels tels que le coût et la qualité continuent de peser plus lourd et la Ville a **déclaré** que rien ne démontrait que l'approvisionnement social augmentait ses propres coûts.¹¹ L'accent mis sur la création d'une approche plus globale à la présentation de soumissions marque un changement d'orientation, de la

11 Five years after it was floated, city hall says social procurement policy working well (Cinq ans après la mise en place de la politique d'approvisionnement social, l'hôtel de ville estime qu'elle fonctionne bien).

simple recherche du coût le plus bas à la recherche d'une soumission globale et bien équilibrée. Allant de l'avant, les entreprises qui répondent à des DP et à d'autres processus de soumission pourraient envisager de structurer leurs activités de manière à aborder des questions qui sont de plus en plus prioritaires pour la communauté, par exemple en intégrant l'utilisation de fournitures écologiques et vertes, en utilisant des ressources locales pour en tirer un avantage social pour la communauté ou en augmentant la diversité interne de leurs effectifs.

Une ville canadienne a déjà poussé cette approche globale d'un cran de plus en créant une politique d'approvisionnement visant à faire progresser les efforts de réconciliation avec les entreprises autochtones. En effet, en février 2023, la Ville de Regina (la « Ville ») a approuvé une politique d'approvisionnement auprès de fournisseurs autochtones. Cette politique vise à stimuler l'esprit d'entreprise, les affaires et le développement économique des Autochtones en offrant aux fournisseurs autochtones davantage de possibilités de participer à l'économie. La politique vise à faire augmenter de manière considérable le taux de passation de marchés avec des fournisseurs autochtones, l'objectif étant d'attribuer un minimum de 20 % de la valeur totale des contrats d'approvisionnement de la Ville à des fournisseurs autochtones.

L'expression « fournisseur autochtone » en tant qu'entreprise est définie dans la politique. Qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle, d'une coopérative, d'une association à but non lucratif ou d'une coentreprise, l'essentiel est que l'entreprise appartienne majoritairement (à hauteur de 50 % ou 51 % selon sa structure juridique) à des Autochtones pour qu'elle soit réputée constituer un fournisseur autochtone.

Le mouvement en faveur de politiques d'approvisionnement auprès de fournisseurs autochtones semble s'étendre à l'ensemble du pays. Bien qu'aucune des villes suivantes n'ait encore mis en place une politique d'approvisionnement auprès de fournisseurs autochtones, en plus du gouvernement fédéral, Toronto, Vancouver, Edmonton et Saskatoon ont toutes laissé entendre qu'il était probable qu'elles adoptent une telle politique dans un avenir prévisible. Bien que des considérations relatives à l'approvisionnement social jouent encore un rôle relativement mineur dans les processus d'approvisionnement au Canada, le fait d'intégrer de telles considérations dans leur modèle d'entreprise peut donner aux soumissionnaires un léger avantage par rapport à d'autres soumissionnaires à prix égal. Nous nous attendons à ce que l'approvisionnement social continue à prendre de l'ampleur dans l'Ouest canadien et à l'échelle nationale.





Québec : revue de la jurisprudence et rapport de l'AMP sur l'examen de la gestion contractuelle

VILLE DE SHERBROOKE C. SHERAX IMMOBILIER INC. (2023 QCCA 554)

Dans *Ville de Sherbrooke c. Sherax Immobilier inc.*, la Cour d'appel a confirmé en partie le **jugement rendu par la Cour supérieure en 2021**, dont il a été question dans notre **rétrospective de 2021**. La Cour d'appel a confirmé que la Ville de Sherbrooke (la « Ville ») avait manqué à son obligation d'information ainsi qu'à son obligation précontractuelle de loyauté et de collaboration à l'égard du Groupe Axor inc. (« Axor ») et de sa filiale Sherax Immobilier inc. (« Sherax »).

En 2006, la Ville a conclu une entente de partenariat public-privé avec Axor pour la conception et la construction d'un centre de soccer d'intérieur (le « centre ») ainsi que pour son exploitation pendant une période de 40 ans. Une fois la construction terminée, Sherax devait offrir en location le centre aux organismes sportifs de la Ville. Dans les documents d'appel d'offres, la Ville estimait que les organismes sportifs pourraient louer le centre pendant près de 5 000 heures par année, mais elle a invité les soumissionnaires à procéder à leur propre analyse du marché afin d'établir la viabilité financière du centre. Au procès, la preuve a démontré que la proposition financière d'Axor reposait sur l'estimation de la Ville concernant les besoins de réservation de plateaux du centre.

Les documents d'appel d'offres laissaient entendre que la Ville offrirait une aide financière aux organismes sportifs afin d'atteindre le nombre d'heures de location par année, selon les estimations de ces documents. Or, il a été démontré au cours du procès que la Ville n'a jamais eu l'intention d'octroyer une aide financière supplémentaire à ces organismes et qu'elle avait omis de déclarer son intention à Axor avant de signer le contrat. Finalement, en raison d'une aide financière insuffisante, les organismes sportifs ont loué le centre pour un nombre d'heures par année bien inférieur aux prévisions initiales de la Ville dans les documents d'appel d'offres, sur laquelle Axor s'était appuyée.

La Cour d'appel a accepté les conclusions de la Cour supérieure selon lesquelles la Ville avait manqué à son obligation d'information et de collaboration en omettant de divulguer à Axor que la capacité des organismes à louer le centre dépendait de l'aide financière de la Ville et qu'elle n'avait pas l'intention d'octroyer des subventions au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer le loyer minimal garanti qui permettrait à Axor de générer des revenus annuels de 400 000 \$ pendant dix ans. L'utilisation des mots « estimé » et « à titre indicatif » dans les documents d'appel d'offres ne pouvait avoir pour effet de dégager la Ville de sa responsabilité.

Eu égard à l'obligation de s'informer d'Axor, la Cour d'appel a estimé qu'Axor avait eu raison de s'appuyer sur les estimations de la Ville. Axor avait disposé de peu de temps entre le lancement de l'appel d'offres et la présentation de son offre et avait consacré beaucoup de travail à la préparation de son offre. Axor n'avait donc pas pu réaliser une analyse de marché en bonne et due forme afin de valider l'estimation de la Ville. En outre, même s'ils avaient procédé à une telle analyse, les organismes n'auraient pu que confirmer l'estimation de la Ville. Enfin, la Cour d'appel a rappelé que, lorsque le propriétaire est une municipalité qui possède une expertise donnée, l'entrepreneur peut supposer

que l'information fournie dans les documents d'appel d'offres est adéquate et suffisante. La Cour d'appel a donc confirmé la conclusion du juge de première instance quant à la responsabilité de la Ville à l'égard d'Axor, pour un montant total de 2 170 063,55 \$ CA, représentant la perte de profits d'Axor.

VILLE DE MONTRÉAL C. 9150-2732 QUÉBEC INC. (2023 QCCA 567)

Dans *Ville de Montréal c. 9150-2732 Québec inc.*, la Cour d'appel a confirmé qu'il est interdit à une municipalité de lancer un appel d'offres public et d'examiner les soumissions présentées, pour ensuite négocier un contrat de gré à gré avec un autre fournisseur de services pour les mêmes services, avant d'avoir annulé l'appel d'offres. Nous avons également couvert la décision rendue en 2021 par la Cour supérieure dans notre rétrospective de 2021.

En 2018, la Ville de Montréal (la « Ville ») a lancé un appel d'offres pour le déneigement et le transport de la neige dans les limites de la ville. À l'ouverture des soumissions, il a été déterminé que 9150-2732 Québec inc. (« TMD ») était le plus bas soumissionnaire. Or, la Ville a estimé que la soumission était trop élevée et décidé de négocier un

contrat de gré à gré avec une autre société, Transvac, pour les mêmes services. Une fois l'entente de principes avec Transvac approuvée par le conseil municipal, la Ville a exercé la clause de réserve standard incluse dans les documents d'appel d'offres et a annulé l'appel d'offres. Une situation similaire s'est produite en 2020. TMD a poursuivi la Ville, en soutenant qu'elle ne pouvait négocier de gré à gré avec des concurrents, pendant que l'appel d'offres était toujours en cours.

Au procès, la Ville a fait valoir qu'elle pouvait négocier un contrat de gré à gré avec Transvac en vertu du paragraphe 575.3 (3) de la *Loi sur les cités et villes* (la « LCV »), qui prévoit que les dispositions relatives aux appels d'offres ne s'appliquent pas à un contrat de fourniture de services de camionnage en vrac. La Cour supérieure a statué que cette exception devait être interprétée de manière restrictive et que la Ville devait soit procéder à un appel d'offres, soit conclure un contrat de gré à gré, mais pas les deux en parallèle. En outre, elle a tenu la Ville responsable des dommages subis par TMD.

La Cour d'appel s'est rangée à l'avis de la Cour supérieure et a conclu que l'inclusion d'une clause de réserve dans les documents d'appel d'offres ne permet à une municipalité de ni se soustraire à la procédure d'appel d'offres et



d'accepter des offres non conformes ni manquer à son obligation de traiter tous les soumissionnaires de manière juste, équitable et de bonne foi. Une telle clause de réserve ne permet pas plus d'appliquer une condition n'ayant pas été divulguée dans les documents d'appel d'offres. L'appel d'offres ne comportait aucune indication permettant à la Ville de négocier ou de conclure un contrat de gré à gré en parallèle de la procédure d'appel d'offres. De plus, selon la Cour, la LCV avait pour objectif de garantir une procédure transparente qui donne une chance égale à tous les soumissionnaires. Ainsi, les municipalités ne peuvent pas se prévaloir de l'exception prévue au paragraphe 573.3 (3) de la LCV pour lancer un appel d'offres tout en négociant en parallèle un contrat de gré à gré. La Cour d'appel a confirmé que TMD avait le droit d'être indemnisée pour la perte de profits qu'elle avait subie, d'un montant total de 1,98 M\$ CA, du fait de ne pas s'être vu attribuer les contrats.

L.A. HÉBERT LTÉE C. VILLE DE LORRAINE (2023 QCCS 1020)

Dans l'affaire *L.A. Hébert Ltée c. Ville de Lorraine*, la Cour supérieure a conclu que la Ville de Lorraine (la « Ville ») pouvait exonérer le plus bas soumissionnaire de l'exigence de détenir une autorisation de l'Autorité des marchés publics (l'« AMP »), et ce, même si les documents d'appel d'offres comportaient une telle exigence, puisque la valeur de la soumission était inférieure au seuil de 5 M\$ CA établi par la *Loi sur les contrats des organismes publics* (la « LCOP »).

En décembre 2019, la Ville a lancé un appel d'offres pour des travaux liés à la stabilisation d'un ruisseau. En janvier 2020, L.A. Hébert Ltée (« Hébert ») a déposé son offre et l'entreprise s'est classée au rang de deuxième plus bas soumissionnaire. Le contrat a finalement été attribué à la société 9267-7368 Québec inc. (« 9267 »), le plus bas soumissionnaire, dont l'offre représentait un montant de 4 213 795 \$ CA.

Toutefois, les conditions de l'appel d'offres stipulaient que tous les soumissionnaires devaient détenir une autorisation de contracter valide de l'AMP au moment de déposer leur offre. Hébert détenait une telle autorisation, mais ce n'était pas le cas de 9267. Ainsi, Hébert a soutenu que l'offre de 9267 devait être rejetée, car la société ne respectait pas une exigence fondamentale de l'appel d'offres.

Selon la Cour supérieure, l'article 21.17 de la LCOP exige que les maîtres d'ouvrage et les soumissionnaires obtiennent une autorisation de l'AMP si le contrat a une valeur égale ou supérieure à 5 M\$, ce qui n'était pas le cas de l'offre de 9267. La Cour supérieure a ajouté qu'une municipalité ne peut pas imposer d'exigences plus restrictives que celles imposées par le gouvernement.

Il incombe au gouvernement, et non aux municipalités, d'imposer l'obligation de détenir une autorisation de l'AMP lorsque les investissements sont inférieurs au seuil fixé par le gouvernement. Par conséquent, lorsqu'une municipalité lance un appel d'offres pour des services d'une valeur inférieure au seuil établi et qu'elle souhaite exiger que les soumissionnaires détiennent une autorisation de l'AMP, elle doit en faire la demande au gouvernement en vertu de l'article 21.17.1 de la LCOP et le gouvernement peut accorder la demande en adoptant un décret.

La Cour a conclu que l'obligation de détenir une autorisation de l'AMP ne s'appliquait pas à l'offre de 9267, puisque la valeur de l'offre était inférieure au seuil minimal. De plus, la Ville n'ayant pas demandé au gouvernement d'imposer l'obligation de détenir une autorisation de l'AMP, la condition établie dans le cahier des charges était en contradiction avec la LCOP et le décret. La Ville a donc dû retenir l'offre la plus basse, ce qu'elle a fait, car elle ne pouvait pas rejeter cette offre au motif que le soumissionnaire ne détenait pas une autorisation de l'AMP. L'action d'Hébert a donc été rejetée.

9006-9311 QUÉBEC INC. (DEVCOR [1994]) C. VILLE DE BOISBRIAND (2023 QCCS 2109)

Dans l'affaire *9006-9311 Québec inc. (Devcor [1994]) c. Ville de Boisbriand*, la Cour supérieure a énoncé des lignes directrices sur la capacité de la municipalité à corriger des erreurs dans les formulaires d'appel d'offres

En février 2019, la Ville de Boisbriand (la « Ville ») a lancé un appel d'offres en vue de la conversion d'une église en centre de création culturelle. Trois entreprises ont répondu à l'appel d'offres, dont la demanderesse, 9006-9311 Québec inc. (« 9006 »), et Groupe Piché Construction inc. (« Piché »). Initialement, 9006 était le plus bas soumissionnaire et la différence de prix entre 9006 et Piché, le deuxième plus bas soumissionnaire, n'était que de 14 245,15 \$ CA. Après l'ouverture des offres, la Ville a corrigé ce qu'elle considérait comme des erreurs de calcul dans les offres de 9006 et de Piché. À la suite des corrections apportées par la Ville, le contrat a été attribué à Piché, devenu le plus bas soumissionnaire.

La Cour devait déterminer si la Ville était responsable du préjudice subi par 9006 du fait que le contrat avait été attribué à Piché et si l'offre de Piché n'était pas conforme aux documents d'appel d'offres.

La Cour a conclu que la Ville n'avait aucun droit d'apporter des corrections à l'offre de Piché, car les conditions générales de l'appel d'offres qui permettaient à la Ville de corriger des erreurs de calcul ne s'appliquaient pas en l'espèce. L'erreur corrigée par la Ville était qu'il y avait une différence systématique de 11,9 % entre le prix par unité



et le prix total pour les mêmes éléments. La correction de l'erreur a eu pour effet de soustraire près de 20 000 \$ CA du prix total de l'offre de Piché. La Cour a expliqué que la différence systématique entre le prix par unité et le prix total était attribuable à une erreur de Piché au moment de remplir le formulaire, qui a probablement omis d'inclure son profit dans le prix par unité. La Ville ne pouvait pas considérer que cette erreur était une erreur de calcul et rien ne justifiait qu'elle modifie le formulaire d'offre de Piché. Le contrat aurait donc dû être attribué à 9006.

En outre, 9006 a soutenu que l'offre de Piché n'était pas conforme, car il y manquait certains documents essentiels (par exemple, des pages de l'addenda). La Cour a conclu que les documents d'appel d'offres indiquaient clairement la liste de documents à joindre à l'offre et qu'il s'agissait d'une condition essentielle de l'appel d'offres. Ainsi, l'offre de Piché était bel et bien non conforme étant donné que les irrégularités soulevées par 9006 étaient majeures.

RAPPORT DE L'AMP SUR L'EXAMEN DE LA GESTION CONTRACTUELLE

En novembre 2023, l'Autorité des marchés publics (l'« AMP ») a publié un rapport sur l'examen de la gestion contractuelle mené par le ministère des Transports et de la Mobilité durable (le « MTQ »). L'examen a porté sur dix secteurs d'activité du MTQ et s'est appuyé sur plus de 2 500 contrats et 200 réunions avec des représentants du MTQ, des sous-ministres, des experts, des entrepreneurs et d'autres intervenants.

Le rapport présente 16 recommandations adressées au MTQ pour assurer une meilleure gestion de ses marchés publics. Les recommandations incluent les suivantes :

- utiliser des instruments clairs quant aux obligations liées à la planification des travaux d'entretien des ponts afin d'assurer notamment une meilleure planification et une meilleure gestion des projets et d'éviter que le MTQ ne se retrouve dans des situations d'urgence où il doit attribuer des contrats de gré à gré;
- utiliser les instruments requis et les mesures de contrôle appropriées pour garantir le respect des obligations contractuelles du MTQ liées à l'exécution de contrats, y compris pour les modifications de contrats et les suivis de l'avancement de travaux;
- utiliser des instruments pour soutenir la préparation du processus contractuel du MTQ afin de lui permettre de lancer son appel d'offres en temps opportun en tenant compte de certaines considérations, telles que la disponibilité de concurrents;
- mettre en place les mesures de contrôle appropriées pour assurer un suivi adéquat et rigoureux du respect par les entrepreneurs de leurs obligations contractuelles et une application uniforme des sanctions et des retenues pécuniaires.

Nous suivrons de près la mise en œuvre de ces recommandations par le MTQ dans les mois à venir.



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

MONTRÉAL

Bureau MZ400
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
Londres, EC2R 7HJ
Royaume-Uni