



mccarthy  
tétrault

# Rétrospective de l'année 2021 en droit des marchés publics

Innovations et évolution des lois et des politiques

mccarthy  
tétrault

Le domaine des marchés publics évolue sans cesse. Entre les décisions rendues par les tribunaux, en passant par les mises à jour des lois et des politiques, il est important pour les acheteurs et les fournisseurs de demeurer au fait des développements récents en droit des marchés publics.

Tant dans le domaine des marchés publics qu'à d'autres égards, l'année 2021 a davantage ressemblé à l'année 2020 que bien des gens ne l'auraient espéré. La pandémie de COVID-19 continue de perturber les chaînes d'approvisionnement et les activités des marchés publics à l'échelle du pays. Cela dit, les problèmes et les initiatives en matière de marchés publics ont commencé à « débloquer » et à progresser vers quelque chose qui s'approche d'un retour à la normale.

Pour vous guider à travers les développements survenus en droit des marchés publics en 2021, nous avons réalisé une analyse minutieuse axée sur l'évolution de la jurisprudence provenant des diverses cours provinciales, de la Cour fédérale et des tribunaux administratifs spécialisés en droit des marchés publics. Dans le but d'enrichir les enseignements tirés de la jurisprudence, nous avons également analysé certaines innovations et avancées clés dans les politiques et les méthodes d'approvisionnement des acheteurs publics canadiens.



## Table des matières

Évolution à l'échelle fédérale .....	4
Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan et Manitoba : évolution du nouveau partenariat de l'Ouest .....	6
Colombie-Britannique : Wastech et une tentative d'établir un nouveau délit .....	9
Yukon : le point sur les politiques d'approvisionnement et la jurisprudence pour les Premières Nations .....	11
Manitoba : politique sur l'approvisionnement social et le point sur la jurisprudence .....	14
Ontario : nouvelles structures de marché et application de l'affaire <i>Wastech</i> .....	15
Québec : développements législatifs récents et revue de la jurisprudence .....	19
Nouveau-Brunswick .....	23
Nouvelle-Écosse .....	25

## Évolution à l'échelle fédérale

### MODIFICATIONS APPORTÉES AUX POLITIQUES SUR LES MARCHÉS PUBLICS

En décembre 2017, le gouvernement a annoncé que l'évaluation des soumissions pour l'acquisition des avions de chasse du Canada inclurait l'évaluation de l'impact des soumissionnaires sur les intérêts économiques du Canada. La section 9.3 du budget de 2021 du gouvernement fédéral réitère et étend la portée de cette politique « aux principaux approvisionnements de la Défense et de la Garde côtière à l'avenir ». Elle souligne que les entreprises qui ont porté atteinte aux intérêts économiques du Canada au moyen de contestations commerciales verront des points être déduits de la note attribuée à leur soumission et ce, à un niveau proportionnel à la gravité des répercussions économiques, jusqu'à une pénalité maximale. La mise en œuvre de cette mesure (au-delà des aspects pouvant être consignés dans un critère existant et légitime ou justifiés pour des raisons de sécurité nationale) est susceptible d'engendrer des contestations devant les tribunaux de commerce extérieur de la part de soumissionnaires mécontents.

Le 13 mai 2021, la nouvelle Directive sur la gestion de l'approvisionnement (la « Directive ») est entrée en vigueur, remplaçant ainsi 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. 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 sur 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 jugés essentiels. Elle prévoit également que les autorités contractantes doivent, dans la mesure du possible, tenir compte du rendement antérieur lors de l'évaluation de la capacité d'un soumissionnaire à livrer les produits. Les ministères fédéraux ont jusqu'au 13 mai 2022 pour effectuer la transition vers la nouvelle Directive.

**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 jugés essentiels.**

### LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

Les décisions rendues en 2021 ont également marqué un recul quant à la capacité des autorités contractantes à fixer leurs propres exigences pour les soumissions présentées dans le cadre d'une demande de propositions (« DP »), sans s'exposer à une réécriture par les cours ou les tribunaux.

Dans l'affaire *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26, la Cour d'appel fédérale a confirmé qu'une interprétation des exigences d'une DP qui va au-delà du libellé de l'exigence et la méthode d'évaluation prévue





sera jugée déraisonnable. L'affaire découle de cinq contrôles judiciaires de trois décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « Tribunal »), portant sur le critère obligatoire 12 (« MR 12 ») de la DP, lequel exige que les navires des soumissionnaires soient « dotés d'une puissance de traction minimale continue d'au moins 120 tonnes [métriques] lorsque tous les dispositifs consommateurs d'énergie entraînés par moteur (génératrices attelées, etc.) sont pris en compte ». Dans ses deuxième et troisième décisions, le Tribunal a introduit le concept de traction « fonctionnelle », qui devait être mesurée à partir de critères non prévus dans le libellé de la MR 12, interpolant ainsi [Traduction] « sa propre idée d'un test de traction plus solide ». La Cour d'appel a vivement critiqué cette décision [Traduction] « hautement problématique » du Tribunal de [Traduction] « réécrire les critères ou les méthodes d'évaluation du marché ». La Cour d'appel a infirmé les décisions en raison de leur caractère déraisonnable et a ordonné au Tribunal de statuer sur les plaintes concernées en tenant compte des motifs de la Cour.

Le Tribunal a également limité son interprétation des exigences contenues dans les appels d'offres. Dans l'affaire *SL Ross Environmental Research Limited*, [2021 CanLII 44202 \(CA TCCE\)](#), la partie plaignante contestait la note attribuée à sa soumission dans le cadre d'une demande d'offres à commandes, et a fait valoir, entre autres, qu'elle « bénéficie d'une réputation internationale bien méritée » et qu'on aurait dû lui accorder le bénéfice du doute quant à la notation de son expérience antérieure. Le Tribunal a confirmé que la réputation internationale de

la partie plaignante n'était pas raisonnablement liée à l'un quelconque des critères techniques évalués, et constituait ainsi un facteur externe non prévu par la demande d'offres à commandes.

De même, dans *Marine Recycling Corporation et Canadian Maritime Engineering Ltd.*, [2021 CanLII 3124 \(CA TCCE\)](#) le Tribunal a examiné un processus d'évaluation des soumissions par étapes qui offrait aux soumissionnaires plusieurs occasions de remédier aux lacunes relevées par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (« TPSGC »). Une fois le processus d'appel d'offres conclu et le contrat attribué, le soumissionnaire non retenu a signalé son opposition quant à l'adjudication du contrat et l'évaluation de sa soumission à l'autorité contractante. L'autorité contractante a choisi d'annuler la DP plutôt que de procéder à une réévaluation des soumissions après avoir pris connaissance de cette opposition. Devant le Tribunal, l'autorité contractante a fait valoir qu'après avoir pris connaissance des oppositions et examiné la DP, elle a déterminé que les critères d'évaluation et la méthode de notation présentaient des ambiguïtés et donnaient lieu à une évaluation subjective des soumissions qui rendait les notes injustifiables après un réexamen. Le Tribunal a conclu que « le caractère subjectif du processus d'évaluation que redoutait TPSGC en raison de l'ambiguïté dans la DP n'était pas un motif suffisant pour annuler la DP, et a ordonné à l'autorité contractante de procéder à la réévaluation des soumissions. Par ailleurs, le Tribunal n'a pas critiqué le processus d'évaluation des soumissions par étapes tel qu'il est prévu dans la DP.

## Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan et Manitoba : évolution du nouveau partenariat de l'Ouest

Les provinces de l'Ouest canadien sont toutes membres du nouveau partenariat de l'Ouest, un accord commercial conclu en 2010 qui vise l'intégration des économies de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et du Manitoba. Ce bloc régional, unique en son genre au Canada, dispose de son propre mécanisme de réclamation relative à une offre. Ce mécanisme permet d'arbitrer les litiges entre les fournisseurs, tout comme le Tribunal tranche les différends portant sur les marchés publics à l'échelle fédérale. Il permet non seulement d'examiner l'évolution de la common law et du droit public dans ces territoires, mais également de comprendre comment les organismes provinciaux interprètent les engagements consignés dans les accords commerciaux.

Si un fournisseur estime qu'un approvisionnement particulier a été passé de manière incompatible avec les obligations prévues par les accords commerciaux régissant les parties, il peut se prévaloir du mécanisme de réclamation relative à une offre afin de contester la décision de l'entité contractante. Nous passons en revue deux décisions relatives au nouveau partenariat de l'Ouest rendues en 2021, soit *West-Can Seal Coating Inc. c. Ministry of Highways and Infrastructure for the Province of Saskatchewan* et *In the Matter of a Complaint by Commercial Truck Equipment Corporation Against Beaver Emergency Services Commission*.

**Si un fournisseur estime qu'un approvisionnement particulier a été passé de manière incompatible avec les obligations prévues par les accords commerciaux régissant les parties, il peut se prévaloir du mécanisme de réclamation relative à une offre afin de contester la décision de l'entité contractante.**

### WEST-CAN SEAL COATING INC. CONTRE LE MINISTÈRE DE LA VOIRIE ET DE L'INFRASTRUCTURE DE LA SASKATCHEWAN (MARS 2021)

West-Can Seal Coating Inc. (« West-Can »), une société de l'Alberta, a fait valoir que le ministère de la Voirie et de l'Infrastructure de la Saskatchewan (le « Ministère ») avait fait preuve de discrimination à l'endroit des fournisseurs de l'extérieur de la province, notamment en ce qui concerne le marché du micro-revêtement pour des sections d'autoroute précises. La société affirmait qu'en raison de l'approche du Ministère, 100 % des contrats de micro-revêtement lancés par le Ministère depuis 2017 avaient été octroyés à des soumissionnaires de la Saskatchewan, au détriment de West-Can, qui présentait pourtant la soumission la plus basse et répondait à tous les autres critères de l'appel d'offres. Le Ministère a nié les allégations.

La plainte en question portait sur les processus de notation appliqués par le Ministère afin d'évaluer les soumissions, tels que le contrôle du trafic dans





les zones d'activité, l'évaluation de la performance des entrepreneurs et les avantages communautaires. En ce qui concerne le contrôle du trafic dans les zones d'activité, le Ministère s'est servi de la note attribuée à West-Can à la suite d'un audit réalisé en 2018, bien que le processus d'audit ait été substantiellement modifié par la suite. L'arbitre a déterminé que West-Can n'avait pas bénéficié d'un préavis suffisant l'informant que la note d'audit serait utilisée pour des évaluations de soumissions futures et qu'elle n'avait pas eu l'occasion de contester la note. Après la clôture de l'appel d'offres, mais avant l'adjudication du contrat, la note d'audit du soumissionnaire local, Morsky Construction Limited (« Morsky »), a été rajustée suite à une recommandation voulant que le contrat soit attribué à West-Can étant donné que sa soumission était plus basse de 57 580 \$ que celle de Morsky. Une telle situation n'a fait qu'exacerber l'iniquité. L'arbitre a estimé que la conduite du Ministère contrevenait à de nombreux articles de l'Accord de libre-échange canadien « ALEC », notamment :

- l'article 500 : un processus ouvert et équitable;
- l'article 502 : un traitement non moins favorable que le meilleur traitement que l'on accorderait à ses propres fournisseurs;
- l'article 507 : des évaluations effectuées sur la base de conditions prévues à l'avance dans les avis d'appel d'offres ou la documentation; et
- l'article 515 : l'entité contractante traite toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité.

Par ailleurs, l'arbitre remettait en question le fait que le Ministère n'avait pas attribué une note d'évaluation de la performance des entrepreneurs à Morsky sous prétexte que cette dernière et lui étaient impliqués dans un litige en cours concernant la performance antérieure de Morsky, que le Ministère avait qualifiée de non-conforme. L'arbitre a recommandé au Ministère d'attribuer une note d'évaluation de la performance des entrepreneurs en fonction du bon jugement de ses ingénieurs professionnels.

Enfin, pour ce qui est de l'exigence des avantages communautaires de la soumission, l'arbitre a accepté l'argument de West-Can selon lequel la disposition encourageait indûment l'utilisation d'une main-d'œuvre locale et pénalisait les entrepreneurs incapables d'y recourir. L'arbitre a déterminé que cela contrevenait à l'article 500 de l'ALEC, lequel prévoit un accès ouvert et équitable. L'arbitre a également conclu que cela contrevenait à l'article 503, qui interdit à une entité contractante de tenir compte de « critères reposant sur la teneur en éléments d'origine locale ou sur d'autres avantages économiques qui sont conçus pour favoriser [...] les fournisseurs de tels produits ou services d'une Province ou d'une région particulière ».

En plus de formuler des recommandations concernant la procédure pour les marchés publics à venir, la décision accordait également à West-Can le paiement de ses frais de justice et ses frais pour la préparation de la soumission. Cette décision confirme l'esprit du nouveau partenariat de l'Ouest qui vise l'intégration des économies de certaines provinces canadiennes, plutôt que l'octroi d'avantages indus aux économies locales.

## PLAINTÉ DE COMMERCIAL TRUCK EQUIPMENT CORPORATION À L'ENDROIT DE BEAVER EMERGENCY SERVICES COMMISSION (JUILLET 2021)

Cette affaire confirme le principe bien établi selon lequel une entité contractante n'est pas obligée d'accepter une soumission non conforme, même si celle-ci s'avère la plus basse. En janvier 2021, Beaver Emergency Services Commission (« BESC »), qui dessert plusieurs municipalités en Alberta, a lancé une DP relative à un navire-citerne à eau. Un soumissionnaire, Commercial Truck Equipment Corporation (« CTEC »), a signalé à BESC la présence de plusieurs contradictions dans la DP et a fait part de ses craintes de partialité. En effet, les critères de l'appel d'offres avaient été rédigés par l'employé d'un autre soumissionnaire, Fort Garry Fire Truck (« Fort Garry »). L'arbitre a déterminé que BESC avait publié une version révisée de la DP qui répondait à toutes les préoccupations de CTEC de manière satisfaisante.

Le contrat a ultimement été attribué à Fort Garry. CTEC a contesté l'attribution du contrat pour plusieurs motifs, notamment en raison du fait que sa soumission était la

plus basse et que BESC avait un parti pris en faveur de Fort Garry. Dans le cadre de son analyse, l'arbitre a conclu à l'absence de partialité et a déterminé que la soumission de CTEC n'était pas conforme à plusieurs égards, notamment relativement à son défaut de soumettre le nombre exigé d'exemplaires de sa proposition. Les documents de l'appel d'offres prévoyaient expressément que [Traduction] « le défaut de soumettre les documents exigés peut entraîner le rejet de votre soumission ou l'attribution d'aucun point ». L'arbitre a établi que ce défaut, à lui seul, justifiait le rejet par BESC de la soumission de CTEC. Par ailleurs, CTEC avait omis d'inclure un navire-citerne comportant un réservoir de 3 000 gallons impériaux dans sa soumission, un critère essentiel de l'appel d'offres.

Malgré son aspect quelque peu routinier, il est essentiel qu'une jurisprudence constante sur le mécanisme de réclamation relative à une offre pour le nouveau partenariat de l'Ouest soit établie pour que les litiges d'envergure soient adéquatement tranchés à l'avenir. Cela est particulièrement important puisque nous avons constaté, par le passé, que certaines décisions s'écartaient considérablement de la jurisprudence antérieure sur l'interprétation des traités sans explication ni justification.



## Colombie-Britannique : Wastech et une tentative d'établir un nouveau délit

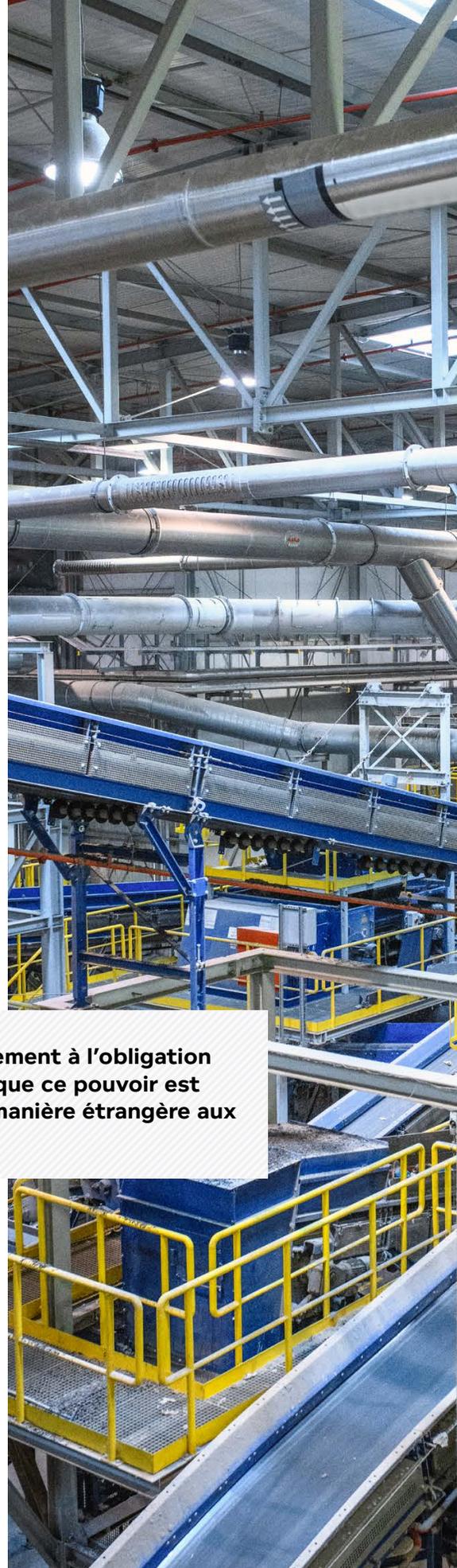
### WASTECH SERVICES C. GREATER VANCOUVER SEWERAGE AND DRAINAGE DISTRICT (2021 CSC 7) : ÉVOLUTION DES OBLIGATIONS EN MATIÈRE D'EXÉCUTION CONTRACTUELLE

Après la décision charnière de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, que nous avons survolée dans le cadre de notre rétrospective des lois et des tendances en matière de marchés publics de l'an dernier, la Cour suprême a rendu sa décision dans *Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 2021 CSC 7. Celle-ci vient clarifier la nature et la portée de l'obligation d'exercer un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle de bonne foi.

Dans cette affaire, Wastech Services Ltd. (« Wastech »), une société qui s'occupe du transport et de l'élimination des déchets, entretenait une relation contractuelle de longue date avec Metro, une société constituée en vertu d'une loi et chargée de gérer l'élimination des déchets dans le district régional du Grand Vancouver. Aux termes du contrat, Wastech était responsable de l'enlèvement des déchets et de leur transport vers trois installations d'élimination des déchets, moyennant paiement. Wastech devait être payée à un taux différent selon l'installation vers laquelle les déchets étaient envoyés, la distance étant variable. Le contrat conférait à Metro le « pouvoir discrétionnaire absolu » de décider où les déchets seraient envoyés et ne garantissait pas l'obtention par Wastech de son profit d'exploitation cible.

**La Cour n'a pas retenu cet argument et a affirmé qu'il y a manquement à l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel « seulement lorsque ce pouvoir est exercé de façon déraisonnable, ce qui signifie en l'espèce d'une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire ».**

En 2011, Metro a modifié la répartition des déchets de sorte que les déchets ont été redirigés vers un site d'enfouissement qui était plus proche. En conséquence, Wastech a enregistré un profit largement inférieur à son profit d'exploitation cible. Wastech a fait valoir que Metro avait violé le contrat et exercé son pouvoir discrétionnaire contractuel d'une manière qui allait à l'encontre de son obligation d'agir de bonne foi en décidant de la répartition des déchets. La Cour n'a pas retenu cet argument et a affirmé qu'il y a manquement à l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire contractuel « seulement lorsque ce pouvoir est exercé de façon déraisonnable, ce qui signifie en l'espèce d'une manière étrangère aux objectifs qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire ». Cela comprend des circonstances dans lesquelles l'exercice du pouvoir discrétionnaire est « arbitraire ou abusif », ce qui n'était pas le cas dans





Wastech. Au contraire, la Cour était d'avis que l'exercice par Metro de son pouvoir discrétionnaire était guidé par les objectifs d'optimisation de l'efficacité et de réduction des frais d'exploitation, ce qui était la raison d'être du pouvoir discrétionnaire de Metro aux termes du contrat.

Une analyse approfondie de l'affaire *Wastech* et de ses effets anticipés en matière de marchés publics et de droit contractuel peut être consultée [ici](#) (en anglais seulement).

### ***FORCOMP FORESTRY CONSULTING LTD. C. BRITISH COLUMBIA (2021 BCCA 465) : REJET D'UN NOUVEAU DÉLIT***

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur un nouveau délit potentiel « d'inscription sur une liste noire » dans le contexte des marchés publics. Les demanderesse, FORCOMP Forestry Consulting Ltd. (« FORCOMP ») et son commettant avaient offert leurs services au ministère provincial pendant plusieurs années, mais n'avaient pas obtenu de contrat depuis un certain temps. FORCOMP et son commettant ont intenté une action contre la province et plusieurs employés du ministère des Forêts, des Terres et de l'Exploitation des ressources naturelles et du Développement rural (le « Ministère »). La poursuite alléguait que les employés en cause avaient : i) comploté afin de priver les appelants de contrats et d'occasions professionnelles; ii) commis une faute dans l'exercice d'une charge publique; iii) mis les appelants sur une « liste noire » afin de les exclure des contrats provinciaux; et iv) contrevenu au droit à la liberté d'expression des appelants, prévu par l'article 2b) de la Charte. Selon FORCOMP, le Ministère aurait posé ces gestes en représailles pour avoir dénoncé les erreurs commises dans le cadre de travaux.

En première instance, le premier juge avait accueilli une requête en rejet et rejeté les quatre réclamations. FORCOMP a porté la décision en appel devant la Cour d'appel. La Cour d'appel a déterminé que les demanderesse avaient allégué suffisamment de faits pour appuyer les allégations de complot et de faute dans l'exercice d'une charge publique, mais a conclu que la réclamation fondée sur « l'inscription à une liste noire » ne présentait aucune chance raisonnable de succès, puisqu'il ne s'agissait pas d'un délit existant et que la reconnaissance de ce nouveau délit ne constituerait pas [Traduction] « une évolution graduelle du droit existant ».

Il importe de noter que l'absence d'expression pour qualifier « l'inscription à une liste noire » ne règle pas entièrement la question, puisque la Cour a rétabli les autres réclamations et a permis à FORCOMP d'aller de l'avant. Tout dépendra de la nature de la preuve à être administrée. Les acheteurs devraient veiller à ce que leurs employés n'agissent pas d'une manière susceptible de les exposer à ce type de réclamation.

Également, cette tentative d'intégrer « l'inscription à une liste noire » dans un délit est importante. Toutefois, étant donné que la possibilité de mettre un fournisseur sur une « liste noire » est très restreinte en vertu des accords commerciaux, les fournisseurs qui croient avoir été placés sur une liste noire devraient plutôt envisager de porter plainte par l'intermédiaire d'un mécanisme de redressement approprié s'ils ont essuyé un refus dans le cadre d'un appel d'offres donné (le mécanisme de réclamation relative à une offre pour les territoires compris dans le nouveau partenariat de l'Ouest, le Tribunal à l'échelle fédérale ou une demande en contrôle judiciaire pour les autres territoires).

## Yukon : le point sur les politiques d'approvisionnement et la jurisprudence pour les Premières Nations

### LE YUKON MET EN ŒUVRE UNE POLITIQUE D'APPROVISIONNEMENT VISANT LES PREMIÈRES NATIONS DU YUKON

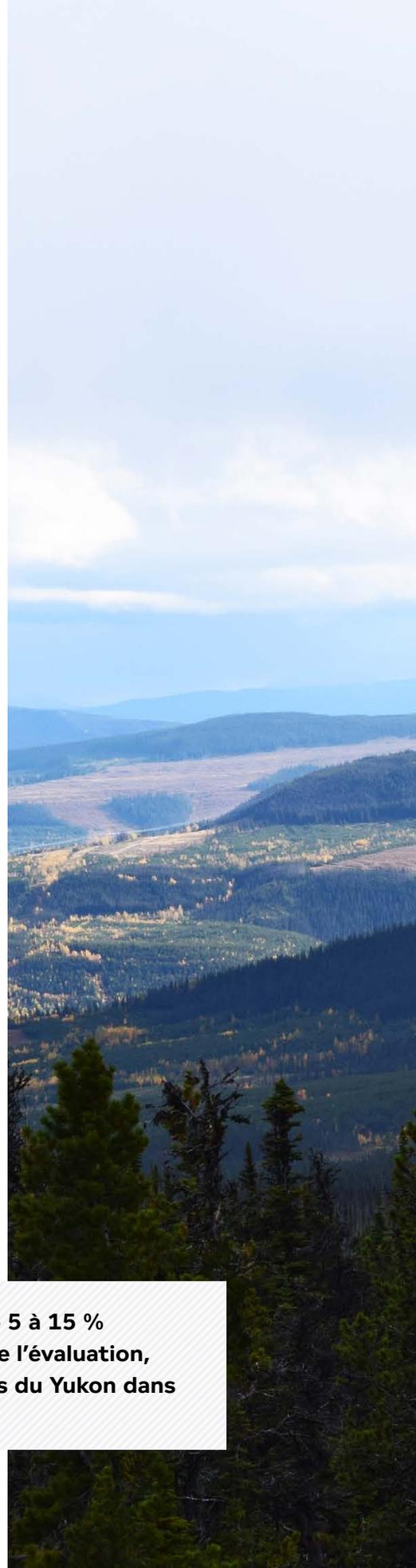
Le gouvernement du Yukon a mis en œuvre une Politique d'approvisionnement visant les Premières Nations qui confère des avantages aux entreprises appartenant aux Premières Nations et aux entreprises qui embauchent des employés issus des Premières Nations du Yukon lorsqu'elles soumissionnent pour des contrats publics. La politique est entrée en vigueur le 22 février 2021.

Un registre des entreprises des Premières Nations du Yukon a été créé, et il est géré par la Chambre de commerce des Premières Nations du Yukon. Les entreprises qui souhaitent s'inscrire au registre doivent soumettre des documents justificatifs établissant leur statut de citoyen des Premières Nations du Yukon ainsi que les conventions d'actionnaires. Le registre permet aux entreprises des Premières Nations de faire la promotion de leurs produits et de leurs services auprès du public, des gouvernements et d'autres entreprises. Une liste des critères d'admissibilité est publiée sur le [site Web](#) du gouvernement du Yukon.

Un outil de réduction de la valeur des offres a également été mis en œuvre. Cet outil de la Politique d'approvisionnement visant les Premières Nations du Yukon réduit la valeur des soumissions qui répondent par ailleurs aux exigences applicables pour les fins d'évaluation de prix et de classement uniquement. Une telle réduction permet de reclasser les soumissions conformes pour tenir compte de la participation accrue des entreprises et des membres des Premières Nations du Yukon. Les entreprises admissibles pourraient bénéficier d'une réduction de 5 à 15 % de la valeur de la soumission ou de ces composantes dans le cadre de l'évaluation, selon le degré de propriété et de participation des Premières Nations du Yukon dans ces entreprises. Une réduction de la valeur de la soumission d'au plus 15 % s'applique au prix du travail effectué par des membres des Premières Nations du Yukon, sans égard au statut du soumissionnaire comme entreprise des Premières Nations du Yukon. Une réduction additionnelle de 5 % s'applique lorsque l'entreprise des Premières Nations du Yukon est établie ailleurs qu'à Whitehorse et que les activités prévues au contrat sont réalisées dans le territoire traditionnel où se situe l'entreprise admissible, conformément aux documents du marché public visé.

**Les entreprises admissibles pourraient bénéficier d'une réduction de 5 à 15 % de la valeur de la soumission ou de ces composantes dans le cadre de l'évaluation, selon le degré de propriété et de participation des Premières Nations du Yukon dans ces entreprises.**

Cette mesure sera probablement conforme à l'ALEC et aux autres accords commerciaux, puisque ceux-ci prévoient généralement des exceptions d'une large portée qui ciblent précisément les mesures destinées à favoriser le développement





des entreprises autochtones et des entreprises situées dans les régions nordiques éloignées et rurales.

## LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

### **45787 Yukon Inc./Mobile Solutions and Research Inc. v ALX Exploration Services Inc. (2021 YKSC 60) : les risques associés à une allégation de fraude**

En guise de mise en garde, les demanderesses, 45787 Yukon Inc./Mobile Solutions and Research Inc. et Midwest Industrial Supply Inc. (collectivement, « MSRI »), ont fait valoir que la défenderesse, ALX Exploration Services Inc. (« ALX ») n'aurait pas dû se voir accorder le contrat à leur détriment. Dans le cadre de leur (infructueuse) tentative pour démontrer qu'elles n'avaient nul besoin de fournir un affidavit de documents plus étoffé à ALX, les demanderesses ont fait valoir qu'ALX et sa co-défenderesse, Soilworks, ont participé à une fraude dans le but de frauder le gouvernement du Yukon. Dans un retournement de situation, la Cour a plutôt condamné les demanderesses à payer des frais de justice spéciaux, étant donné l'absence de fondement pour les allégations de fraude et les incidences néfastes qu'elles auraient pu avoir sur la réputation d'ALX.

## ALBERTA : LE POINT SUR LA LÉGISLATION

En décembre 2021, le gouvernement de l'Alberta a adopté un nouveau cadre de gouvernance pour la révision et le financement de projets d'immobilisations, soit le [Bill 73](#):

[Infrastructure Accountability Act](#) (projet de loi sur les responsabilités en matière d'infrastructure). Le projet de loi prévoit également l'élaboration d'un plan d'immobilisations stratégiques de 20 ans, qui servira de guide aux décisions à long terme du gouvernement en matière d'infrastructure. Il est entré en vigueur le 8 décembre 2021.

De manière générale, les changements clés introduits par la [Infrastructure Accountability Act](#) (la « Loi ») sont les suivants. La Loi :

- établit six critères dont le gouvernement de l'Alberta doit tenir compte dans son évaluation des propositions en matière de planification des immobilisations. Les projets seront évalués en tenant compte de la façon dont ils :
  - répondent aux besoins en matière de santé, de sécurité et de conformité;
  - cadrent avec les priorités et les stratégies du gouvernement;
  - favorisent l'économie et créent des emplois;
  - améliorent la prestation des programmes et les services;
  - tiennent compte des coûts du cycle de vie et de la capacité à générer un retour sur les investissements; et
  - améliorent la résilience des communautés.
- prévoit un cadre de gouvernance régissant la conception du plan d'immobilisations annuel de la province, qui énonce les rôles et les responsabilités des ministères concernés;
- met sur pied un comité des immobilisations composé

de sous-ministres qui fournit des conseils sur le plan d'immobilisations; et

- prévoit l'élaboration et la publication d'un plan d'immobilisations stratégiques de 20 ans, lequel doit être publié dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la *Infrastructure Accountability Act*, et mis à jour au moins tous les quatre ans.

### Les six nouveaux critères

Aux termes de l'alinéa 3c) de la Loi, le ministre responsable doit [Traduction] « analyser et prendre en compte les propositions en matière de planification des immobilisations, autres que celles visant l'entretien et le renouvellement d'immobilisations, à la lumière des critères décrits à l'article 4 et des autres critères que le ministre responsable juge appropriés ». Les six critères susmentionnés sont établis à l'article 4 de la Loi, qui semble investir le ministre responsable d'un large pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'application de ces dispositions. La loi ne prévoit pas de système de notation public ou de classement pour montrer comment les projets sont évalués à la lumière de ces critères et elle ne fournit aucune directive sur l'importance relative de chaque critère ni des critères additionnels sur lesquels le ministre responsable pourrait s'appuyer dans le cadre de son analyse.

### Le plan d'immobilisations stratégiques de 20 ans

Le préambule de la Loi précise que [Traduction] « le gouvernement de l'Alberta privilégie une planification des infrastructures axée sur le long terme, les priorités et une approche stratégique ». En vertu du paragraphe 6(1) de la Loi, le ministre responsable [Traduction] « doit établir et publier un plan d'immobilisations stratégiques de 20 ans dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente Loi et au moins tous les quatre ans par la suite ».

En vertu du paragraphe 6(2), chaque plan d'immobilisations stratégiques de 20 ans [Traduction] « doit énoncer la vision à long terme du gouvernement pour répondre aux besoins de la population albertaine en matière d'infrastructures au cours des 2 prochaines décennies » et doit prévoir [Traduction] « une planification prospective des immobilisations stratégiques à long terme en s'appuyant sur une analyse qui tient compte des tendances économiques et démographiques à long terme, entre autres ». La Loi ne se prononce pas sur les types de mesures ou de projections qui pourraient être exigées dans le cadre du plan à long terme ni sur la manière dont seront évalués les besoins des Albertains en matière d'infrastructures.

Un examen approfondi de ces changements peut être consulté [ici](#) (en anglais seulement).



# Manitoba : politique sur l'approvisionnement social et le point sur la jurisprudence

## WINNIPEG ADOPTE L'APPROVISIONNEMENT SOCIAL

Dans le cadre de son programme d'approvisionnement durable, la Ville de Winnipeg élabore en ce moment une politique d'approvisionnement social. Le but de cette politique est de mettre à profit le budget annuel de 400 M\$ destiné à l'achat de produits et de services de la Ville pour créer de la valeur sociale, comme des occasions d'affaires pour les entreprises autochtones et de la diversité ainsi que les entreprises à vocation sociale, de même que des possibilités d'emploi et de perfectionnement pour les groupes visés par l'équité en matière d'emploi et les autres groupes marginalisés. L'un des objectifs consiste à reconnaître les soumissionnaires qui embauchent et forment des travailleurs peu qualifiés en leur accordant des points supplémentaires pour ces critères.

Or, la Ville doit faire preuve de prudence dans sa façon d'adopter ces mesures, et les fournisseurs éventuels doivent demeurer vigilants afin de déterminer s'ils pourraient avoir une réclamation potentielle. Une politique d'approvisionnement social peut facilement devenir discriminatoire et contrevenir aux obligations de Winnipeg en vertu de l'ALEC et d'autres accords en matière de marchés publics. Bien que ces accords accordent une certaine latitude pour la mise en place d'un programme d'approvisionnement social, cette latitude n'est ni vaste ni absolue. Cette politique diffère donc quelque peu de celle du Yukon mentionnée plus haut, puisque cette dernière contient des mesures qui ciblent les Premières Nations et les communautés autochtones, plutôt que des groupes défavorisés de manière générale.

## LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

### **Capitol Steel Corporation c. The Government of Manitoba (2021 MBQB 55) : avoir le beurre et l'argent du beurre**

Dans le cadre d'une action intentée par la demanderesse, Capitol Steel Corporation (« Capitol »), la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a condamné la défenderesse, le gouvernement du Manitoba, à payer à Capitol le solde dû pour l'approvisionnement en poutres d'acier.

Capitol réclamait la somme de 489 808,48 \$, montant qui a été réduit à 414 808,48 \$ en raison de la présence d'une clause pénale de retard dans les documents d'appel d'offres, laquelle prévoyait une pénalité de 1 500 \$ par jour de retard en cas de livraison tardive des poutres d'acier. Capitol, qui avait 50 jours de retard au moment de la livraison, a concédé qu'elle devait 75 000 \$ à la défenderesse au titre de la clause pénale de retard. En plus d'invoquer la clause pénale de retard, la défenderesse a également soutenu que la clause de responsabilité en cas de retard lui permettait de réclamer des dommages-intérêts d'un montant équivalent aux sommes que les sous-traitants cherchaient à obtenir en raison de ce retard. Le gouvernement du Manitoba a fait valoir que ces dommages-intérêts s'élevaient à 405 756,24 \$.

La Cour a conclu que la clause de dommages liquidés et la clause de responsabilité en cas de retard étaient incompatibles et inconciliables. Ainsi, puisque la défenderesse avait rédigé les documents d'appel d'offres et le contrat, la Cour a conclu qu'elle devait en assumer la responsabilité.

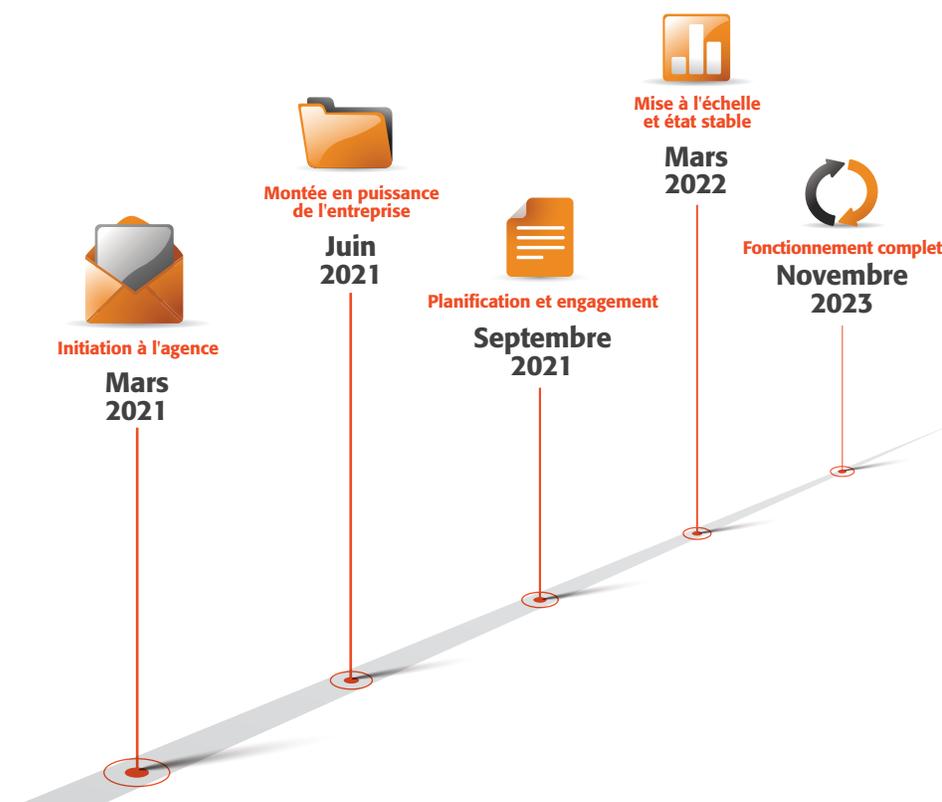
Cette affaire illustre bien qu'on peut parfois en faire trop au moment de la rédaction de documents d'appel d'offres. Les rédacteurs doivent veiller à ce que les dispositions figurant dans les documents d'appel d'offres concordent entre elles et éviter qu'elles ne confèrent des aubaines potentielles aux acheteurs. En agissant ainsi, on met à risque les acheteurs et ouvre la porte à l'interprétation la moins favorable des deux clauses.



## Ontario : nouvelles structures de marché et application de l'affaire Wastech

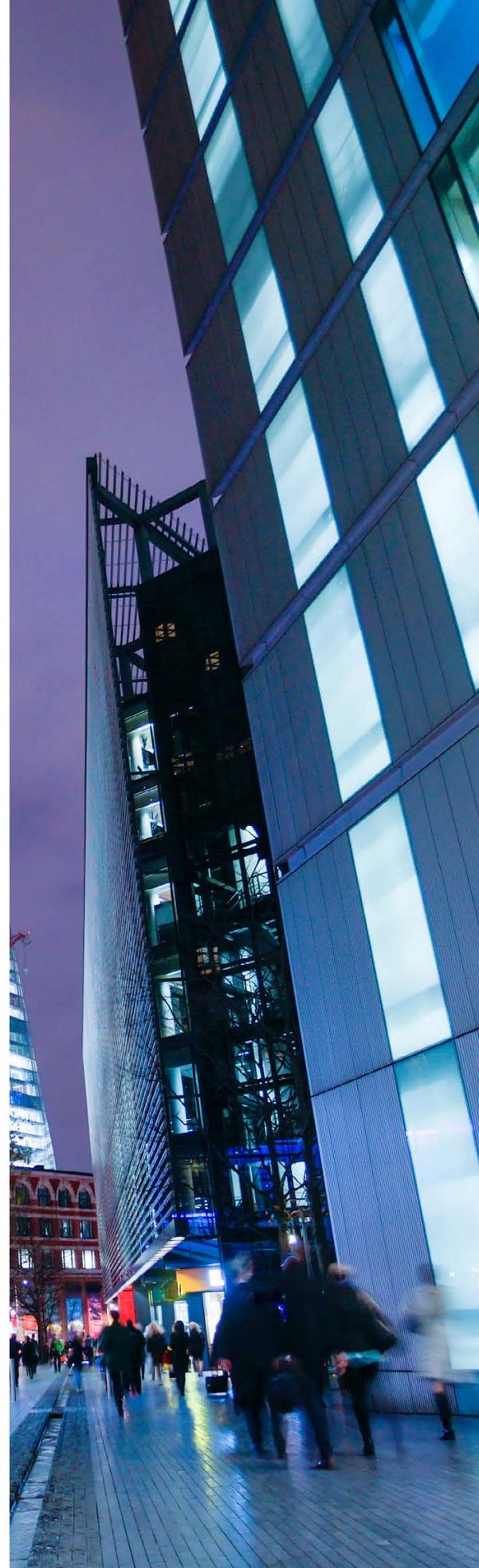
### MISE EN ŒUVRE D'APPROVISIONTARIO ET NOUVELLES STRUCTURES P3

Comme nous l'indiquions dans notre rétrospective de l'an dernier, l'Ontario a mis sur pied ApprovisiOntario en 2020, une nouvelle agence d'approvisionnement centralisée qui fournit des services de gestion en matière de chaînes d'approvisionnement pour le compte d'organismes gouvernementaux, d'organismes du secteur parapublic et d'organismes du secteur de la santé au sein de la province.



Le calendrier de mise en œuvre d'ApprovisiOntario

En 2021, le gouvernement provincial n'a transmis que quelques mises à jour concernant la date de début des opérations d'ApprovisiOntario et le mode de fonctionnement prévu de l'agence. Au moment de la présente publication, les rapports les plus récents indiquent que la planification est toujours en cours et que le gouvernement collabore étroitement avec des intervenants afin d'obtenir des commentaires sur le processus de centralisation. Le 25 novembre 2021, ApprovisiOntario a publié un rapport des progrès annonçant la nomination d'un conseil d'administration, d'un président directeur général et d'une équipe de direction intérimaire, ainsi que son objectif d'être pleinement opérationnelle d'ici novembre 2023. Puisque l'objectif de rendre ApprovisiOntario pleinement opérationnelle demeure inachevé, les intervenants voudront surveiller





de près la situation comme les règles et les processus continuent d'évoluer.

Parallèlement à la mise en œuvre d'ApprovisiOntario, le gouvernement a aussi réalisé des progrès dans la modernisation et l'innovation de son approche à l'égard des projets de partenariat public-privé (P3). En octobre 2021, le gouvernement de l'Ontario et Infrastructure Ontario ont annoncé une nouvelle stratégie progressive d'approvisionnement en P3. La nouvelle stratégie met l'accent sur la phase de conception du projet, au cours de laquelle les deux parties travaillent ensemble pour définir les exigences du projet, notamment la conception, les prix et le risque, avant de conclure un contrat final. Trois projets d'hôpitaux de l'Ontario, qui sont actuellement en phase de pré-approvisionnement, adopteront cette nouvelle stratégie. Dans une mise à jour sur le marché du troisième trimestre, Infrastructure Ontario a indiqué que la mise en œuvre de l'approche progressive est directement liée aux caractéristiques de ces trois projets d'hôpitaux sur le plan de l'envergure, de la complexité ou de l'éloignement physique. Selon la province et Infrastructure Ontario, cette stratégie progressive présente de nombreux avantages pour le gouvernement et les contribuables : elle assure la certitude des prix, permet une répartition des risques financiers et favorise l'innovation et la collaboration.

## LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

### ***Stericycle ULC c. HealthPRO Procurement (2021 ONCA 878) : l'application de l'affaire Wastech***

La Cour d'appel de l'Ontario a eu une première occasion d'appliquer les principes établis dans l'arrêt *Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (2020 CSC 45)* dans le contexte des marchés publics. Le litige concernait un processus d'approvisionnement mis sur pied par HealthPRO qui permettait alors à ses membres, dont l'autorité provinciale des services de santé de la Colombie-Britannique (« PHSA »), un organisme chargé de coordonner les services pour plus de 1 000 installations médicales publiques dans la province, de choisir un fournisseur de services d'élimination de déchets médicaux. Le processus d'approvisionnement était mené par HealthPRO à l'échelle nationale et structuré de manière à permettre à ses membres de tirer profit de leur pouvoir d'achat en tant que groupe, et ainsi, obtenir une meilleure efficacité dans la gestion des coûts que s'ils avaient négocié de manière individuelle.

Le processus était structuré selon un modèle d'approvisionnement à fournisseurs multiples afin de permettre l'adjudication potentielle d'un ou de plusieurs contrats de fournisseurs avec HealthPRO. Ses membres

pouvaient ensuite choisir, parmi les contrats attribués, un fournisseur « primaire » pour répondre à au moins 80 % de leurs besoins en services, puis un fournisseur « secondaire » pour fournir jusqu'à concurrence de 20 % des besoins en services. L'adjudication d'un contrat par HealthPRO ne garantissait à aucun fournisseur une quelconque sélection. Il revenait aux membres de HealthPRO de choisir le contrat qu'ils souhaitent conclure, et le cas échéant, le moment de sa signature. Même si la date prévue pour l'entrée en vigueur des contrats était le 1er juin 2020, les membres pouvaient commencer à solliciter des services à tout moment pendant la durée du contrat.



HealthPRO a attribué un premier contrat, en faveur de Daniels SharpSmart Canada Limited (« Daniels »), puis un deuxième, en faveur de Stericycle ULC (« Stericycle »), un fournisseur alors en place. PHSA a choisi Daniels à titre de fournisseur primaire et il était prévu que Daniels commencerait la prestation de ses services à compter du 1er décembre 2020. Bien que Daniels ait indiqué dans sa soumission qu'elle était prête à fournir ses services à compter du 1er juin 2020, PHSA n'a fait le choix de son fournisseur que peu avant le 1er juin 2020, en raison de retards occasionnés par la pandémie. Par conséquent, Daniels avait besoin de temps après la sélection pour l'organisation des installations et de la prestation de ses services en Colombie-Britannique. Entretemps, PHSA s'est appuyé sur une clause dans le contrat de Stericycle alors en vigueur pour exiger que cette dernière continue à fournir ses services jusqu'à six mois après la fin du contrat précédent, aux prix prévus par ce contrat, afin de faciliter le changement de fournisseur.

Dans le cadre de l'appel du jugement, Stericycle a fait valoir que HealthPRO et/ou PHSA avaient apporté une modification à la soumission et contrevenu à l'obligation d'agir de bonne foi et d'exécution honnête en choisissant Daniels comme fournisseur primaire et en lui permettant de commencer à fournir ses services le 1er décembre 2020, compte tenu du fait que Daniels n'était pas en mesure de commencer à fournir ses services le 1er juin 2020, soit la date d'entrée en vigueur prévue au contrat.

La Cour a rejeté toutes les demandes de Stericycle ainsi que l'appel. Il est important de souligner que la Cour a appliqué les principes de l'affaire *Wastech* au cadre du marché visé par le contrat A/contrat B et confirmé que l'obligation d'agir de bonne foi est une obligation que se doivent mutuellement les *parties au contrat*. À défaut de lien entre les parties, il n'existe aucune obligation. Dans cette affaire, PHSA avait retenu les services de Daniels comme fournisseur primaire aux termes du contrat accordé à Daniels, et Stericycle n'était pas partie à ce contrat. HealthPRO et PHSA n'ayant aucune obligation envers Stericycle aux termes du contrat accordé à Daniels, Stericycle n'avait pas de qualité pour agir. La Cour a déterminé que même s'il existait une obligation envers Stericycle, il n'y avait eu aucun manquement à l'obligation d'agir de bonne foi. La Cour a affirmé qu'il serait [Traduction] « déraisonnable sur le plan commercial d'exiger d'un nouveau fournisseur éventuel [Daniels, en l'occurrence] un important engagement financier nécessaire pour fournir des services dans une province,

sans aucune garantie d'être sélectionné comme prestataire de services ».



**La Cour a appliqué les principes de l'affaire Wastech au cadre du marché visé par le contrat A/contrat B et confirmé que l'obligation d'agir de bonne foi est une obligation que se doivent mutuellement les parties au contrat. À défaut de lien entre les parties, il n'existe aucune obligation.**

**Inzola Group Limited c. City of Brampton (2021 ONCA 143) : suivre la procédure en vaut la chandelle**

La demanderesse dans cette affaire était un soumissionnaire non retenu dans le cadre d'une DP de dialogue compétitif (Competitive Dialogue) pour un projet d'agrandissement de l'hôtel de ville. La Ville avait pris les mesures nécessaires afin d'écarter les décideurs politiques du processus. Ainsi, le conseil n'avait que peu, voire aucune, influence sur le choix du soumissionnaire retenu.

Comme exigences clés du processus de DP, les soumissionnaires devaient signer une entente de confidentialité, communiquer exclusivement avec le service d'achat de la Ville et s'engager à ne pas faire de déclarations

publiques. La demanderesse a refusé de signer l'entente de confidentialité et, après s'être fait rabrouer, a soulevé publiquement la question devant le conseil municipal et dans les médias. Inzola a aussitôt été éliminée du processus puisqu'elle n'était pas conforme et qu'elle portait atteinte à l'intégrité du processus. La demanderesse a déposé une réclamation pour perte de profits. La Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la demande avec les frais de justice, lesquels s'élevaient à 3,08 M\$.

L'appel de cette décision a eu lieu en 2021. La Cour d'appel a rejeté l'appel dans son ensemble. Elle a confirmé le processus, au cours duquel Inzola a été éliminé, et maintenu la totalité de l'attribution des frais de justice (y compris les frais de justice supplémentaires pour les procédures devant la Cour d'appel).

Cette décision souligne l'importance de tenir les processus d'approvisionnement et les évaluations à l'abri de l'ingérence politique. Le caractère exemplaire de la démarche suivie dans cette affaire a grandement bénéficié à la position juridique de la Ville, et lui a permis de se prémunir contre toute réclamation. La décision permet aussi de souligner le fardeau onéreux qu'une partie est susceptible d'assumer dans le cadre d'un litige, d'autant plus que l'attribution des frais de justice de 3,08 M\$ dans cette affaire ne représentait que les dépens d'indemnisation partielle.



## Québec : développements législatifs récents et revue de la jurisprudence

### PROJET DE LOI N° 12 : AMENDEMENTS IMPORTANTS À LA LOI SUR LES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS

Au moment de publier cette rétrospective de l'année 2021 en droit des marchés publics, le gouvernement du Québec a déposé le Projet de loi n° 12 qui vise 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'Autorité des marchés publics. Nous ferons état des faits saillants de cet important projet de loi déposé par le gouvernement du Québec dans une publication ultérieure.

### LE POINT SUR LA JURISPRUDENCE

#### ***Ville de Sherbrooke c. Sherax Immobilier inc., (2021 QCCS 5018)***

Dans *Ville de Sherbrooke c. Sherax Immobilier inc.*, la Ville de Sherbrooke (la « Ville ») a été tenue responsable pour avoir manqué à son obligation de renseignement à l'égard du Groupe Axor Inc. (« Axor ») et sa filiale, Sherax Immobilier inc. (« Sherax »), les incitant à conclure un contrat suivant des termes des documents d'appel d'offres qu'elle savait être erronés. La Cour a déterminé que la Ville avait manqué à ses obligations à l'étape précontractuelle qui reposent sur l'obligation générale de bonne foi, et a condamné la Ville à payer la somme de 2,7 M\$.

En 2006, Axor a conclu un contrat de type partenariat public-privé avec la Ville pour la conception, la construction et l'exploitation d'un centre de soccer intérieur pendant une période de 40 ans. Une fois la construction terminée, Sherax devait offrir en location le centre de soccer aux organismes sportifs de la Ville. Dans les documents d'appel d'offres, la Ville estimait que les organismes sportifs pourraient louer le centre de soccer pour près de 5 000 heures par année, mais avait invité les soumissionnaires à procéder à leur propre étude de marché sur la viabilité financière du centre de soccer. 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 de soccer.

**Les documents d'appel d'offres suggéraient que la Ville offrirait une aide financière aux organismes sportifs afin d'atteindre le nombre d'heures de location par année qui avaient été estimées. Or, il a été démontré au cours du procès que la Ville n'avait jamais eu l'intention d'octroyer une aide financière supplémentaire à ces organismes.**

Les documents d'appel d'offres suggéraient que la Ville offrirait une aide financière aux organismes sportifs afin d'atteindre le nombre d'heures de location par année qui avaient été estimées. Or, il a été démontré au cours du procès que la Ville n'avait jamais eu l'intention d'octroyer une aide financière supplémentaire à ces organismes, et qu'elle avait omis de déclarer ce fait à Axor



avant de signer le contrat. Ultimement, en raison d'un manque de financement, les organismes sportifs ont loué le centre de soccer pour un nombre d'heures par année bien inférieur à l'estimé de la Ville dans les documents d'appel d'offres sur lequel Axor s'était appuyée.

La principale question consistait donc à déterminer dans quel contexte un manquement à l'obligation de renseignement dans le cadre d'un appel d'offres public peut engager la responsabilité d'une partie à l'égard de pertes, lorsque la viabilité financière d'un projet se révèle considérablement différente des estimations initiales.

La Cour a conclu que la Ville avait omis de déclarer son intention de ne pas accorder une aide financière supplémentaire aux organismes sportifs, sans laquelle elle savait qu'une part substantielle des 5 000 heures de location n'allait pas se matérialiser. 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. La Ville ne pouvait induire en erreur Axor en l'incitant à conclure un contrat suivant des termes qu'elle savait être erronés, alors que l'obligation de renseignement de la Ville était, selon l'avis de la Cour, plus intense qu'en matière de contrats à forfait en raison du partenariat convenu entre les parties. La Cour a également jugé que le court laps de temps alloué à la préparation et au dépôt des soumissions, soit moins de deux mois, n'avait pas permis à Axor de réaliser une étude de marché adéquate afin de vérifier les données de la Ville.

La Cour a condamné la Ville à payer à Sherax un montant approximatif de 2,7 M\$, qui représente les gains manqués pendant les 13 années de location du centre de soccer pour un nombre d'heures bien inférieur à ce qui avait été calculé dans les documents d'appel d'offres.

### ***Birtz Bastien Beaudoin Laforest Architectes c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal (2021 QCCS 795)***

Dans *Birtz Bastien Beaudoin Laforest Architectes c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal*, la Cour supérieure a accordé des dommages-intérêts à deux consortiums d'architectes et d'ingénieurs suivant la modification unilatérale de conventions de services par le client.

En 2006, le Centre hospitalier de l'Université de Montréal (« CHUM ») a lancé un appel public de candidatures pour la sélection d'architectes et d'ingénieurs pour la réalisation d'un important projet de construction d'un nouvel hôpital. Au moment de l'appel de candidatures, le CHUM n'avait pas encore déterminé si le projet serait réalisé en mode conventionnel ou en mode de partenariat public-privé (PPP). Par ailleurs, la portée précise de l'implication des consortiums dans le projet n'avait toujours pas fait l'objet d'une décision définitive au début de l'appel de candidatures. Les documents d'appel de candidatures prévoyaient des responsabilités importantes, telles que l'élaboration de la conception générale de la construction du nouveau CHUM, la préparation des plans et des devis préliminaires ainsi que le contrôle des coûts, de l'échéancier, de la qualité et du contenu des travaux.

Les deux consortiums ont signé des conventions de services avec le CHUM après l'acceptation de leurs soumissions. Deux jours après l'entrée en vigueur de ces conventions, le gouvernement a confirmé par décret que le nouveau CHUM serait construit en mode PPP. Qui plus est, le CHUM a par la suite pris la décision de modifier les conventions de services en réduisant significativement la portée du mandat des consortiums et en confiant ces responsabilités ainsi retirées à un partenaire privé à être sélectionné pour la réalisation du projet. Les deux consortiums ont intenté des procédures judiciaires à l'encontre du CHUM.

La Cour a conclu que ces modifications étaient abusives et contraires aux exigences de la bonne foi. Même si les conventions de services contenaient une clause de modification unilatérale en faveur du CHUM, les modifications ont dénaturé les conventions de services, puisque les responsabilités confiées au partenaire privé à être sélectionné pour la réalisation du projet constituaient des facteurs essentiels et l'essence même de la relation contractuelle avec les consortiums. La Cour a également conclu que le CHUM savait, au moment de l'appel de candidatures, que les travaux devant être réalisés par les consortiums étaient susceptibles d'être réduits de manière importante voire même d'être retirés. Par conséquent, le CHUM avait créé de fausses attentes et aurait dû révéler les incertitudes quant à l'étendue des travaux à être réalisés. La Cour a ajouté que cette omission constituait un manquement à l'obligation de renseignement et de collaboration.

La Cour a condamné le CHUM à payer aux deux consortiums la somme de 12 M\$, à titre de dommages-intérêts, ce qui correspond à la partie des honoraires professionnels non facturés représentant le gain dont ils avaient été privés.

### **9150-2732 Québec inc. c. Ville de Montréal, (2021 QCCS 2899)**

Dans *9150-2732 Québec inc. c. Ville de Montréal*, la Cour a conclu qu'une ville ne peut lancer un appel d'offres public, examiner les soumissions présentées, pour ensuite négocier un contrat de gré à gré visant les mêmes services avec le concurrent d'un soumissionnaire.

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 arrondissements de la ville. À l'ouverture des soumissions, 9150-2732 Québec inc. (« TMD ») a présenté la soumission la plus basse. Or, la Ville a estimé que la soumission était trop élevée et a décidé de négocier un contrat de gré à gré avec une autre société, Transvac, pour les mêmes services. Une fois l'entente de principe avec Transvac approuvée par le conseil municipal, la Ville s'est prévalu de la clause de réserve contenue dans les documents d'appel d'offres et a annulé l'appel d'offres. La même situation s'est également produite en 2020. TMD a poursuivi la Ville, en soutenant que cette dernière ne pouvait négocier de gré à gré avec des concurrents pendant que l'appel d'offres était toujours en cours.



**TMD a poursuivi la Ville, en soutenant que cette dernière ne pouvait négocier de gré à gré avec des concurrents pendant que l'appel d'offres était toujours en cours.**

La Cour a retenu la position de TMD. En s'appuyant sur le cadre bien établi « du contrat A et du contrat B », la Cour a déterminé que la Ville n'était pas en droit d'invoquer la clause de réserve contenue aux documents d'appel d'offres, puisqu'un contrat A, la liant à TMD, avait été formé au moment de l'ouverture des soumissions. Bien que la Ville avait en l'espèce le choix entre un processus d'appel d'offres ou une négociation de gré à gré avec un



entrepreneur, elle ne pouvait pas se prévaloir des deux options en même temps. Autrement dit, la clause de réserve contenue dans les documents d'appel d'offres de la Ville ne lui permettait pas de procéder au marchandage de soumissions en négociant avec des parties externes à l'appel d'offres.

La Cour a accordé à TMD, à titre de dommages-intérêts, la somme de 1,98 M\$, ce qui correspond aux profits perdus pour les contrats que TMD se serait vu attribuer en 2018 et en 2020 n'eût été des négociations illégales de la Ville avec Transvrac et de l'annulation subséquente de l'appel d'offres par la Ville. La Ville de Montréal a porté la décision en appel.

**9090-5092 Québec inc. (Coffrages Saulnier) c. Procureur général du Québec, (2021 QCCS 2378)**

Dans 9090-5092 Québec inc. (Coffrages Saulnier) c. Procureur général du Québec, la Cour a accueilli la demande de Coffrages Saulnier, qui réclamait le paiement de travaux réalisés sous protêt à la suite d'un appel d'offres public. Une modification avait été apportée aux documents d'appel d'offres moins de 24 heures avant la date prévue pour le dépôt des soumissions, ce qui avait suscité de la confusion quant à l'étendue des travaux à être réalisés.

En 2016, l'Assemblée nationale du Québec (« l'ANQ ») a accordé un contrat à Coffrages Saulnier à la suite d'un appel d'offres public pour la construction du Centre des visiteurs de l'Hôtel du Parlement. La veille de la date prévue pour le dépôt des soumissions, l'ANQ a communiqué deux addendas aux soumissionnaires. Ces addendas sont venus rayer les termes « des fondations » qui se trouvaient dans la section portant sur l'étendue des travaux. À la lecture des addendas, Coffrages Saulnier a compris à tort que les travaux de coffrage des fondations étaient exclus de l'appel d'offres, de sorte qu'elle a retiré les coûts liés à ces travaux de sa soumission. En raison de cette confusion, la soumission de Coffrages Saulnier s'est avérée être la plus basse, et l'ANQ lui a accordé le contrat.

L'ANQ a exigé que Coffrages Saulnier réalise les travaux de coffrage des fondations et celle-ci a finalement accepté d'exécuter ces travaux sous protêt. Par la suite, Coffrages Saulnier a déposé une demande afin de réclamer les coûts associés à ces travaux, qui s'élevaient à 824 606 \$. Elle soutenait que ces travaux avaient été exclus du contrat. L'ANQ a fait valoir que les addendas ne soulevaient aucune contradiction avec les documents d'appel d'offres et qu'à la lumière de l'ensemble de ces documents, il était clair que le coffrage des fondations n'a jamais été exclu de l'étendue des travaux. L'ANQ a soulevé la négligence de Coffrages

Saulnier et affirmé que celle-ci aurait dû poser des questions sur la portée de ces addendas avant de déposer sa soumission.

La Cour a donné raison à Coffrages Saulnier et a conclu que l'ANQ avait manqué à son obligation de fournir des renseignements adéquats. En communiquant des addendas aux soumissionnaires à la dernière minute, l'ANQ avait créé une ambiguïté là où il n'y en avait aucune. Bien que les plans et devis n'avaient pas été modifiés, le fait d'avoir rayé le terme « des fondations » dans une section portant sur l'étendue des travaux avait semé la confusion. La Cour a rejeté l'argument de l'ANQ selon lequel Coffrages Saulnier n'avait pas agi avec diligence, en précisant que les addendas avaient été communiqués la veille de la date prévue pour le dépôt des soumissions, ce qui laissait à Coffrages Saulnier peu de temps pour procéder à des vérifications approfondies.



## Nouveau-Brunswick

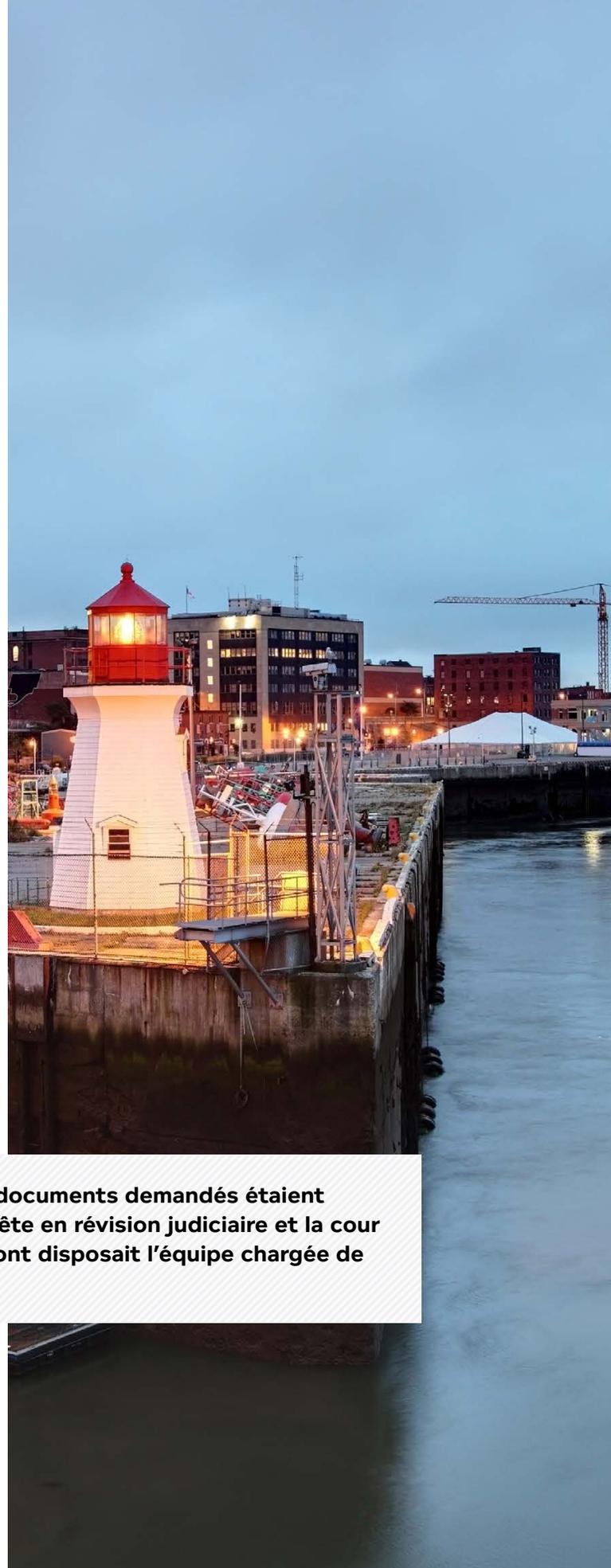
### **Xerox c. SNB (2021 NBQB 26) : révision judiciaire d'un marché et communication de documents**

Dans le cadre de sa requête en révision judiciaire de l'attribution d'un contrat, le soumissionnaire non retenu a présenté une motion par laquelle il sollicitait une ordonnance de production de documents portant sur l'évaluation des soumissions, notamment « des copies de toutes les soumissions faites et des feuilles de points, la soumission du soumissionnaire retenu, l'évaluation technique globale du soumissionnaire retenu et le rapport d'évaluation consensuelle ». Le soumissionnaire non retenu a fait valoir que les documents demandés étaient nécessaires pour s'assurer que les parties à la requête en révision judiciaire et la cour saisie de la requête aient accès au dossier entier dont disposait l'équipe chargée de l'évaluation lorsqu'elle a rendu sa décision. L'entité contractante a fait valoir qu'elle avait rempli ses obligations prévues par la *Loi sur la passation des marchés publics* du Nouveau-Brunswick en tenant un débriefage avec le soumissionnaire non retenu et en lui fournissant des documents de bilan liés à sa soumission (et qu'elle avait même dépassé les obligations auxquelles elle était assujettie en fournissant les rapports d'évaluation consensuelle).

La Cour du Banc de la Reine était du même avis, concluant que l'entité contractante avait rempli ses obligations en matière de divulgation en vertu de l'article 148 de la *Loi sur la passation des marchés publics* et qu'elle avait même effectivement dépassé ses obligations. La Cour a refusé d'ordonner la communication des documents supplémentaires au soumissionnaire non retenu.

**Le soumissionnaire non retenu a fait valoir que les documents demandés étaient nécessaires pour s'assurer que les parties à la requête en révision judiciaire et la cour saisie de la requête aient accès au dossier entier dont disposait l'équipe chargée de l'évaluation lorsqu'elle a rendu sa décision.**

Le soumissionnaire non retenu avait fait valoir que le Nouveau-Brunswick était lié par certaines obligations aux termes de l'*Accord de libre-échange canadien* prévoyant la création d'un organe de recours indépendant chargé de trancher les litiges aux termes de l'accord, et prévoyant que l'entité contractante devait répondre par écrit à la contestation et communiquer à l'organe de recours tous



les documents pertinents. Or, la Cour n'a pas examiné cet argument. Les documents que sollicitait le soumissionnaire non retenu font fréquemment l'objet d'une ordonnance de communication par le Tribunal dans le cadre de litiges fédéraux, étant donné que la question de savoir si un processus d'appel d'offres a été équitable est forcément influencée par le traitement des autres soumissionnaires.

Cela permet d'illustrer l'écart entre les principes d'intérêt public suivis par le Tribunal et les cours en général. Alors que les cours privilégient le principe d'« audience publique » qui favorise la transparence et l'accès aux dossiers, le Tribunal privilégie plutôt la protection des renseignements personnels et dispose d'importants pouvoirs (qui sont largement utilisés) qui lui permettent de protéger la confiance envers le système. L'adoption

d'un régime qui privilégie la confidentialité permet une production plus transparente des documents d'appel d'offres, sans pour autant influencer ou miner l'intégrité du système de présentation des soumissions. L'adoption d'un tel régime pour ces types de litiges pourrait être la seule manière de parvenir à une production de documents adéquate et conforme aux accords.

Si les provinces continuent de se soustraire à leurs obligations aux termes de l'ALEC de créer des organes de recours (tels que le mécanisme de réclamation relative à une offre dont il est question plus haut), il faudrait envisager de modifier les règles de procédure afin de mettre en œuvre un régime de confidentialité automatique qui permettrait la communication de documents tout en protégeant l'intégrité du processus d'appel d'offres.



# Nouvelle-Écosse

## **Geophysical Services Incorporated c. Canada (Attorney General), (2021 NSSC 77) : faites vos devoirs**

Une décision récente de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse nous rappelle qu'il incombe aux soumissionnaires de faire le suivi des DP affichées publiquement et de ne pas compter sur l'autorité contractante pour les aviser de nouvelle publication des DP. L'affaire concernait une DP pour étude de cartographie sismique afin de délimiter le plateau continental du Canada (les « travaux d'arpentage de la CNUDM »), qui avait été affichée sur le site Web des appels d'offres du gouvernement.

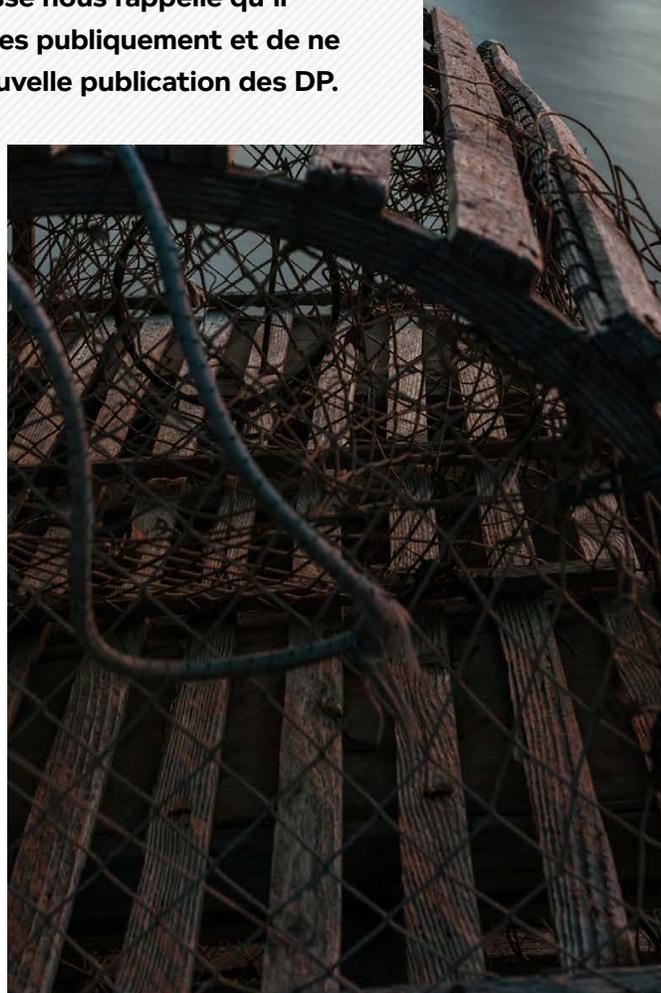
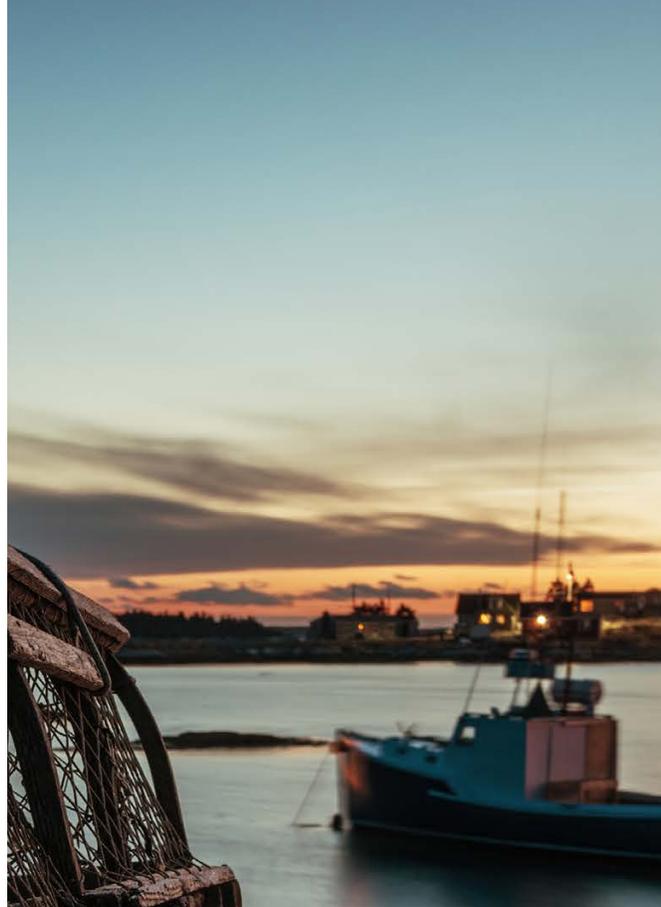
La demanderesse, une partie qui n'avait pas soumis de proposition, a déposé un recours à l'encontre des défendeurs, soit le soumissionnaire retenu et l'entité contractante, en alléguant qu'ils avaient, entre autres, infligé des pertes économiques à la demanderesse par leur négligence, et avaient comploté contre elle en omettant de l'informer de la publication de la DP.

**Une décision récente de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse nous rappelle qu'il incombe aux soumissionnaires de faire le suivi des DP affichées publiquement et de ne pas compter sur l'autorité contractante pour les aviser de nouvelle publication des DP.**

La demanderesse n'avait pas soumis de proposition. Deux propositions avaient été reçues, chacune prévoyant l'utilisation d'un navire à pavillon étranger. Le soumissionnaire retenu s'est informé à savoir si la *Loi sur le cabotage* (la « loi ») s'appliquait aux travaux d'arpentage de la CNUDM, car la loi stipule qu'un navire à pavillon étranger qui se livre au « cabotage » doit obtenir une licence auprès de Transports Canada. La demande de licence déclenche à son tour la transmission d'un avis aux propriétaires de navires à pavillon canadien, qui peuvent alors s'opposer à la délivrance d'une licence au motif qu'ils disposent d'un navire à pavillon canadien se prêtant à la réalisation des travaux.

Le soumissionnaire retenu s'est vu remettre une chaîne de courriels d'une année antérieure, dans laquelle Transports Canada avait indiqué que la loi ne s'appliquait pas aux travaux d'arpentage de la CNUDM en raison d'une exemption accordée par le ministère des Pêches et des Océans (« MPO ») et du fait que les travaux, qui avaient lieu en dehors des eaux canadiennes, ne répondaient pas à la définition de « cabotage » énoncée dans la loi. Une modification a été apportée au contrat afin de préciser que le projet était sollicité conjointement par le MPO.

La demanderesse a cherché à comprendre pourquoi elle n'avait pas eu la possibilité de présenter une soumission, alors qu'elle était propriétaire du seul navire à pavillon canadien équipé pour ce type de travaux. La



demanderesse a pris connaissance de la modification apportée au contrat pour ajouter le MPO à titre de partie « sollicituse conjointe » au projet, et a fait valoir que cela avait été fait pour soustraire le projet à l'application de la loi. La demanderesse a déposé un recours à l'encontre des défendeurs, soit le soumissionnaire retenu et l'entité contractante, en alléguant qu'ils avaient, entre autres, infligé des pertes économiques par leur négligence, avaient comploté contre la demanderesse et avaient commis une faute dans l'exercice d'une fonction publique. Les défendeurs ont présenté une requête en jugement sommaire.

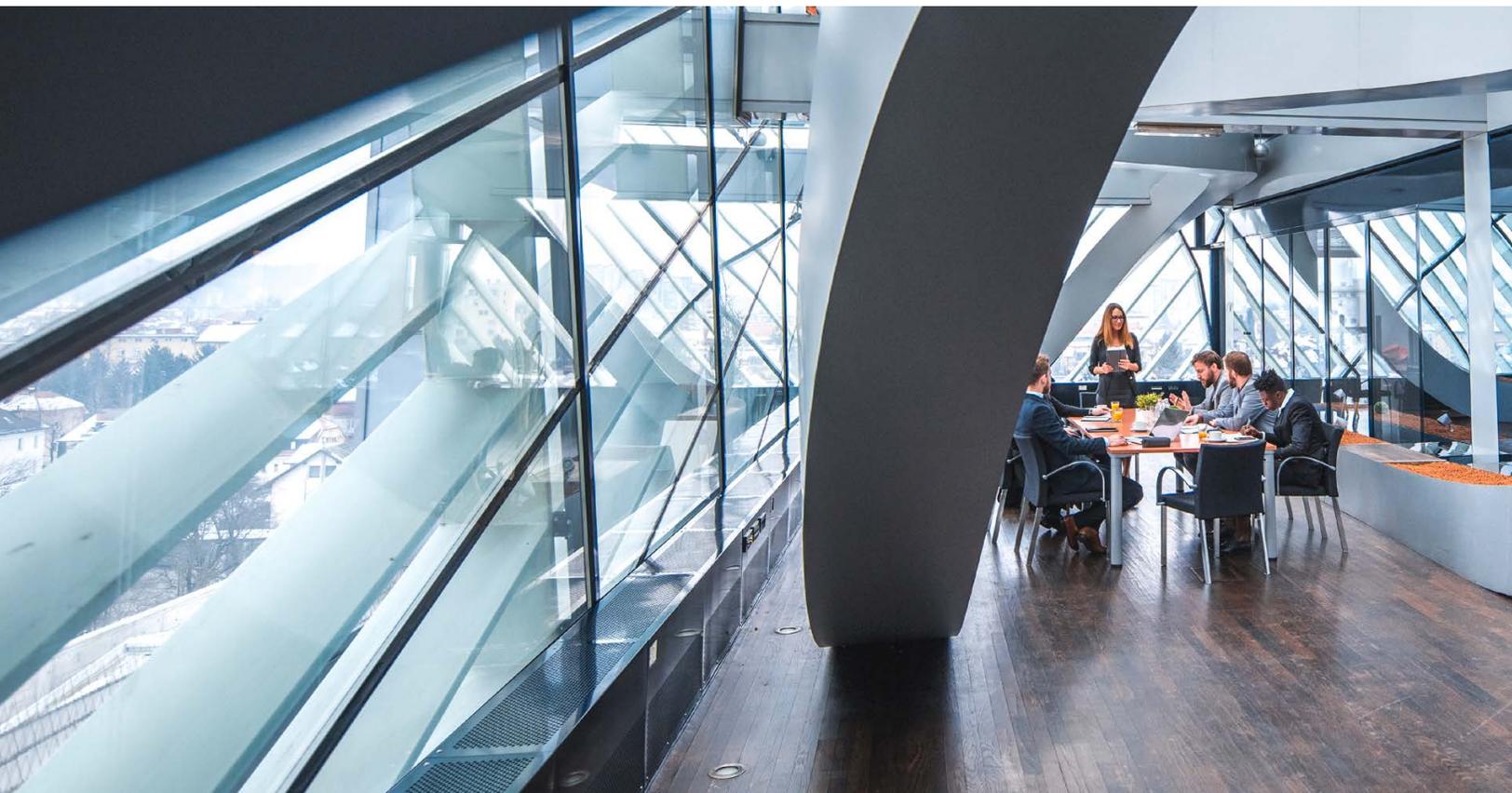


**La Cour a accueilli la requête en jugement sommaire sur l'allégation de négligence et a conclu que le défendeur était responsable de gérer le processus de DP de manière équitable pour le compte du gouvernement fédéral ... ce qui a été accompli.**

La Cour a accueilli la requête en jugement sommaire sur l'allégation de négligence et a conclu que le défendeur était

responsable de gérer le processus de DP de manière équitable pour le compte du gouvernement fédéral, et qu'en publiant la DP sur le site Web du gouvernement, celui-ci s'était acquitté de ses obligations. Bien que la demanderesse ait tenté de faire valoir qu'il aurait fallu l'aviser directement de la publication de la DP, la Cour a déterminé qu'il n'y avait pas de devoir de diligence à cet égard. La Cour n'était toutefois pas disposée à accueillir la requête en jugement sommaire quant à l'allégation de complot, et a établi que certaines questions méritaient d'être tranchées dans le cadre d'une audience sur le fond.

La présente décision aligne la norme de diligence issue de la common law sur celle retenue par le Tribunal, selon laquelle les soumissionnaires doivent se tenir informés des documents de DP affichés publiquement. Les soumissionnaires ne peuvent pas utiliser d'excuses afin de prétendre ne pas avoir besoin de demeurer à l'affût des nouvelles opportunités publiées par le gouvernement. Ainsi, les fournisseurs éventuels devraient rester au fait des nouveaux appels d'offres, et possiblement créer des systèmes de rappel automatisés ou d'autres flux de renseignements automatisés pour s'assurer qu'aucune opportunité ne soit manquée.



## À propos de nous

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L. est un cabinet d'avocats canadien de premier plan qui a des bureaux dans tous les grands centres d'affaires au Canada, ainsi qu'à New York et à Londres.

Notre groupe de droit de la concurrence/antitrust et de l'investissement étranger est un chef de file canadien en droit de la concurrence. Il couvre tous les aspects du droit canadien de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers, y compris les fusions et les acquisitions, les enquêtes criminelles et civiles, les litiges et les recours collectifs, et la publicité trompeuse et les pratiques commerciales trompeuses.

Nous offrons une couverture nationale complète tant dans les régimes de common law et de droit civil, avec de solides équipes bilingues à Toronto et à Montréal.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L. possède une vaste expérience dans tous les secteurs d'activité et l'un des programmes de groupes d'industrie les plus développés au Canada. Nous tirons parti de cette base pour offrir des solutions utiles et conviviales qui sont adaptées au secteur dans lequel nos clients exercent leurs activités et qui répondent à leurs exigences commerciales.

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



**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 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