

mccarthy
tetrault

**Droit des marchés
publics : Jurisprudence
de 2020 et tendances
en 2021**

mccarthy
tetrault

Décisions clés et mises à jour de 2020 en matière de droit des marchés publics

L'année 2020 fut marquée par de nombreux changements dans la façon dont les gens et les entreprises font affaires. Elle fut marquée par la fermeture des frontières, les ordres de rester chez soi et des perturbations profondes. Tout au long de l'année, une activité continue dans le domaine des marchés publics fut observée : tant en ce qui concerne les marchés publics par des entités acheteuses ainsi que par de nouvelles décisions judiciaires partout au Canada.

Dans l'espoir de vous offrir un « guichet unique », nous vous présentons ci-dessous quelques-uns des principaux développements et des principales décisions en matière de marchés publics dans l'ensemble du pays. À cette fin, nous avons mis en lumière un certain nombre de tendances du Tribunal canadien du commerce extérieur (« **TCCE** »), de la Cour fédérale et des divers tribunaux provinciaux afin de vous éclairer sur l'évolution du droit des marchés publics au cours de cette année tumultueuse.



Table des matières

Décisions clés et mises à jour de 2020 en matière de droit des marchés publics.....	1
Tendances générales dans le processus décisionnel du TCCE – Décembre 2019-2020.....	3
Le TCCE intègre la nouvelle norme de contrôle	3
Compétence	4
Respect des délais	5
Mesures correctives et coûts.....	7
La Cour d'appel fédérale confirme la pratique du TCCE en matière de compétence	8
Ontario – Création d'un nouvel organisme centralisé d'approvisionnement, mais peu de nouvelle jurisprudence	10
Jurisprudence et nouvelles décisions.....	11
Terre-Neuve-et-Labrador	13
Colombie-Britannique – Garantir une assurance adéquate.....	14
Alberta – Quand une soumission doit-elle être conforme et les fausses déclarations	15
Manitoba – Les obligations de soumission continuent d'être problématiques.....	17
Québec – Incidence des irrégularités dans une soumission et contrôle judiciaire d'une décision de radiation.....	19
Directives pour l'interprétation de la non-conformité par rapport aux irrégularités mineures.....	19
Contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'Autorité des marchés publics	21
La Cour Suprême et Callow	23

Tendances générales dans le processus décisionnel du TCCE – Décembre 2019-2020

Le TCCE a compétence pour entendre les plaintes déposées par des soumissionnaires ou des soumissionnaires potentiels relativement à des contrats conclus avec le gouvernement fédéral pour la fourniture de biens ou de services, afin de déterminer si le processus de soumission est conforme aux obligations découlant des engagements commerciaux nationaux et internationaux. Un plaignant peut soumettre une plainte au TCCE pour une « enquête sur les marchés publics » au cours de laquelle le Tribunal déterminera si l'organisme gouvernemental a respecté toutes ses obligations quant aux marchés publics en vertu des accords commerciaux pertinents. Bien que le TCCE ait une compétence restreinte en matière d'organismes gouvernementaux fédéraux, il est le tribunal qui possède de loin le plus important corpus de décisions rendues à ce sujet. Par conséquent, le TCCE est un organisme très influent afin de déterminer les obligations commerciales à l'échelle du Canada.

En 2020, le TCCE a continué d'affirmer les principaux fondements de son processus décisionnel.

Le TCCE intègre la nouvelle norme de contrôle

En 2020, la Cour suprême a mis en place un nouveau cadre pour l'évaluation de la norme de contrôle judiciaire dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*¹. Bien que cette norme de contrôle vise spécifiquement le processus de contrôle judiciaire, le TCCE a toujours adopté les normes de la décision raisonnable et de la décision correcte prévu par *Dunsmuir* dans l'évaluation des décisions des entités contractantes dans le cadre de ses enquêtes sur les marchés publics. Dans l'affaire *AJL Consulting*², le TCCE a intégré l'approche adoptée par la Cour suprême dans *Vavilov* à son analyse des plaintes relatives aux marchés publics.

AJL Consulting (« **AJL** ») a déposé une plainte quant à l'achat de services financiers liés au Service de médiation en matière d'endettement agricole par le ministère de l'Agriculture et Agroalimentaire Canada (« **AAC** »). AJL a été classée au sixième rang des soumissions. AJL a soutenu que l'AAC avait mal interprété sa Demande de propositions (« **DP** ») en accordant des contrats à cinq soumissionnaires et non à six. AJL a fait valoir que le document d'appel d'offres était ambigu quant au nombre de soumissions qui devraient être acceptées par l'AAC et que l'AAC avait interprété les conditions de l'appel d'offres de façon erronée et déraisonnable en n'offrant que cinq contrats.

Compte tenu de sa décision dans *Heiltsuk Horizon*³, le TCCE a fait remarquer que la norme de contrôle pour une enquête sur les marchés publics du TCCE est celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte. Le TCCE a réaffirmé que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ledcor Construction* – dans laquelle la Cour a jugé que les cours d'appel devaient appliquer la norme de la décision correcte lors de la révision de contrats standards – ne s'appliquait pas au processus d'enquête du TCCE, puisque la décision concernait la révision d'une décision administrative par un tribunal et non par un tribunal administratif.

¹ 2019 CSC 65 [*Vavilov*], par. 101

² PR-2019-045.

³ PR-2019-025 [*Heiltsuk Horizon*], par. 47.

Le TCCE s'est alors tourné vers la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vavilov*⁴. Le TCCE a particulièrement souligné que, selon la décision de la Cour, « [l]es décideurs administratifs ne sont pas tenus dans tous les cas de procéder à une interprétation formaliste de la loi », et qu'en outre, une révision du caractère raisonnable d'une décision peut toujours être effectué, même si le décideur administratif n'a fourni ni dossier ni décision écrite pour expliquer sa décision.

Le TCCE a conclu que les conditions de l'appel d'offres n'étaient pas claires, mais qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuves dans le libellé pour étayer une interprétation raisonnable selon laquelle l'appel d'offres ne permettait l'attribution que de cinq contrats.

La réaffirmation du TCCE selon laquelle il continuera de respecter la norme de la décision raisonnable, comme l'a prescrit *Vavilov*, indique qu'il se permettra d'accorder une déférence importante à un décideur administratif qui interprète les termes de sa propre DP. Même si le libellé de la DP est vague, le TCCE estime qu'une interprétation est raisonnable s'il existe un certain fondement dans le libellé de la DP.

Compétence

La compétence du TCCE est strictement encadrée par ses lois habilitantes en ce qui concerne les plaintes qu'il peut entendre. Le TCCE a toujours soutenu qu'il ne pouvait entendre que les plaintes concernant les « marchés couverts » et qu'il ne pouvait entendre que les plaintes concernant le processus applicable aux marchés publics.

Les marchés publics ne sont considérés comme des « marchés couverts » que s'ils satisfont aux trois critères énoncés dans tout accord commercial connexe : (1) il s'agit de marchés destinés à une entité couverte; (2) il s'agit de marchés portant sur des biens ou des services couverts; (3) il s'agit de marchés dont la valeur monétaire est supérieure ou égale à un certain seuil minimal spécifique.

Toutefois, en 2020, une nouvelle décision est venue ajouter un autre critère à la définition de « marchés couverts » en ce qui a trait à l'accord de commerce intérieur du Canada (anciennement l'*Accord sur le commerce intérieur*, actuellement l'*Accord de libre-échange canadien* (« **ALEC** »)) : le contrat doit être exécuté au Canada. Dans l'affaire *Newland Canada Corporation*⁵, Newland Canada Corporation (« **Newland** ») a déposé deux plaintes auprès du TCCE concernant un appel d'offres pour la fourniture de services d'hébergement hôtelier en Allemagne à des membres des Forces armées canadiennes. Newland a allégué que le ministère de la Défense nationale (« **MDN** ») avait attribué des contrats à un soumissionnaire retenu qui ne répondait pas aux exigences de localisation énoncées dans une DP.

En réponse, le gouvernement a fait valoir que l'affaire était irrecevable puisqu'il ne s'agissait pas d'un marché couvert. Il a fait remarquer que tous les accords *internationaux* de libre-échange du Canada exemptaient ce type de marchés publics de toute obligation en vertu des accords commerciaux. En ce qui a trait à l'ALEC, le MDN a soutenu que l'accord couvrait spécifiquement les marchés couverts sur le territoire canadien. Puisque le contrat serait exécuté à l'*extérieur* du Canada, il n'était pas couvert.

Bien que le TCCE ait reconnu que les accords internationaux étaient irrecevables, il a rejeté l'approche du Canada en ce qui concerne l'ALEC. Le TCCE a précisé que l'ALEC s'applique à un contrat public effectué « au Canada » – c'est-à-dire que la société est canadienne, l'organisme gouvernemental est canadien, les contrats sont conclus au Canada, l'entité contractante est établie au Canada et le contrat est régi par les lois

⁴ 2019 CSC 65, par. 101.

⁵ PR-2019-054; PR-2019-055.

canadiennes. Le fait que le service ait finalement été fourni à l'étranger n'empêche pas l'applicabilité de l'ALEC ni la compétence du TCCE pour entendre l'affaire. Newland a finalement obtenu gain de cause et s'est vu indemnisée pour sa perte de profits.

Un autre cas de jurisprudence traite du processus de soumission de contrats pour les marchés publics. Dans l'affaire *J.A. Larue Inc.*,⁶ le TCCE a de nouveau affirmé qu'il ne s'ingérerait pas dans les questions qu'il considère comme l'administration des contrats (plutôt que quant au processus de soumission de contrats). Dans cette affaire, le plaignant a insisté sur le fait que le soumissionnaire gagnant n'avait réussi à obtenir le contrat que parce qu'il avait offert une technologie qu'il savait insuffisante pour satisfaire aux conditions de la DP.

Le TCCE a affirmé que la seule exigence est que la soumission satisfasse aux conditions obligatoires de l'appel d'offres. Le TCCE a noté que, dans les cas précédents où il est intervenu en concluant que les offres n'avaient pas été correctement évaluées, il s'agissait de cas où les instructions de l'appel d'offres exigeaient des détails et spécifications pour démontrer la conformité aux exigences techniques. En l'espèce, le TCCE a conclu que la soumission fournissait le niveau de détails et spécifications approprié exigé par les documents d'appel d'offres.

Le TCCE a finalement conclu en notant que si l'équipement proposé ne satisfait pas les conditions de la DP, il s'agit alors d'une question d'administration de marché hors de la compétence du tribunal. Toutefois, il convient de noter que cette affirmation n'est pas nécessairement exacte en tant qu'énoncé catégorique. Le TCCE a toujours soutenu qu'il *peut* intervenir lorsque les soumissionnaires fournissent des biens ou des services qui n'auraient pas été conformes aux conditions de la DP – car l'acceptation de ces biens ou services ne pourrait pas répondre à la DP qui a été émise et doit, au contraire, être un approvisionnement interdit à source unique..

Respect des délais

Historiquement, le TCCE a toujours protégé avec zèle le strict délai des prescriptions réglementaire établi en vertu du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*. Simultanément, il a également systématiquement interdit les plaintes déposées avant qu'elles ne soient mûres – par exemple les plaintes dans lesquelles le plaignant s'était opposé à l'entité acheteuse concernée et n'avait pas encore reçu un refus définitif de son opposition. Ces deux tendances, qui reflètent toutes deux un souci fondamental quant au respect des délais dans le traitement des plaintes, se sont poursuivies en 2020, le TCCE réaffirmant l'importance d'un calendrier précis, afin de s'assurer que le TCCE examine le fond de la plainte.

Le TCCE a souvent rejeté des plaintes 1) liées à la soumission tardive d'une réponse à une DP 2) si la plainte a été déposée après le délai de 10 jours prévu par la loi, ou 3) si une plainte a été déposée prématurément avant qu'un organisme fédéral n'ait entièrement rejeté la contestation d'une décision d'approvisionnement par une entreprise.

- 1) Une réponse à une DP doit être soumise selon le calendrier strict décrit dans le document de proposition. Le TCCE ne demande pas à une entreprise publique d'examiner une DP, même si celle-ci n'est en retard que de quelques minutes⁷.

⁶ PR-2020-004.

⁷ *SoftSim Technologies Inc.*, PR-2020-041; *2278089 Ontario Limited d.b.a. Cabine Snap*, PR-2019-056

-
-
- 2) Le TCCE n'entend aucune décision prise en dehors des 10 jours légaux dont dispose un plaignant pour déposer une demande auprès du TCCE⁸. Ceci malgré le fait que le TCCE ait reconnu que le gouvernement fédéral donne souvent des indications peu claires aux soumissionnaires non retenus concernant la voie appropriée pour faire appel d'une décision de marché public. Les soumissionnaires sont censés connaître leurs recours et être prêts à y donner suite en temps utile⁹.
 - 3) Toutefois, le TCCE rejette également les demandes prématurées. Une plainte ne sera entendue que si, au moment du dépôt auprès du TCCE, l'institution fédérale a déjà répondu qu'elle ne reconsidérerait pas sa décision.¹⁰ En règle générale, toutefois, le TCCE rejette ces plaintes sans préjudice de les déposer de nouveau une fois qu'elles seront mûres - en effet, le TCCE autorise parfois le dépôt d'une plainte essentiellement identique intégrant le dossier antérieur prématuré une fois que l'affaire est arrivée à maturité.

Il est également important de s'assurer qu'une plainte est déposée concernant un contrat encore actif. Le TCCE n'a pas le pouvoir de reporter un nouvel appel d'offres, mais seulement de reporter l'attribution d'un contrat *projeté*.

Par exemple, dans l'affaire *Canadian Maritime Engineering Ltd.* (« **CME** »), CME a obtenu un contrat du ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux (« **TPSGC** ») pour répondre à un besoin du ministère des Pêches et des Océans en vue du démantèlement et de l'élimination d'un ancien navire. Dans un délai d'un mois, le TPSGC a informé CME qu'il mettait fin au contrat conclu, indiquant avoir repéré des problèmes dans la DP et qu'il prévoyait lancer un autre appel d'offres comportant de nouvelles modalités. CME a signalé son opposition à la résiliation du contrat et a demandé au TCCE de différer le nouvel appel d'offres et l'attribution de tout autre contrat découlant de ce processus.¹¹

Le TCCE a jugé qu'il n'est pas habilité à rendre l'ordonnance demandée par CME. Le TCCE a fait remarquer qu'il se limitait à une enquête portant *sur une plainte* à l'égard d'un *contrat spécifique que l'institution fédérale se propose d'attribuer*¹². Le contrat spécifique adjudgé à CME le 4 août 2020 a été résilié par le TPSGC, puis TPSGC n'a jamais fait de nouvel appel d'offres. Par conséquent, le TCCE n'avait aucun contrat spécifique à évaluer et n'avait pas compétence pour accorder de réparation provisoire.

⁸ *WW-ISS Solutions Canada*, [PR-2019-050](#); *Seigniori Chemical Products Limited, faisant affaire sous le nom SCP SCIENCE*, [PR-2019-048](#).

⁹ *Nur Construction Ltd*, [PR-2020-018](#).

¹⁰ *Tangle Ridge Custom Crushing Ltd.*, [PR-2020-040](#); *MediQuest Technologies Inc.*, [PR-2020-033](#); *Melanite Group Ltd.*, [PR-2020-029](#); *Kaméléons & cie Solutions Design inc.*, [PR-2019-047](#).

¹¹ *Canadian Maritime Engineering Ltd.*, [PR-2020-044](#)

¹² DORS/93-602, art. 30.13(3)

Comme le démontrent ces décisions, le TCCE a continué de souligner l'importance des délais de procédure. Le fait de s'assurer qu'une plainte est déposée dans les délais appropriés, et qu'un organisme gouvernemental a franchi certaines étapes de la procédure permet souvent de déterminer si une plainte, qui peut être valable sur le fond, sera examinée par le TCCE. Il est important de consulter immédiatement un avocat lorsque vous envisagez déposer une telle plainte.

Mesures correctives et coûts

Le TCCE dispose de larges pouvoirs de réparation qui peuvent être utilisés pour rectifier les pertes financières encourues par une entreprise affectée par un processus de soumission de contrat incorrectement effectué. Il est important de noter que la mesure corrective appropriée pour une erreur de bonne foi de la part du gouvernement est un nouvel appel d'offres et non l'attribution du contrat spécifique au plaignant. Toutefois, le TCCE peut attribuer une compensation raisonnable pour les frais liés à la préparation de la soumission et pour la préparation de la plainte et l'engagement de la procédure.¹³

Lorsqu'elle est étayée par des données économiques, financières ou autres éléments probants fiables, une demande d'indemnisation pour un processus inapproprié de soumission de contrats peut être formulée selon la méthode fondée sur les revenus moins les dépenses – selon laquelle une partie qui aurait tiré profit d'un contrat gouvernemental, mais qui n'a pas été sélectionnée de manière appropriée dans le cadre de la procédure de passation de marchés publics, calcule ses dommages-intérêts comme le montant de la valeur du contrat réduit de tous les coûts applicables, y compris les frais généraux. Le TCCE a préféré cette méthode de calcul à une méthode fondée sur la marge bénéficiaire normalisée dans le secteur d'activité pour des produits ou services similaires.¹⁴

Il est important de faire attention à l'ordre, à la fréquence et au volume des communications avec le TCCE et les parties. Dans l'affaire *SoftSim*¹⁵, le TCCE a mis en garde une partie qui avait mal utilisé les ressources limitées du Tribunal dans le cadre de plusieurs plaintes en matière de marchés publics. Le Tribunal a menacé d'imposer des frais d'indemnisation substantiels à Softsim s'il continuait de se conduire de manière similaire.

¹³ *Bluenose Transit Inc.*, PR-2019-044.

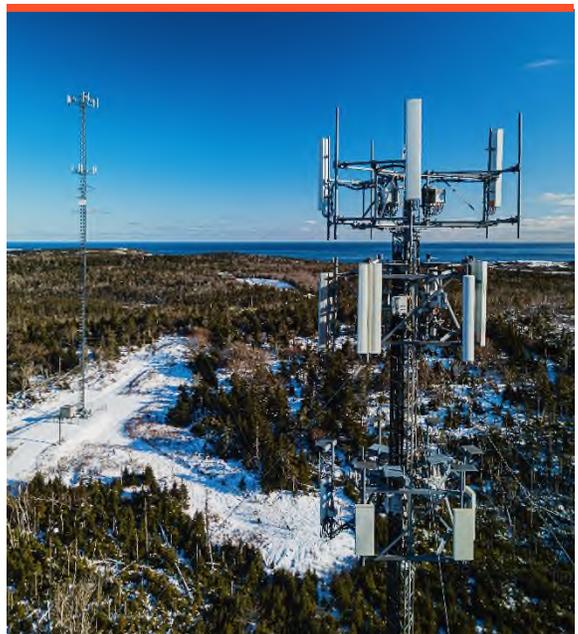
¹⁴ *V Zero Corporation*, PR-2018-031.

¹⁵ *SoftSim Technologies Inc.*, PR-2019-053.

La Cour d'appel fédérale confirme la pratique du TCCE en matière de compétence

La Cour d'appel fédérale (« CAF ») s'est penchée sur une question qui revient assez régulièrement dans la jurisprudence du TCCE, à savoir la distinction entre le processus de soumission à un contrat public et l'exécution contractuelle de ce contrat. Le TCCE a clairement indiqué à plusieurs reprises qu'il n'avait pas compétence pour examiner les questions d'exécution contractuelle et qu'il se limitait à examiner uniquement les processus de soumission. Toutefois, les parties ont parfois pu faire valoir que des modifications de commandes ou de livraison de produits ou de services qui n'étaient pas exactement conformes à l'appel d'offres équivalaient, en fait, à un nouvel appel d'offres qui n'avait pas été correctement soumis.

Une telle affaire s'est produite dans l'affaire *Vidéotron Ltée c. Shared Services Canada*¹⁶, où la CAF a rejeté une demande de contrôle judiciaire issue du rejet par le TCCE de la plainte de Vidéotron concernant l'attribution, sans processus d'appel d'offres, d'un ou plusieurs nouveaux contrats à Bell Canada ou à l'une de ses entreprises affiliées pour des infrastructures de télécommunications lors du Sommet du G7 qui s'est tenu à La Malbaie, au Québec. Vidéotron soutenait que l'attribution de ces marchés contrevenait à l'ALEC et à l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA »). Le TCCE a rejeté la plainte pour plusieurs motifs, le plus important étant que l'attribution à Bell Canada semblait être envisagée dans les clauses des appels d'offres qui prévoyaient que les besoins du gouvernement du Canada fluctueraient. Ces dernières mentionnant clairement que le Canada pourrait de temps à autre avoir besoin de services supplémentaires pour répondre à des besoins particuliers d'une nature exceptionnelle et de courte durée, à des urgences ou à des événements spéciaux.



Malgré les tentatives de Vidéotron de présenter le contrôle judiciaire comme étant une question d'équité procédurale (pour attirer une norme de contrôle de la décision correcte), la CAF a conclu qu'il s'agissait en définitive d'une question de fond. Il n'y avait pas de question d'équité, car Vidéotron connaissait les arguments qu'elle devait réfuter devant le TCCE et a eu une occasion équitable de le faire.

Lors de l'examen des questions de fond, la CAF a estimé que (1) les appels d'offres prévoyaient que les besoins du gouvernement du Canada fluctueraient, indiquant dès le départ que Shared Services Canada (« SSC ») pourrait avoir besoin, pendant la durée des marchés, d'une amélioration des infrastructures existantes.; (2) les clauses particulières étaient suffisamment claires quant aux circonstances dans lesquelles elles pourraient s'appliquer: besoins particuliers d'une nature exceptionnelle et de courte durée, à des urgences ou à des

¹⁶ 2019 CAF 307.

événements spéciaux; (3) les clauses particulières étaient suffisamment claires quant aux obligations de chaque partie lors d'événements spéciaux et d'urgences; et (4) il était raisonnable pour le TCCE de conclure que ces clauses n'ont pas permis à SSC d'obtenir de nouveaux biens ou services.

Il est donc d'autant plus important de prêter une attention particulière aux clauses contractuelles dans les DP et à la capacité des acheteurs à s'engager dans des modifications de commandes ou dans l'acquisition de biens et services supplémentaires pendant la durée du contrat. Cela limite également la capacité des soumissionnaires les plus acharnés à « créer » un processus d'approvisionnement à contester.

Ontario – Création d'un nouvel organisme centralisé d'approvisionnement, mais peu de nouvelle jurisprudence

L'année 2020 a été marquée, partout au Canada et dans le monde, par les difficultés d'approvisionnement découlant de la pandémie mondiale de COVID-19. En Ontario, ces difficultés ont donné le coup d'envoi à la création d'un nouvel organisme d'approvisionnement centralisé destiné à garantir que les fournitures, biens et services puissent être obtenus plus facilement et plus efficacement pour approvisionner plusieurs organisations. Le gouvernement de l'Ontario a estimé qu'un processus centralisé pourrait générer des économies d'environ 1 milliard de dollars par année.

ApprovisiOntario, officiellement Gestion centralisée de la chaîne d'approvisionnement Ontario (Centralized Supply Chain Ontario, en anglais) a été créée le 5 novembre 2020 conformément au *Règl. de l'Ont. 612/20 : Gestion centralisée de la chaîne d'approvisionnement Ontario* (le « **Règlement** ») en vertu de la *Loi de 2019 sur la gestion de la chaîne d'approvisionnement (entités gouvernementales, et di secteur de la santé)*.

ApprovisiOntario a pour objet et fonction d'assurer et de soutenir la gestion de la chaîne d'approvisionnement (et de recueillir des données sur la gestion de la chaîne d'approvisionnement et le rendement des fournisseurs) pour le compte des entités suivantes :

- les « entités gouvernementales », soit la Couronne du chef de l'Ontario (notamment tout ministère du gouvernement de l'Ontario), un organisme public au sens de la *Loi de 2006 sur la fonction publique de l'Ontario*, la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité et d'Ontario Power Generation Inc. et chacune de ses filiales;
- les « entités parapubliques », soit un conseil au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur l'éducation*; un établissement ontarien d'enseignement postsecondaire qui reçoit des fonds de fonctionnement permanents directement du gouvernement de l'Ontario; une agence désignée comme société d'aide à l'enfance; une personne morale contrôlée par une ou plusieurs entités parapubliques qui a pour objet principal ou exclusif d'acheter des biens ou d'obtenir des services pour le compte de ces entités et toute autre personne ou entité prescrite pour l'application de la présente définition;
- les « entités du secteur de la santé », soit toute personne ou entité qui reçoit des fonds d'une entité gouvernementale pour assurer ou soutenir la prestation de services de santé et qui est prescrite pour l'application de la présente définition (tels que les hôpitaux, les cliniques) et toute personne morale contrôlée par une ou plusieurs de ces personnes ou entités qui a pour objet principal ou exclusif d'acheter des biens ou des services pour le compte de ces personnes ou entités.

Le Règlement prévoit également qu'ApprovisiOntario a pour objet supplémentaire d'assurer et de soutenir la gestion de la chaîne d'approvisionnement relativement à l'équipement de protection individuelle pour le compte d'entités autres que des entités gouvernementales, des entités parapubliques et des entités du secteur de la santé. Cette disposition vise à gérer la pandémie COVID-19 en cours, ainsi que toute autre épidémie future, et à centraliser les achats d'équipements pertinents, y compris pour les entités du secteur privé.

ApprovisiOntario peut remettre, à toute entité visée, un avis indiquant qu'elle assurera ou soutiendra la gestion de la chaîne d'approvisionnement, conformément à ce qui est précisé dans l'avis, pour le compte de l'entité à partir d'une date précisée. Toute entité qui reçoit un tel avis obtient les services de gestion de la chaîne d'approvisionnement précisés dans l'avis à partir de la date précisée dans l'avis, sous réserve d'autres avis d'ApprovisiOntario.

Le Règlement impose également une obligation de déclaration étendue aux entités visées. Sur demande, elles doivent fournir à ApprovisiOntario les renseignements suivants:

- 1) Les stocks actuels de biens et les besoins à venir en matière de stocks;
- 2) Les activités d'approvisionnement, actuelles et futures;
- 3) Les possibilités, les urgences et les contraintes liées à la chaîne d'approvisionnement;
- 4) Des renseignements au sujet des contrats relatifs aux achats de biens ou de services;
- 5) Tout autre renseignement relatif à la gestion de la chaîne d'approvisionnement ou au rendement des fournisseurs que précise la Société.

À ce jour, le gouvernement n'a fourni que peu d'indications sur la manière dont cette chaîne d'approvisionnement unique est censée fonctionner. Des groupes d'entreprises de toute la province ont fait part de leurs inquiétudes quant au fait que les achats effectués dans le cadre d'ApprovisiOntario seront dominés par des fournisseurs basés dans la région du Grand Toronto, en raison de l'échelle à laquelle ces achats seront probablement effectués.

Jurisprudence et nouvelles décisions

L'année 2020 a été peu propice à une jurisprudence nouvelle ou digne d'intérêt en matière de marchés publics en Ontario. Au contraire, les décisions ont largement réaffirmé et appliqué les principes classiques du droit des marchés publics.



Dans l'affaire *The Catalyst Capital Group Inc. c. Dundee Kilmer Developments Limited Partnership*, 2020 ONCA 272, la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel d'une décision rejetant les allégations des demandeurs contre la société défenderesse et Infrastructure Ontario. De nombreuses réclamations ont été présentées par les plaignants, y compris une allégation de déclaration inexacte faite par négligence. Toutefois, une des allégations importantes qui avait été rejeté était la tentative d'affirmer que les « obligations de droit public » d'une entité adjudicatrice publique pouvaient faire l'objet d'une réclamation civile. Le tribunal de première instance avait rejeté cette demande sans permettre son amendement. La Cour d'appel a confirmé cette décision, en concluant que la jurisprudence n'appuyait pas la reconnaissance d'un nouveau délit « d'inconduite par une autorité civile » dans le cadre d'un appel d'offres public. La Cour a noté que la jurisprudence antérieure traitait de la possibilité de recours administratifs en cas de violation des obligations de droit public, mais a conclu que ce n'était d'aucune utilité dans un recours civil tel que celui intenté par Catalyst.

Dans l'affaire *Facchini c. Canada (Attorney General)*, 2020 ONCA 454, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge de première instance de rejeter les allégations de déclaration inexacte, de négligence et de diffamation liée à des offres semblables dans le cadre d'un marché public.

Le demandeur et appelant était consultant auprès d'un tiers, le Corporate Research Group (« **CRG** »), qui a fourni des services immobiliers à l'organisme d'approvisionnement gouvernemental, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« **TPSGC** »).

TPSGC a émis une demande d'offres à commandes pour la prestation de services-conseils en immobilier. Il a indiqué, en répondant aux soumissionnaires potentiels, que les consultants pouvaient apparaître sur plus d'une soumission et qu'un soumissionnaire pouvait apparaître comme consultant sur d'autres soumissions. L'appelant et le CRG ont présenté des soumissions contenant des sections identiques et d'autres similitudes de contenu. Des offres à commandes ont été accordées à l'appelant et au CRG. Après une enquête en vertu de la *Loi sur la concurrence*, le demandeur et le CRG ont été accusés de truquage d'offres. Bien que CRG ait plaidé coupable, les accusations portées contre l'appelant ont finalement été suspendues. L'appelant a ensuite poursuivi le gouvernement et son employé impliqués dans le processus de soumission pour déclaration inexacte faite par négligence, négligence et diffamation.

La Cour d'appel a confirmé, tout comme le juge de première instance, que le gouvernement n'a pas de devoir de diligence envers les soumissionnaires et que la capacité de participer à de multiples soumissions en vertu du processus n'exonérait pas les soumissionnaires de leurs obligations en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

Terre-Neuve-et-Labrador

Dans l'affaire *Triton Hardware Limited c. Torngat Regional Housing Association*, 2020 NLSC 72, la Cour suprême de Terre-Neuve a réaffirmé que la discrétion prévue par une clause de privilège général est limitée et ne permet pas à un propriétaire de choisir un soumissionnaire sur la base de critères non divulgués dans les documents d'appel d'offres. Elle a en outre confirmé que le litige concernant l'attribution du contrat pouvait être réglé par un procès et un jugement sommaires.

Le propriétaire défendeur, Torngat Regional Housing Association (« **Torngat** »), avait lancé un appel d'offres pour la fourniture de matériaux de construction de logements. Triton Hardware Limited (« **Triton** ») le plaignant a déposé la soumission conforme la plus basse. Torngat a cependant attribué le contrat à un autre soumissionnaire avec lequel elle avait déjà travaillé, sur la base du fait que (a) la différence de prix entre les deux offre était « négligeable » et (b) Torngat était satisfaite de l'exécution antérieure de l'autre soumissionnaire. Ce faisant, Torngat a cherché à invoquer la clause de privilège suivante dans ses instructions aux soumissionnaires : « **L'attribution du contrat sera basée sur le prix moyen le plus bas pour un matériau de qualité. Le prix le plus bas ne sera pas nécessairement accepté** ».

La Cour a confirmé que si la clause de privilège permettait à Torngat de s'abstenir d'attribuer le contrat à un soumissionnaire, elle ne lui permettait pas de sélectionner un autre soumissionnaire sur la base de critères non divulgués dans les documents d'appel d'offres. Au contraire, comme l'a clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans les décisions *M.J.B. Enterprises Ltd c. Defence Construction (1951) Ltd*, [1999] 1 R.C.S. 619 et *Martel Building Ltd. c. R.*, 2000 CSC 60, la clause de privilège ne pouvait être invoquée pour accorder un traitement préférentiel à certains soumissionnaires sur la base de conditions non divulguées, car cela violerait l'obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires sur un même pied d'égalité dans le cadre de tels contrats. La Cour a accordé à Triton une indemnité pour perte de profits



Colombie-Britannique – Garantir une assurance adéquate

Dans l'affaire *Nelson c. Colombie-Britannique*, 2020 BCSC 479 la Cour suprême de la Colombie-Britannique a affirmé que le propriétaire d'un processus d'approvisionnement n'est pas responsable des actes de négligence des propriétaires du contrat lorsque l'entrepreneur est considéré comme un entrepreneur indépendant.

Dans cette affaire, le demandeur poursuivait la Colombie-Britannique pour des dommages causés à sa propriété à la suite d'une inondation de débris libérés par le remblai de la voie ferrée du Columbia & Western Rail Trail (« **CWRT** »). BC Tourisme était responsable de l'achat initial du CWRT. Toutefois, BC Tourism a été dissoute et ses actifs ont été transférés à la Colombie-Britannique. Le CWRT était construit sur un remblai qui redirigeait l'écoulement d'un ruisseau par un canal qui passait sous la voie ferrée et ramenait le ruisseau à son cours naturel (le « **Passage** »). Au cœur du litige se trouvait un ponceau et les réparations connexes effectuées au Passage (le « **Ponceau** »).

Le demandeur a fait valoir que la province a fait preuve de négligence dans l'installation, l'entretien et l'inspection du Ponceau. La province a soumis qu'elle ne pouvait être tenue responsable des mesures prises par des entrepreneurs indépendants qu'elle a engagés pour inspecter, réparer, installer et entretenir le Ponceau en vertu d'un contrat public.

Peu de temps après l'acquisition du CWRT, Tourism BC a lancé une DP pour la gestion du projet « Gestion de projet de Rails aux sentiers pour des améliorations de la construction pour le TCSBE de Castlegar à Farron ». Katim Enterprises (« **Katim** ») a été le soumissionnaire retenu. White Contracting a obtenu un contrat à titre d'excavatrice/exploitant pour effectuer l'inspection, le nettoyage et les réparations du Ponceau.

La Cour a déterminé que le demandeur avait signé une renonciation excluant toutes les réclamations présentées par le demandeur à l'encontre de la province relativement à des dommages causés par des inondations ou l'érosion. Toutefois, à titre subsidiaire, la Cour a examiné si la demande du demandeur était autrement exclue parce que Katim et White Contracting étaient des entrepreneurs indépendants en vertu du contrat signé à l'issue du processus d'appel d'offres.

Les éléments de preuve au procès ont révélé que Tourism BC n'a pas inspecté le Passage ni décidé de ce qu'il fallait faire à cet égard; toutes ces décisions ont été prises par Katim, White Contracting et Penngo. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que la Colombie-Britannique ne pouvait être tenue responsable des actes de Katim et de White Contracting, car ils étaient des entrepreneurs indépendants. Le contrat conclu entre Katim et Tourism BC stipulait que Katim était « un entrepreneur indépendant et non l'agent légal, l'employé, l'associé ou le représentant » de Tourism BC. De plus, Katim et White Contracting étaient toutes deux tenues de souscrire une assurance responsabilité civile générale complète et d'ajouter Tourism BC à titre d'assuré désigné.

Cette affaire souligne le fait que les soumissionnaires doivent s'assurer que le contrat attribué contient une garantie que le soumissionnaire retenu est un entrepreneur indépendant et qu'il doit souscrire à une assurance responsabilité civile générale.

Alberta – Quand une soumission doit-elle être conforme et les fausses déclarations

En 2020, nous avons examiné de plus près deux affaires particulières liées aux marchés publics afin de savoir ce qu'elles peuvent nous apprendre sur les principes généraux du domaine. La première affaire porte sur des questions de délais de conformité des soumissions et la seconde porte sur de fausses déclarations faites à des entités acheteuses et contenues dans leurs DP.

Dans la première affaire, *Aquatech c. Alberta (Ministre de l'Environnement et des Parcs)*, [2019 ABQB 62](#), confirmée par [2020 ABCA 153](#) la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta rejetant une demande de contrôle judiciaire. Le processus d'appel d'offres utilisé par Alberta Environment and Parks pour solliciter des soumissions pour un contrat d'exploitation, de surveillance et d'entretien des services d'eau et d'eaux usées dans la région de Kananaskis, en Alberta, était en cause. Aquatech qui avait auparavant fourni ces services pendant 16 ans a perdu l'appel d'offres en question.



Aquatech a demandé un contrôle judiciaire de la décision du Ministère d'attribuer la soumission à H2O Innovations (« **H2O** »), faisant valoir que H2O ne se conformait pas aux exigences de la DP en ce sens qu'elle n'avait pas fourni les noms de cinq opérateurs certifiés qui assureraient des services quotidiens en vertu d'un contrat. Le Ministère a fait valoir que l'exigence en matière de personnel s'appliquait à l'exécution du contrat une fois celui-ci attribué, mais ne s'appliquait pas aux soumissions pendant le processus d'évaluation.

La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la décision du juge en Chambre selon laquelle les dispositions pertinentes n'exigeaient pas des soumissionnaires qu'ils aient cinq opérateurs certifiés au moment de la soumission ni qu'ils n'aient à nommer cinq de ces opérateurs. Les soumissionnaires pouvaient se conformer à l'exigence obligatoire en s'engageant dans leurs propositions à avoir cinq opérateurs certifiés au moment où les services ont été rendus. À titre subsidiaire, la Cour d'appel a estimé que ce type de non-conformité s'inscrit dans la catégorie restreinte des non-conformités qui peuvent faire l'objet d'une dérogation en tant que non-conformité mineure. L'appel d'Aquatech a donc été rejeté.

Cette décision fournit des indications claires selon lesquelles, lors de la rédaction d'une DP, les maîtres d'ouvrage doivent veiller à distinguer les exigences qui s'appliquent pendant le processus d'évaluation de celles qui s'appliquent une fois le contrat attribué, afin d'éviter toute contestation de l'interprétation de la DP. De plus, elle

rappelle que lorsqu'une DP comporte une clause discrétionnaire, la non-conformité ne peut être annulée que si la soumission est substantiellement conforme et que la non-conformité est mineure.

Dans la deuxième affaire, *Maple Reinders Constructors Ltd. c. Canada*, 2020 ABQB 58, Maple Reinders Constructors Ltd. (« **Maple** ») a demandé un jugement sommaire au sujet d'une DP émise par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada pour la conception et la construction de deux bâtiments. La DP a été modifiée afin d'ajouter un rapport géotechnique sur l'état des sols souterrains au chantier de construction proposé par Nichols Environmental (Canada) Ltd. (le « **Rapport Nichols** »).

Au fur et à mesure de l'avancement du projet, Shelby Engineering, qui avait été retenue par Maple pour fournir des essais de matériaux et l'installation de fondations, a déterminé que les valeurs du Rapport Nichols étaient trop élevées. Par conséquent, le projet a été suspendu et Maple a dû redessiner les fondations à un coût plus élevé pour tenir compte des valeurs réelles.

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que le Rapport Nichols constituait une représentation faite à Maple au sujet des conditions du sous-sol et que Maple s'était appuyée sur cette représentation dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, ce qui était raisonnable et approprié.

Maple a reçu des dommages-intérêts afin de compenser les frais supplémentaires engagés à la suite de l'inexactitude du Rapport Nichols. Les soumissionnaires et les entités acheteuses doivent se rappeler que les soumissionnaires retenus peuvent tenter des poursuites en dommages-intérêts pour fausse déclaration dans la DP lorsque l'entrepreneur s'est raisonnablement fié à la déclaration et que la fausse déclaration a engendré pour l'entrepreneur des coûts supplémentaires afin de remplir le contrat. Les maîtres d'ouvrage doivent veiller à ce que toutes les déclarations contenues dans les documents de la DP soient exactes, y compris toutes les modifications subséquentes à la DP.

Ce qui rend ce pouvoir particulièrement important, c'est qu'il se manifeste dans la responsabilité délictuelle et non dans le contrat. Par conséquent, il n'est pas lié par le cadre du « Contrat A/B » et peut survenir même si un acheteur utilise un contrat négociable ou « non-Contrat A ».

Manitoba – Les obligations de soumission continuent d'être problématiques

Dans l'affaire *Sa Majesté la Reine c. Intact Insurance Company*, 2019 MBQB 190, la province du Manitoba (« **Manitoba** ») a demandé des dommages-intérêts à Intact Insurance Company (« **Intact** ») en vertu des conditions d'une obligation de soumission fournie par Intact à Line West Ltd. (« **Line West** ») (« **Obligation de soumission** »). Line West a soumis une réponse à une demande d'appel d'offres du Manitoba pour l'application de peinture de marquage de chaussées sur les autoroutes (la « **Soumission** »). Line West a été la soumissionnaire retenue. Les questions ont été tranchées sur une demande pour jugement sommaire.

Les Dispositions spéciales de l'appel d'offres stipulaient que le contrat ne serait pas attribué au soumissionnaire retenu sans la présentation du Formulaire d'attestation de l'entrepreneur (« **CCF** »). Les dispositions spéciales stipulaient également que le défaut de présenter le CCF dans les trois jours ouvrables suivant une demande écrite pourrait entraîner le rejet de la soumission (le cas échéant) et/ou une déclaration selon laquelle le soumissionnaire ne serait pas admissible à des appels d'offres futures. Les dispositions spéciales stipulaient également qu'il est encouragé, mais non nécessaire, pour tous les soumissionnaires de soumettre le CCF avec leur soumission.



La Soumission contenait un CCF signé, mais non rempli; Line West n'a pas indiqué si elle possédait l'une des attestations de programme de sécurité requises pour le CCF. Lors du dépôt de la soumission, Line West ne possédait aucune des attestations préalables du programme de sécurité convenues dans le CCF.

Line West a été avisée qu'elle était la soumissionnaire retenue. La lettre de préavis informait Line West qu'elle devait s'inscrire pour travailler au Manitoba, présenter une lettre d'équivalence COR et soumettre une copie dûment signée du CCF.

Line West n'a pas soumis le CCF complet et a informé le Manitoba qu'elle n'avait pas pu acquérir les équivalences COR au Manitoba. Le Manitoba a par la suite attribué le contrat au soumissionnaire le plus bas suivant.

La Cour a conclu qu'à première vue, la Soumission ne comportait aucune erreur et qu'elle était conforme aux documents d'appel d'offres, étant donné que les Dispositions spéciales précisait clairement qu'il n'était pas nécessaire de présenter le CCF au moment de la soumission. Cependant, une condition du Contrat « B » prévoyait que Line West, en tant que soumissionnaire retenu, devait soumettre un CCF dûment complété. Comme Line West ne l'a pas fait, le Manitoba n'a pas été en mesure d'attribuer le contrat à Line West. Line West savait ou aurait dû savoir qu'elle devait soumettre le CCF et déclarer qu'elle avait l'une des attestations requises pour le programme de sécurité. Line West a soumis la soumission en sachant que le défaut de présenter le CCF dûment complété dans les trois jours ouvrables suivant une demande écrite pouvait entraîner le rejet de la soumission et/ou la déclaration par le demandeur que le soumissionnaire n'est pas éligible pour de futurs appels d'offres.

La Cour a également estimé que le Contrat « A » avait été conclu, car la Soumission était conforme à première vue. Il était donc acceptable que le Manitoba accepte initialement la Soumission. Les conditions de l'appel l'offre étaient respectées et le Manitoba avait le droit de présenter une réclamation comme il l'a fait.

Enfin, Intact a soutenu que le Manitoba était tenu d'attribuer le contrat au plus bas soumissionnaire suivant dans les trente jours suivant la date d'ouverture des soumissions, ce qu'il n'a pas fait. Par conséquent, Intact a soutenu que tous les soumissionnaires, y compris Line West, ont été libérés de toute obligation de conclure le Contrat B (Contract B). Les Conditions générales (« **CG** ») stipulent que « ... Si aucune adjudication n'est effectuée dans les trente jours civils suivants, la date d'ouverture des offres, tous les soumissionnaires seront automatiquement libérés de toute obligation de conclure un Contrat avec le Ministère. »

La Cour a rejeté l'argument d'Intact, concluant que le but des GC était de libérer les soumissionnaires de toute obligation de conclure un contrat si aucune attribution n'a été faite dans les 30 jours. En l'espèce, un contrat a été attribué à Line West, et par conséquent, la disposition susmentionnée des GC ne s'appliquait pas. De plus, la Cour a conclu qu'accepter les observations d'Intact permettrait à un soumissionnaire de retarder délibérément l'annonce de son refus de conclure le Contrat B et lui permettrait de se libérer de toute obligation de conclure ce contrat. Elle aurait pour effet d'exonérer Line West de toute responsabilité ou de tout dommage découlant d'un défaut de se conformer. Par conséquent, la Cour a conclu qu'une telle conclusion serait incompatible avec le sens ordinaire, primaire et naturel de clause dans l'ensemble du contexte de tous les termes de l'offre et serait incompatible avec l'intégrité du processus d'appel d'offres.

Québec – Incidence des irrégularités dans une soumission et contrôle judiciaire d'une décision de radiation

En 2020, nous avons examiné de plus près deux décisions fournissant des indications sur l'interprétation d'irrégularités majeures et mineures dans une soumission, ainsi que le premier contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'Autorité des marchés publics.

Directives pour l'interprétation de la non-conformité par rapport aux irrégularités mineures

Dans l'affaire *Ville de Montréal c. EBC Inc.*, 2019 [QCCA 1731](#), la Cour d'appel a confirmé une décision de la Cour supérieure accordant 1,5 million de dollars en dommages-intérêts au deuxième plus bas soumissionnaire dans un appel d'offres pour la construction d'un complexe sportif multifonctionnel de plusieurs millions de dollars en présence d'une irrégularité majeure dans la soumission la plus basse.

En février 2013, la Ville de Montréal, arrondissement de Saint-Laurent (« **ASL** ») a lancé un appel d'offres pour la construction d'un complexe sportif multifonctionnel de 50 millions de dollars. La documentation de l'appel d'offres comprenait une clause de « preuve de compétence », en vertu de laquelle chaque soumissionnaire était tenu de présenter une liste des travaux de nature et de portée similaires qu'il avait effectués au cours des cinq dernières années. À l'ouverture des appels d'offres, Unigertec Inc. (« **Unigertec** ») a présenté la plus basse soumission. Avant l'attribution du contrat, le deuxième plus bas soumissionnaire, EBC Inc. (« **EBC** »), a écrit à l'agente d'approvisionnement d'ASL, soulignant qu'Unigertec n'avait ni l'expérience ni la compétence nécessaires pour exécuter le contrat. À la suite de vérifications, l'agente a effectivement constaté que la liste de projets soumise par Unigertec ne reflète pas des projets effectués par elle-même et n'indique aucune date de réalisation. Par conséquent, l'agente d'approvisionnement a demandé à Unigertec de fournir une liste supplémentaire pour attester de sa compétence dans l'exécution des travaux. Unigertec a fourni une liste supplémentaire de sept projets, dont aucun n'était semblable au projet envisagé. Sur la base d'un avis juridique interne de la ville, ASL a néanmoins décidé de ne pas tenir compte de la clause de « preuve de compétence » et a attribué le contrat à Unigertec, malgré l'irrégularité dans sa soumission. EBC a intenté une action en dommages-intérêts contre ASL, alléguant que le contrat avait été illégalement accordé à Unigertec.

La Cour supérieure a accueilli le recours d'EBC. Elle a conclu que le défaut d'Unigertec de se conformer à la clause de « preuve de compétence » constituait une irrégularité majeure par opposition à une irrégularité mineure qu'ASL aurait pu ignorer et que, par conséquent, la soumission d'Unigertec aurait dû être rejetée. Étant donné qu'EBC était le deuxième plus bas soumissionnaire et qu'elle a prouvé que sa soumission répondait aux exigences en matière de compétence, la Cour supérieure lui a accordé 1 550 000 \$ en dommages-intérêts à titre de gains manqués.



La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour supérieure en concluant qu'elle n'avait pas commis d'erreur manifeste et déterminante dans son analyse. La Cour d'appel a fait remarquer qu'un organisme public doit rejeter toute offre comportant une irrégularité majeure, mais qu'il conserve sa discrétion à l'égard des irrégularités mineures. Une irrégularité majeure est définie comme un manquement à une exigence essentielle ou substantielle de l'appel d'offres ayant un effet sur l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus. L'interprétation de la question de savoir si une exigence de l'appel d'offres est essentielle ou substantielle nécessite l'examen des documents de l'appel d'offres et du contexte. Dans l'analyse du contexte, il convient de tenir compte de la nature, de l'ampleur et des circonstances du projet pour lequel l'appel d'offres est lancé, des autres dispositions et exigences de l'appel d'offres desquelles il pourrait être conclu qu'une exigence particulière revêt un caractère impératif, des usages en matière d'appel d'offres public, ainsi que du comportement de l'administration publique et de l'intérêt public.

En l'espèce, la Cour d'appel a convenu que la preuve de compétence était une exigence impérative de l'appel d'offres étant donné le langage et la nature de la clause (c'est-à-dire l'obligation de fournir une preuve de compétence pour un projet de construction majeur) et la conduite de l'organisme public (c'est-à-dire le fait qu'ASL considérait la clause comme obligatoire jusqu'à réception d'un avis juridique l'avisant que cette exigence pouvait être ignorée). Sur ce point, la Cour d'appel a également noté qu'ASL avait enfreint le principe d'équité entre les soumissionnaires en offrant à Unigertec seulement la possibilité de corriger sa soumission en fournissant une deuxième liste de projets pour attester de sa compétence.

La même question a également été soulevée dans *Entreprises QMD Inc. c. Ville de Montréal*, 2020 QCCS 3 – mais avec un résultat différent. Dans cette affaire, la Cour supérieure a rejeté un recours intenté par le deuxième plus bas soumissionnaire d'un appel d'offres pour la rénovation d'une arène, concluant qu'une présumée irrégularité dans la soumission du plus bas soumissionnaire n'était que mineure.

En mai 2015, la Ville de Montréal a lancé un appel d'offres pour la rénovation d'un arène à Outremont. L'*Addenda N° 4* à l'appel d'offres prévoyait une exigence spécifique en ce qui concerne l'autorisation de contracter (l'« **Autorisation** ») délivrée par l'Autorité des marchés financiers (« **AMF** »)¹⁷ :

[art. 34.1] Le soumissionnaire, doit, à la date de dépôt de sa soumission, détenir une autorisation de contracter délivrée par l'Autorité des marchés financiers. Il doit transmettre une copie de son autorisation à la Ville de Montréal avec sa soumission, faute de quoi, sa soumission sera automatiquement rejetée. [soulignement ajouté]

À l'ouverture des soumissions, Norgéreq ltée (« **Norgéreq** ») était le plus bas soumissionnaire. Toutefois, Norgéreq n'a pas joint à sa soumission une copie de son Autorisation, comme l'exige l'*Addenda N° 4*. La Ville a décidé de passer outre l'irrégularité et a octroyé le contrat à Norgéreq après la réception de l'Autorisation. Le deuxième plus bas soumissionnaire, Les Entreprises QMD Inc. (« **QMD** »), a intenté un recours contre la Ville, faisant valoir que le défaut de Norgéreq de fournir l'Autorisation aurait dû entraîner le rejet immédiat de sa soumission. QMD a réclamé 813 780 \$ en dommages-intérêts à titre de gains manqués.

En examinant les principes et les critères discutés par la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Montréal c. EBC Inc.*, la Cour supérieure a conclu que le défaut de Norgéreq de fournir une copie de son Autorisation, accompagnée de sa soumission, constituait une irrégularité mineure, à l'égard de laquelle la Ville pouvait, à sa discrétion, passer outre. La Cour a fait la distinction entre cette situation et le défaut de *détenir* une Autorisation au moment de

¹⁷ Ce processus est désormais supervisé par l'Autorité des marchés publics.

présenter une offre, ce qui constituerait une irrégularité majeure pour des raisons d'ordre public. La Cour a reconnu que le libellé de l'article 34.1 de l'*Addenda N° 4* laissait entendre que la transmission d'une copie de l'Autorisation en même temps que la soumission constituait une exigence essentielle. Toutefois, la Cour a noté que le libellé de la seule clause n'était pas déterminant, en ce sens que tous les autres critères pertinents laissaient entendre que l'exigence n'était pas substantielle, à savoir :

- a) Une disposition dans les documents d'appel d'offres prévoyant que la Ville pourrait permettre à un soumissionnaire de corriger sa soumission dans la mesure où la correction n'affecte pas le prix de sa soumission;
- b) l'absence d'incidence de l'irrégularité sur le prix de la soumission et l'intégrité du processus;
- c) Le fait que l'irrégularité puisse facilement être corrigée en consultant le registre public en ligne tenu par l'AMF – ce que la ville a fait ;
- d) l'intérêt public, compte tenu de l'expérience considérable de Norgéreq et du faible prix de la soumission; et
- e) La conduite de la Ville, qui a toujours qualifié l'irrégularité comme mineure à l'ouverture des soumissions.

Comme on peut le constater, dans cette affaire, la Cour supérieure a privilégié une approche souple et contextuelle plutôt que le libellé clair et apparent de la clause en cause.

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'Autorité des marchés publics

Dans l'affaire *Entreprises JRMorin Inc. c. Autorité des marchés publics*, 2019 QCCS 4669, permission d'appeler rejetée 2020 QCCA 87, Les entreprises JRMorin Inc. (« **JRMorin** ») a demandé le contrôle judiciaire d'une décision rendue par l'Autorité des marchés publics (« **AMP** ») le 25 avril 2019, entraînant comme conséquence l'inscription de JRMorin dans *Registre des entreprises non sollicitées aux contrats publics*, l'empêchant de soumissionner et de conclure tout contrat ou sous-contrat public tel que prévu à l'article 21.2.0.0.1 de *Loi sur les contrats des organismes publics* (ci-après dénommée « **LCOP** »).

JRMorin est une société qui exerce des activités dans le domaine de l'excavation et l'installation de tuyauterie et réalise la majeure partie de son chiffre d'affaires grâce à des contrats publics, dont aucun ne dépasse 1 M \$ pour les contrats de service et 5 M \$ pour les contrats de construction. L'actionnaire unique de JRMorin est 9164-2405 Québec Inc., une société de gestion qui détient également Jacques et Raynald Morin Inc.

En août 2016, JRMorin a demandé à l'AMP l'autorisation de conclure un contrat avec un organisme public, ce qui lui aurait permis d'être inscrit au *Registre des entreprises autorisées* et de soumissionner pour des contrats publics de plus grande envergure. En août 2018, l'AMP a envoyé à JRMorin un préavis de refus basé sur l'article 21.37 de la LCOP et l'article 5 de la *Loi sur la justice administrative* (AAJ), au motif que JRMorin et Jacques & Raynald Morin Inc. étaient des entreprises liées sous le contrôle de ces mêmes personnes et que cette dernière avait fait l'objet d'enquête de la Commission de la construction du Québec (« **CCQ** »). Selon l'AMP, les renseignements fournis par la CCQ ont montré que Jacques et Raynald Morin Inc. ne répondaient pas aux exigences d'intégrité requises pour être autorisés à contracter avec un organisme public. Elle a décidé que, puisque les sociétés étaient liées, il en allait de même pour JRMorin.

La Cour supérieure a accueilli la demande de contrôle judiciaire de JRMorin. Elle a conclu que l'AMP avait contrevenu aux règles de justice naturelle, tant dans le processus menant à la décision que dans la décision rendue. La Cour a déterminé que la LCOP s'applique à l'AMP, qui doit donc agir équitablement. Il a ajouté que la conformité était d'autant plus importante dans le contexte où l'AMP ne tient pas d'audiences formelles. Ses décisions sont finales, sans appel, et affectent de façon substantielle le demandeur.

En l'espèce, ces règles fondamentales de justice et d'équité ont été violées. Ni JRMorin ni Jacques & Raynald Morin Inc. n'ont été reconnus coupables d'une infraction. Au contraire, Jacques et Raynald Morin Inc. et la CCQ ont conclu un règlement hors cour. Comme ce règlement était confidentiel, l'AMP s'est appuyée uniquement sur les renseignements fournis par la CCQ concernant l'intégrité de Jacques et Raynald Morin Inc. Cependant, la Cour a conclu que l'AMP aurait dû permettre à JRMorin de contester les allégations de la CCQ en obtenant également des renseignements de sa part.

De plus, le préavis émis à JRMorin ne répondait pas aux exigences de la LCOP : Il ne fournissait à JRMorin que les informations selon lesquelles, à la suite du refus de la demande, la société devait être inscrite au Registre des entreprises non sollicitées aux contrats publics pendant une période de cinq (5) ans. Il ne contenait pas d'informations sur les conséquences de l'inscription dans le registre, qui non seulement nie à la société le droit d'obtenir des contrats de service supérieurs à 1 M \$ et à des contrats de construction de 5 M \$, mais interdit également à la société d'obtenir des contrats publics inférieurs à ces seuils.

Bref, l'AMP a violé son devoir d'agir équitablement envers JRMorin et sa décision ne répondait ni à la norme de la décision correcte ni à celle de la raisonnable.

La Cour Suprême et Callow

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire d'approvisionnement, l'impact de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45 dans le contexte des approvisionnements a fait l'objet de discussions.

La question cruciale dans *Callow* est la nécessité pour les parties contractantes de mener leurs relations de bonne foi les unes avec les autres. Dans le contexte de *Callow* lui-même, les parties avaient deux contrats, l'un pour l'entretien hivernal et l'autre pour l'entretien estival. Le contrat d'entretien hivernal pouvait être résilié sur préavis de dix jours. Les défendeurs (et intimés devant la Cour suprême) avaient décidé au début de 2013 de résilier le contrat, mais ont décidé de retenir ces renseignements pour faire en sorte que le demandeur (et appelant) entrepreneur croit qu'ils renouvelleraient le contrat d'entretien hivernal.



La Cour a conclu que ce comportement entre deux parties contractantes était inadmissible et violait un principe de bonne foi dans l'exécution des contrats. Cela a conduit à la question de savoir si un principe similaire pouvait s'appliquer au contexte des marchés publics : les parties à un contrat public pouvaient-elles être soumises à des obligations en vertu de *Callow*?

D'un point de vue général, la réponse dépend un peu du type d'approvisionnement. Si un approvisionnement est structuré comme une DP négociable « non-Contract A », il est peu probable que *Callow* ait une incidence. Le facteur déterminant dans l'affaire *Callow* est que les parties étaient déjà dans une relation contractuelle. Il

était distinct des principes de Bhasin pour éviter la mauvaise foi dans les négociations. Étant donné que les DP « non-Contract A » n'ont nécessairement aucune relation contractuelle entre l'entité contractante et le soumissionnaire, le principe de *Callow* ne devrait pas s'appliquer.

En ce qui concerne les marchés publics classiques de type contrat A, *Callow* serait applicable (comme entre les soumissionnaires conformes et l'acheteur), mais il est peu probable que cette décision ait une incidence majeure étant donné les obligations de bonne foi préexistantes. Il est difficile de voir en quoi les obligations de *Callow* seraient plus intrusives que les obligations de *Ron Engineering*. Dans le cas où des appels d'offres seraient annulés après le dépôt de la soumission mais avant l'attribution du contrat, il se peut que *Callow* ait une plus grande application. Dans ces cas, les soumissionnaires conformes pourraient soulever des arguments analogues au fait que le donneur d'œuvre aurait laissé croire qu'ils obtiendraient le contrat. Ce type d'argument devra être examiné de plus près à l'avenir.

VANCOUVER

Suite 2400, 745 Thurlow Street
Vancouver (Colombie-Britannique) V6E 0C5
Tél. : 604-643-7100
Télééc. : 604-643-7900

QUÉBEC

500, Grande Allée Est, 9e étage
Québec (Québec) G1R 2J7
Tél. : 418-521-3000
Télééc. : 418-521-3099

CALGARY

Suite 4000, 421 7th Avenue SW
Calgary (Alberta) T2P 4K9
Tél. : 403-260-3500
Télééc. : 403-260-3501

NEW YORK

55 West 46th Street, Suite 2804
New York, New York 10036
États-Unis
Tél. : 646-940-8970
Télééc. : 646-940-8972

TORONTO

Suite 5300, TD Bank Tower
Box 48, 66 Wellington Street West
Toronto (Ontario) M5K 1E6
Tél. : 416-362-1812
Télééc. : 416-868-0673

LONDRES

1 Angel Court, 18th Floor
Londres EC2R 7HJ
Royaume-Uni
Tél. : +44 (0)20 7786 5700
Télééc. : +44 (0)20 7786 5702

MONTRÉAL

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2
Tél. : 514-397-4100
Télééc. : 514-875-6246