

A photograph of a warehouse interior. A worker wearing an orange hard hat and a dark t-shirt is pushing a pallet jack loaded with several cardboard boxes. The worker is moving away from the camera down a long aisle. On both sides of the aisle are tall industrial shelving units filled with more cardboard boxes. The floor is a smooth, light-colored concrete.

mccarthy
tetrault

Marchés publics Rétrospective de l'année 2024

mccarthy
tetrault

En 2024, la législation sur les marchés publics a surtout confirmé les tendances antérieures de la jurisprudence. Bien que la jurisprudence ait peu évolué, il est important que les avocats d'entreprise et en pratique privée soient attentifs à ces tendances continues afin de comprendre l'étendue des responsabilités potentielles dans toute situation de passation de marché. Nous avons également assisté à un certain nombre d'événements clés dans l'espace politique et les parties intéressées (tant les acheteurs que les fournisseurs) devraient prêter une attention particulière à ce domaine en constante évolution.

Nous avons préparé un guide pratique des développements importants en matière de législation sur les marchés publics au cours de l'année écoulée dans la présente Rétrospective de l'année 2024 en droit des marchés publics. Plus particulièrement, nous examinons les principaux changements apportés aux politiques et méthodes d'approvisionnement par les acheteurs publics canadiens, et présentons une analyse approfondie des nouvelles décisions rendues dans ce domaine par les tribunaux administratifs, la Cour fédérale et divers tribunaux provinciaux.

Auteurs :

Robert Glasgow, Tristan Musgrave, Anca Neacsu, Julie Parla, Catherine Samuel, Bertrand Cossette, Benjamin Rivard, Aya Schechner, Ljiljana Stanic, Rahul Bhutani, Tyson Jackson, Mackenzie Oshanek-Gladue, Conrad Parken, Stephan Possin, Nicholas Geringer, et Sophia D'Souza.



TABLE DES MATIÈRES

Événements clés à l'échelle fédérale

La nouvelle politique d'exclusion du Canada	01
<i>Procureur général du Canada c. EllisDon Corporation</i> – Les dommages-intérêts pour perte d'opportunités relèvent de la compétence du tribunal	03
<i>Procureur général du Canada c. Navantia S.A.</i> – La pertinence ne suffit pas.....	04
<i>Chantier Davie Canada Inc. et Wärtsilä Canada Inc.</i> – Un appel pour que le fond l'emporte sur la forme dans les comptes rendus (ou « la troisième fois est la bonne »).....	05

Principaux développements en Ontario

« Acheter en Ontario »	06
L'ambitieux programme d'approvisionnement en énergie de l'Ontario.....	07
<i>Thales DIS Canada Inc. c. Ontario (Transportation)</i> – Réfléchissez bien avant de demander un contrôle judiciaire à un stade préliminaire	07
<i>Canada Forgings Inc. c. Énergie atomique du Canada limitée</i> – L'obligation d'équité s'arrête à la frontière de l'appel d'offres.....	08
<i>1401380 Ontario Ltd. c. Wasaya Airways LP, 1401380 Ontario Ltd. c. Remotes One Remote Communities</i> – L'obligation de bonne foi envers le cocontractant est primordiale	08

Québec : Résumés des décisions de jurisprudence sélectionnées pour la publication annuelle relative aux appels d'offres

<i>Agence métropolitaine de transport c. Sintra inc.</i> , 2024 QCCA 500	10
<i>Construction de défense Canada c. Groupe Atwill-Morin inc.</i> , 2024 QCCA 319.....	11
<i>Construction Ric (2006) inc. c. Procureur général du Québec</i> , 2024 QCCS 474	11
<i>J.F. Sabourin et Associés inc. c. Ville de Gatineau</i> , 2024 QCCS 1647.....	12
<i>Construction Socam Itée c. Société du parc Jean-Drapeau</i> , 2024 QCCS 604.....	13

Ouest Canadien

Colombie-Britannique : Plan d'approvisionnement de la Colombie-Britannique pour 2024	14
Alberta : Le rapport du vérificateur général sur les contrats d'entretien du réseau routier indique que des améliorations du processus sont encore nécessaires.....	19
Saskatchewan : Poursuite de 10 millions \$ CA contre le gouvernement de la Saskatchewan pour rupture présumée d'un contrat d'approvisionnement	24



Événements clés à l'échelle fédérale

Cette année a connu des développements importants au niveau fédéral (et un certain rééquilibrage). D'une part, une nouvelle politique d'exclusion augmente les risques pour les fournisseurs, puisque la Cour d'appel fédérale et le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « Tribunal ») ont rappelé au Canada qu'il ne peut pas agir en toute impunité. D'autre part, la jurisprudence innovante concernant l'exemption de sécurité nationale dans la *Loi sur la preuve au Canada* rappelle aux soumissionnaires qu'ils n'ont pas forcément droit à tous les renseignements relatifs à l'offre dans le cadre d'une contestation de l'offre.

LA NOUVELLE POLITIQUE D'EXCLUSION DU CANADA

Le 31 mai 2024, une série de modifications au régime d'intégrité du Canada est entrée en vigueur. Le gouvernement fédéral a créé un nouveau Bureau de l'intégrité et de la conformité des fournisseurs (le « BICF ») chargé d'administrer une version révisée de la *Politique d'inadmissibilité et de suspension* (la « Politique »), qui constitue le fondement des engagements et des obligations des fournisseurs en matière de respect de certaines normes éthiques.

La nouvelle Politique englobe deux dynamiques concurrentes : elle est à la fois plus flexible, mais aussi beaucoup plus large que la politique précédente. En ce qui concerne la flexibilité, la Politique donne au registraire une grande marge de manœuvre pour déclarer un fournisseur inadmissible, contrairement à l'ancienne approche du régime d'intégrité qui prévoyait une exclusion stricte et obligatoire pour des périodes déterminées, avec peu de considération ou de discrétion pour permettre à Services publics et Approvisionnement Canada (« SPAC ») de modifier cette inadmissibilité.

La nouvelle approche fournit au registraire des lignes directrices sur la période maximale d'exclusion pour diverses infractions, ainsi que des éléments à prendre en compte sur la manière dont la période devrait être fixée selon :

- La gravité de la conduite, dont le rôle du fournisseur dans l'acte répréhensible, l'étendue de la participation de la haute direction, les gains réalisés par le fournisseur, la complexité et le degré de planification ou de prévision, l'association au crime organisé, le coût de l'application de la loi par les autorités et la question de savoir si le fournisseur est un récidiviste.
- Les mesures prises pour remédier à la situation, dont les mesures disciplinaires prises à l'encontre des personnes en cause, les enquêtes internes indépendantes et la mise en œuvre de mesures correctives, des dédommagements en matière civile ou criminelle payés au gouvernement ou aux parties lésées en raison de l'acte répréhensible; l'adoption de régimes de conformité ou le renforcement de ceux-ci et une forte culture de conformité de la direction.

Toutefois, parallèlement à cette flexibilité, SPAC a considérablement élargi le champ des accusations ou des condamnations potentielles pouvant entraîner une exclusion. La politique précédente était axée sur des dispositions spécifiquement liées à certains éléments de l'intégrité publique. Il s'agissait notamment de fraude contre Sa Majesté punie à la fois par le *Code criminel* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*, de corruption punie par le *Code*



criminel et la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, d'infractions régies par la *Loi sur la concurrence* liées aux truquages des offres et aux complots, d'infractions liées à la falsification et d'infractions liées au lobbying. La nouvelle liste des infractions comprend ce qui suit :

- Articles 83.02, 83.03 ou 83.04 (Financement du terrorisme), article 123 (Actes de corruption dans les affaires municipales), article 279.01 (Traite des personnes), article 279.011 (Traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans), paragraphe 279.02(1) (Avantage matériel – traite de personnes), paragraphe 279.02(2) (Avantage matériel – traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans), paragraphe 279.03(1) (Rétention ou destruction de documents – traite de personnes) et paragraphe 279.03(2) (Rétention ou destruction de documents – traite de personnes de moins de dix-huit ans) du *Code criminel*;
- Article 463 (Punition de la tentative et de la complicité), article 464 (Conseiller une infraction qui n'est pas commise) et article 465 (Complot) du *Code criminel*, chacun uniquement dans la mesure où il se rapporte à une infraction énumérée à l'alinéa (1)(b) (i) de l'annexe énonçant les Événements importants visés par la Politique;
- Article 52.01 (Indications fausses ou trompeuses) de la *Loi sur la concurrence*;
- Alinéas 497(2)(a) (Contribution apportée par une personne ou entité inadmissibles); 497(2)(d) (apporter des contributions qui dépassent le plafond); 497(2)(e) (Esquiver le plafond d'une contribution); 497(2)(f) (Cacher l'identité d'un donateur); 497(2)(h) (Conclure un accord interdit); 497(2)(k) (Apporter des contributions indirectes); 497(2)(l) (Apporter des contributions en espèces qui dépassent le plafond); 497(2)(n) (Prêts, cautionnements et emprunts) et 497(2)(o) (Consentir des prêts indirects) de la *Loi*

électorale du Canada;

- Alinéa 80(1)(b) (Frauder Sa Majesté) et article 81 (Présents offerts ou acceptés) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;
- Articles 117 (Organisation d'entrée illégale au Canada) et 118 (Trafic de personnes) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*;
- Toute infraction énumérée à la partie I ou à la partie II du *Code canadien du travail*.

Il convient de noter que l'une des infractions énumérées dans la liste a maintenant une portée élargie. En effet, le régime d'intégrité antérieur excluait les fournisseurs ayant fait l'objet de condamnations pour fraude en vertu de l'article 380 du *Code criminel*, mais seulement pour une fraude commise à l'égard de Sa Majesté. En vertu de la Politique révisée, ce champ d'application englobe désormais toute fraude, qu'elle ait été commise à l'encontre de Sa Majesté ou de toute autre personne.

La nouvelle Politique comprend également un certain nombre de nouveaux « Événements importants » qui ne sont pas explicitement liés à des accusations ou à des condamnations. Il s'agit notamment des situations dans lesquelles un fournisseur :

- Fait certaines déclarations trompeuses sur un « point important » (expression qui n'est pas définie ou discutée dans la Politique);
- A commis une infraction provinciale similaire au cours des trois dernières années;
- Est une personne désignée ou inscrite sur une liste en vertu de la *Loi sur les Nations unies*, de la *Loi sur les mesures économiques spéciales* (« LMÉS »), de la *Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus* (*loi de Sergueï Magnitski*) ou de la *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, appartient à une telle personne ou est contrôlée par celle-ci;



- S’est livré à une activité interdite par la législation précitée sur les sanctions;
- Manque, selon le jugement du registraire, d’intégrité ou d’honnêteté en affaires, de telle sorte que la conclusion d’un contrat avec lui porterait préjudice à la réputation du système d’approvisionnement;
- A, au cours des trois dernières années, été reconnu coupable d’une infraction qui a entraîné son inscription au Registre des contrevenants environnementaux;
- A, au cours des trois dernières années, reçu une évaluation de rendement médiocre dans le cadre de la Politique de gestion du rendement des fournisseurs de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« TPSGC »); ou
- A un propriétaire, un fiduciaire, un administrateur, un gestionnaire ou un cadre supérieur qui, au cours des trois dernières années, a été reconnu coupable ou a plaidé coupable d’une infraction figurant sur la liste.

Deux nouveaux événements pouvant déclencher une exclusion sont particulièrement importants. Le premier concerne les sanctions canadiennes : est désormais considéré comme un Événement important le fait qu’un fournisseur soit une personne désignée ou inscrite sur une liste en vertu de la *Loi sur les Nations Unies*, de la LMÉS, de la *Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus* (*loi de Sergueï Magnitski*) ou de la *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, ou qu’il appartienne à une telle personne ou qu’il soit contrôlé par celle-ci. Cette question peut devenir importante, étant donné l’élargissement de la définition des verbes « appartenir » et « contrôler » dans le cadre de la LMÉS et de la *Loi de Magnitski*, qui reprennent toutes deux le concept d’« appartenance réputée » d’une manière relativement large.

Le fait de se livrer à une activité interdite en vertu de ces lois sur les sanctions constitue également une infraction entraînant l’exclusion. Il est important de noter que la Politique **n’exige pas** que cette infraction soit ancrée dans un plaidoyer de culpabilité ou dans une condamnation : si SPAC est convaincu qu’une activité interdite a eu lieu, il peut la qualifier d’Événement important. Précisément, cela signifie que l’exclusion peut avoir lieu même si un fournisseur n’a pas l’intention coupable requise pour être condamné.

Le deuxième nouvel Événement important majeur concerne les exposés conjoints des faits. Figurant le plus souvent dans des ententes sur plaidoyer ou des ententes de règlement ou dans des accords de réparation ou des accords de poursuite suspendue, SPAC peut désormais tirer des conclusions sur la base de ces faits afin de déterminer s’ils révèlent une infraction susceptible d’entraîner une exclusion. Il est donc essentiel que les fournisseurs qui prévoient de convenir d’un tel exposé conjoint des faits (ou dont les sociétés affiliées envisagent de le faire) soient conscients de cette possibilité et se demandent s’ils doivent communiquer simultanément avec le BICF ou le registraire pour négocier, afin de n’avoir aucune période d’exclusion (ou une période d’exclusion plus courte).

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA C. ELLISDON CORPORATION¹ – LES DOMMAGES-INTÉRÊTS POUR PERTE D’OPPORTUNITÉS RELÈVENT DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

La Cour d’appel fédérale a confirmé une décision historique du Tribunal d’accorder à un soumissionnaire une compensation pour la perte d’opportunités liée à des contrats avec des tiers, suite à la mauvaise gestion par le gouvernement du processus d’approvisionnement, qui avait conduit le soumissionnaire à se voir attribuer indûment le contrat pendant une période donnée. Pendant

1 2024 CAF 200.

cette période, EllisDon a fait l'objet d'un ordre d'arrêt des travaux, mais l'entreprise était contractuellement tenue d'être prête à commencer les travaux à tout moment et n'a donc pas pu soumissionner pour d'autres projets.

Le traitement incorrect par TPSGC de la documentation de l'offre soumise par un autre soumissionnaire, Pomerleau, est à la source du différend. En effet, TPSGC a supprimé les liens hypertextes de Pomerleau et invalidé ses données. Le contrat a été attribué à EllisDon au motif que l'offre de Pomerleau n'était pas conforme, car son cautionnement électronique n'était pas vérifiable. Pomerleau s'y est opposée et a demandé que le processus soit suspendu, afin de mener une enquête. Bien que TPSGC ait déterminé que Pomerleau disposait bien d'un cautionnement électronique vérifiable, il n'a pas reconnu avoir commis d'erreur et a maintenu l'attribution du contrat à EllisDon, au motif que le cautionnement soumis n'était pas vérifiable au moment de l'ouverture des offres (bien que ce soit en fait la faute de TPSGC). Cependant, il a émis un ordre d'arrêt des travaux à EllisDon le jour même de l'envoi du contrat (six jours après l'attribution du contrat).

Le Tribunal a conclu que le processus d'approvisionnement était truffé d'erreurs : l'attribution inappropriée du contrat à EllisDon malgré le fait que TPSGC disposait de tous les renseignements et documents nécessaires pour déceler et corriger sa propre erreur à ce moment-là; la prise en « otage » d'EllisDon en ce qui concerne l'exécution du contrat par l'émission d'un ordre de suspension; la déclaration de TPSGC à Pomerleau selon laquelle l'offre n'était pas vérifiable à la clôture de l'appel d'offres, alors que TPSGC savait ou aurait dû savoir que cette erreur était entièrement due à sa propre mauvaise gestion de l'appel d'offres; et le délai inexplicable de plusieurs semaines après la clôture de l'appel d'offres avant que TPSGC n'informe les soumissionnaires qu'il avait peut-être commis une erreur, alors qu'il le savait depuis des mois. Le Tribunal a donc recommandé à TPSGC d'indemniser EllisDon pour les coûts liés à la perte d'opportunité pendant les mois où elle a été prise en otage avec un contrat qu'elle devait rester prête à exécuter.

La Cour d'appel fédérale a estimé que le Tribunal avait raisonnablement considéré que le comportement de TPSGC concernait le processus d'approvisionnement plutôt que l'exécution du contrat, que le régime législatif permettait l'octroi d'une indemnité pour perte d'opportunité dans le cas de contrats conclus avec des tiers et que cela constituait une mesure corrective appropriée dans les circonstances.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA C. NAVANTIA S.A.² – LA PERTINENCE NE SUFFIT PAS

Dans cette affaire, le procureur général a invoqué l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour empêcher la production des parties caviardées de 48 documents relatifs à l'appel d'offres et au processus d'évaluation des offres d'un projet de navires de combat de surface canadiens (« NCSC »), au motif que les parties caviardées contenaient des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables.

Les documents en question concernaient (1) l'offre retenue de Lockheed Martin (qui, selon le procureur général, contenait des renseignements sensibles et préjudiciables sur les capacités des NCSC en construction) et (2) l'offre non retenue de Navantia, qui comprenait des renseignements ou des éléments fournis directement par un sous-traitant étranger à l'équipe canadienne d'évaluation des offres, conformément aux protocoles de gouvernement à gouvernement prévus dans l'appel d'offres. Navantia, le soumissionnaire non retenu, a demandé la production de ces deux catégories de renseignements dans le cadre de sa contestation du processus d'approvisionnement, au motif qu'elles étaient pertinentes pour la décision conjointe de TPSGC et d'Irving Shipbuilding Inc. selon laquelle son offre n'était pas conforme. Après que le Canada ait communiqué avec un partenaire étranger, celui-ci a finalement donné son accord à la divulgation de certains documents à Navantia, selon des conditions strictes et précises.

La Cour a procédé à une analyse minutieuse de la question de l'article 38 en ce qui concerne les documents restants, avec l'aide d'un *amicus curiae* (« amicus ») désigné avec le consentement des parties et en examinant les représentations des parties. Les documents en question ont été fournis à la Cour et à l'amicus sous une forme non caviardée pour qu'ils les examinent, alors qu'un dossier largement caviardé a été fourni à Navantia.

La Cour a scindé les documents sur la base de ces facteurs. Pour une série de documents, largement liés à la première série de documents, la Cour a estimé que la position du pays partenaire et la pertinence des documents justifiaient la divulgation. Pour la deuxième série de documents, elle a finalement déterminé que, sans le consentement clair des partenaires étrangers à la divulgation de leurs renseignements, leur divulgation (même à des conditions strictes) serait préjudiciable aux relations internationales et constituerait une violation des



accords bilatéraux. D'autre part, bien que peu pertinents (dans la mesure où ils concernent l'offre soumise), les renseignements caviardés n'aideraient pas Navantia à étayer ses allégations selon lesquelles le Canada aurait mal évalué son offre soumise. Par conséquent, l'intérêt public de la divulgation des renseignements ne l'emporte pas sur l'intérêt public de l'interdiction de leur divulgation.

CHANTIER DAVIE CANADA INC. ET WÄRTSILÄ CANADA INC.³ – UN APPEL POUR QUE LE FOND L'EMPORTE SUR LA FORME DANS LES COMPTES RENDUS (OU « LA TROISIÈME FOIS EST LA BONNE »)

Le Tribunal a exprimé sa lassitude à l'égard de cette saga de marchés publics en cours (il s'agit de la troisième plainte déposée par Chantier Davie et Wärtsilä concernant l'approvisionnement de TPSGC portant sur des systèmes de propulsion de navires) en critiquant vivement la manière dont les institutions gouvernementales fournissent des comptes rendus, ou plutôt dont elles n'en fournissent pas.

En particulier, le Tribunal a observé que, « en s'en tenant strictement » aux exigences de l'article 516 de l'*Accord de libre-échange canadien* (« ALEC »), « les institutions gouvernementales peuvent nourrir la croyance malheureuse qu'il leur suffit de dire aux soumissionnaires non retenus de s'en aller et de ne plus les relancer. »⁴

Cela oblige les soumissionnaires à déposer des plaintes spéculatives, puis à être rejetées par le Tribunal pour être partis à la recherche d'éléments de preuve.⁵ Le Tribunal a reconnu l'ironie de cette situation, notant qu'il « peut être amené à se demander comment l'on pourrait s'attendre à ce qu'une partie plaignante fournisse les éléments de preuve sur une question concernant laquelle elle ne peut faire que des suppositions, en l'absence de volonté de l'institution fédérale de rendre des comptes sur sa décision d'adjudication. »⁶

Le Tribunal a également noté qu'en s'en tenant aux exigences strictes de l'ALEC, le Canada traitait les fournisseurs nationaux moins favorablement que les fournisseurs étrangers qui bénéficiaient de protections plus larges et plus explicites au titre d'accords commerciaux internationaux.

Le Tribunal a spécifiquement réprimandé TPSGC, notant qu'il n'a montré aucune ouverture à l'idée de fournir à Chantier Davie et à Wärtsilä des renseignements qui leur auraient permis de vérifier s'ils avaient légitimement perdu l'appel d'offres. Comme le Tribunal l'a souligné, cette approche « met de côté le fait que les soumissionnaires non retenus au terme d'une procédure de passation d'un marché public devraient sans aucun doute pouvoir connaître certains détails sur ce qui a ultimement été acheté. »⁷

3 [2023 CanLII 81853](#) (CA TCCE).

4 [2023 CanLII 81853](#) (CA TCCE), par. 65.

5 C'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire *Chantier Davie Canada Inc. et Wärtsilä Canada Inc.*, [2023 CanLII 6265](#) (CA TCCE), voir notre [Rétrospective de l'année 2023](#).

6 [2023 CanLII 81853](#) (CA TCCE), par. 65.

7 [2023 CanLII 81853](#) (CA TCCE), par. 63.



Principaux développements en Ontario

En Ontario, l'année 2024 a été marquée par un retranchement des efforts d'approvisionnement local avec l'adoption d'un régime incitant à « Acheter en Ontario » et un nouvel approvisionnement énergétique important pour la province. La jurisprudence a clarifié à qui incombent les obligations d'équité et de bonne foi dans le contexte d'approvisionnement, et la décision de la Cour divisionnaire dans l'affaire *Thales* a été infirmée, indiquant que, contrairement à la jurisprudence récente de la Cour supérieure de justice¹, le recours au contrôle judiciaire pour contester des violations de traités commerciaux par des entités ontariennes peut ne pas être approprié tant que d'autres voies n'ont pas été épuisées.

« ACHETER EN ONTARIO »

L'Ontario a promulgué la *Loi sur l'initiative favorisant l'essor des entreprises ontariennes* (« LIFEEO »), qui impose un mandat « Acheter en Ontario » aux pratiques d'approvisionnement public. Les nouvelles règles exigent que les entités du secteur public, comme les hôpitaux et les écoles, accordent la préférence aux entreprises ontariennes lors de l'achat de biens et de services.

Ces changements rendent obligatoire l'approvisionnement des projets ontariens auprès d'entités ontariennes. Cette loi s'applique à toutes les entités gouvernementales de l'Ontario, y compris les organismes désignés du secteur parapublic, tels que les hôpitaux, les conseils scolaires et les universités. Il s'agit là d'une nouvelle exigence radicale en matière d'approvisionnement, qui préoccupe grandement les fournisseurs établis en dehors de l'Ontario.

Toutefois, il est important de noter les restrictions de la LIFEEO. Premièrement, certains services sont exclus, notamment les services obtenus dans le cadre d'offres à commandes ou d'entente avec des fournisseurs attirés, les services des avocats, des parajuristes et des notaires, ainsi que les services qui ne sont pas disponibles auprès d'entreprises de l'Ontario.

Deuxièmement, il y a des seuils monétaires stricts qui correspondent aux obligations de l'Ontario en vertu de l'*Accord de libre-échange canadien* et des autres accords de libre-échange liant les entités ontariennes (comme l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*). Présentement, ces seuils sont les suivants :

- Pour les entités gouvernementales : 30 300 \$ CA pour les biens et 121 200 \$ CA pour les services.
- Pour les organismes désignés du secteur parapublic : 121 200 \$ CA pour les biens ou les services.

Les entités sont tenues de prendre en compte tous les coûts d'option raisonnablement prévisibles et le coût total d'approvisionnement qu'elles paieront. Elles peuvent ainsi exclure tout paiement provenant de tiers pendant la durée du contrat. Par exemple, si une université paie 100 000 \$ CA à l'avance et que les étudiants paient ensuite une certaine somme pendant la durée du contrat, l'université ne doit tenir compte du montant qu'elle paie uniquement lorsqu'elle détermine si le seuil est atteint.

1 Voir, par exemple, *Transdev Canada Inc. c. la municipalité régionale de York*, 2023 ONSC 135.



L'AMBITIEUX PROGRAMME D'APPROVISIONNEMENT EN ÉNERGIE DE L'ONTARIO

Le 28 août 2024, le gouvernement de l'Ontario a lancé le plus grand approvisionnement concurrentiel en matière d'énergie de l'histoire de la province. La Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (« SIERE »), en collaboration avec le ministère de l'Énergie et de l'Électrification, a entamé la procédure d'approvisionnement, qui devrait s'achever en février 2026.

À la suite d'un rapport de SIERE indiquant une augmentation de 75 % de la demande d'électricité d'ici à 2050, l'objectif initial d'acquérir 5 000 mégawatts d'énergie a été récemment augmenté à 7 500 mégawatts. À cette fin, la province a lancé son deuxième approvisionnement à long terme (« LT2 »).

Le but de la province est que cet approvisionnement LT2 soit transparent et pleinement concurrentiel. Il sera également indépendant de la technologie, afin de garantir les sources d'énergie les moins coûteuses. Cependant, la province a également demandé à SIERE d'examiner deux types d'options distinctes et d'en rendre compte. La première option est axée sur les projets à long délai de livraison qui nécessitent des ressources importantes avant

de générer des bénéfices. La seconde option concerne les projets à court terme et à petite échelle destinés à fournir une aide et un approvisionnement immédiats.

Le gouvernement de l'Ontario a également souligné la nécessité d'inclure des actifs nucléaires avancés, notamment les travaux en cours de Bruce Power, les petits réacteurs modulaires en construction à Darlington et la remise à neuf de la centrale nucléaire de Pickering. Il est clair que le gouvernement de l'Ontario s'appuiera sur l'engagement de longue date du Canada en faveur de l'énergie nucléaire et sur le fait qu'il est à l'avant-garde du développement et de la mise en œuvre de l'énergie nucléaire.

THALES DIS CANADA INC. C. ONTARIO (TRANSPORTATION)² – RÉFLÉCHISSEZ BIEN AVANT DE DEMANDER UN CONTRÔLE JUDICIAIRE À UN STADE PRÉLIMINAIRE

Dans une décision rendue juste avant le réveillon du Nouvel An 2023, la Cour d'appel de l'Ontario a renversé la décision de la Cour divisionnaire de faire droit à la demande de contrôle judiciaire de Thales. Cette demande portait sur l'exigence de « fabrication au Canada » ajoutée à un appel d'offres pour la production de cartes d'identité peu avant la date limite de soumission des offres, raison

2 2023 ONCA 866.

pour laquelle l'offre de Thales a été disqualifiée. La Cour suprême du Canada a rejeté en octobre 2024 la demande d'autorisation de porter en appel la décision de la Cour d'appel.

La Cour d'appel a autorisé l'appel et a rejeté la requête en contrôle judiciaire de Thales, en se fondant sur deux motifs principaux. Premièrement, elle a estimé que la Cour divisionnaire n'avait pas correctement effectué son contrôle, car elle n'a pas appliqué la norme de la décision raisonnable. Elle a plutôt appliqué la norme de la décision correcte, procédant à une nouvelle analyse et statuant sur la question à nouveau. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que l'appel d'offres ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, puisque Thales n'avait pas préalablement utilisé la procédure prévue par l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne pour réexaminer la décision.

CANADA FORGINGS INC. C. ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LIMITÉE³ – L'OBLIGATION D'ÉQUITÉ S'ARRÊTE À LA FRONTIÈRE DE L'APPEL D'OFFRES

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que les acheteurs n'ont pas d'obligation d'équité envers les fournisseurs ou les sous-traitants d'un soumissionnaire, et que le délai de prescription pour les réclamations fondées sur l'obligation d'équité prévue en droit de l'approvisionnement public commence à courir, lorsque le manquement à l'équité allégué est découvert.

En prévision de l'obtention d'un contrat pour Bruce Power, Énergie atomique du Canada Limitée (« EACL ») a lancé en septembre 2004 un appel d'offres auprès de trois ateliers d'usinage susceptibles de fournir des embouts, chacun d'entre eux étant responsable de trouver ses propres fournisseurs et sous-traitants. Canada Forgings (« CanForge ») avait déjà envoyé des devis (dont deux non sollicités) pour des pièces d'embouts forgées directement à ces ateliers d'usinage et avait mis à jour deux de ces devis avant la date limite de dépôt des soumissions dans le cadre de l'appel d'offres. Son principal concurrent (« Patriot ») a envoyé de nouveaux devis aux trois ateliers. En fin de compte, l'offre conforme techniquement et la plus basse a été présentée par un atelier qui comptait Patriot parmi ses fournisseurs, mais pas CanForge. EACL n'a pas lancé d'appel d'offres pour des pièces d'embouts forgées directement auprès de CanForge ou de Patriot.

En appel, CanForge a formulé la question à savoir si la partie défenderesse, EACL, avait détourné les travaux de forgeage d'embouts vers Patriot, en violation d'une prétendue obligation de loyauté en vertu du contrat A. Toutefois, ce n'était pas la question à trancher par le juge de première instance, qui devait déterminer si un contrat A avait été formé en premier lieu. Bien que ces réclamations aient finalement été jugées prescrites, le juge de première instance a estimé que, puisque l'appelant n'avait pas été partie à l'appel d'offres initial, étant le fournisseur de certains soumissionnaires, il n'aurait pas été partie à tout contrat A formé dans le cadre de cet appel d'offres. Par conséquent, EACL ne devait à CanForge aucune obligation d'équité, implicite ou autre.

1401380 ONTARIO LTD. C. WASAYA AIRWAYS LP, 1401380 ONTARIO LTD. C. REMOTES ONE REMOTE COMMUNITIES⁴ – L'OBLIGATION DE BONNE FOI ENVERS LE COCONTRACTANT EST PRIMORDIALE

Cette décision rappelle que les bonnes intentions d'une partie ou les mesures prises au profit de tiers, ou en vertu d'obligations légales, ne l'exonèrent pas de son devoir de bonne foi à l'égard d'un cocontractant.

Hydro One Remove Communities Inc. (« Remotes ») est tenue par la loi de fournir de l'électricité aux communautés isolées du nord de l'Ontario qui ne sont pas connectées au réseau électrique de l'Ontario, dont la plupart sont des communautés des Premières Nations. Remotes a lancé deux appels d'offres pour l'approvisionnement primaire et secondaire de carburant diesel par voie aérienne à certaines communautés éloignées des Premières Nations (« Communautés primaires » et « Communautés secondaires »). 1401380 Ontario Limited (« Wilderness »), un transporteur aérien à la demande, a été retenu pour les deux appels d'offres; Wasaya Airway LP (« Wasaya »), un transporteur appartenant aux Premières Nations, n'a aucunement été retenu. Certaines Premières Nations incluses dans les appels d'offres attribués à Wilderness, mécontentes de ce résultat, ont émis des résolutions de conseil de bande confirmant qu'elles n'autoriseraient personne d'autre que Wasaya à pénétrer sur leurs terres à des fins de livraison de carburant diesel.

Remotes a informé Wilderness qu'à la lumière des résolutions de conseil de bande, elle ne ferait plus appel à ses services pour quatre des cinq Communautés

3 2024 ONCA 677.

4 2024 ONSC 4701.

primaires, et a annulé ses bons de commande. Wasaya a obtenu l'un de ces contrats, les autres étant attribués à une entité dans laquelle trois des communautés avaient des intérêts (« Cargo North »). Le principal fournisseur des Communautés secondaires (dont quatre avaient des intérêts dans Wasaya), Cargo North, a libéré Remotes de toute obligation contractuelle concernant la livraison de carburant à ces communautés et a passé un contrat avec Wasaya au lieu de Wilderness.

Wilderness a intenté une action contre Remotes, notamment pour rupture de contrat et violation de l'obligation d'exécution honnête, et contre Wasaya pour incitation à la rupture de contrat. Remotes a fait valoir que son devoir premier était de fournir de l'électricité conformément à son mandat légal et que, pour atteindre cet objectif, elle était tenue d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à garantir que le contrat

puisse être exécuté en toute sécurité. Compte tenu des résolutions de conseil de bande et donc de l'incapacité de Wilderness à livrer en toute sécurité du carburant aux communautés concernées, Remotes a fait valoir qu'il était raisonnable de résilier les bons de commande émis à Wilderness et d'attribuer des contrats à Wasaya et à Cargo North, et qu'elle n'avait pas fait preuve de mauvaise foi.

La Cour a donné raison à Wilderness, estimant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de Remotes était déraisonnable et que Remotes n'avait pas agi de bonne foi vis-à-vis de sa cocontractante, Wilderness. La Cour a jugé que bien que les motivations et la conduite de Remotes vis-à-vis des Premières Nations étaient honorables en ce qu'elles voulaient respecter les résolutions de conseil de bande, Remotes a exercé son pouvoir discrétionnaire contractuel d'une manière incompatible avec l'objectif pour lequel le pouvoir discrétionnaire avait été accordé.





Québec : Résumés des décisions de jurisprudence sélectionnées pour la publication annuelle relative aux appels d'offres

AGENCE MÉTROPOLITAINE DE TRANSPORT C. SINTRA INC., 2024 QCCA 500

Dans l'arrêt *Agence métropolitaine de transport c. Sintra inc.*, la Cour d'appel a infirmé un jugement rendu par la Cour supérieure en 2022. La Cour d'appel a conclu que, conformément aux instructions aux soumissionnaires (les « Instructions ») émises par l'Agence métropolitaine de Transport (« AMT »), Sintra inc. (« Sintra »), en tant que soumissionnaire, avait l'obligation de signaler à l'AMT toute ambiguïté ou contradiction perçues dans les documents d'appel d'offres.

En 2016, Sintra a répondu à un appel d'offres lancé par l'AMT pour deux projets : la construction d'une voie réservée aux autobus sur l'autoroute et le surfacage d'une partie de la même autoroute. Pour certains éléments des travaux à effectuer dans le cadre des deux projets, le dossier d'appel d'offres exigeait des soumissionnaires qu'ils présentent le même prix unitaire dans le bordereau des prix et quantités pour les articles qui concernaient les deux projets. Il se trouve que Sintra n'avait pas présenté le même prix unitaire pour quatre des 27 articles pour lesquels le même prix unitaire était requis. En conséquence, l'AMT a attribué le contrat au deuxième plus bas soumissionnaire. Sintra a ensuite poursuivi l'AMT pour la perte de profits causée par le rejet de sa soumission.

Lors du procès, Sintra a fait valoir que la prétendue non-conformité de sa soumission était due à des ambiguïtés dans les documents de l'appel d'offres. Sintra a également fait valoir qu'il n'était pas possible de satisfaire aux exigences en matière de prix unitaire sans débalancer sa soumission. À titre subsidiaire, Sintra a soutenu que les manquements allégués étaient mineurs. L'AMT a fait valoir que la non-conformité de Sintra constituait une irrégularité majeure entraînant la disqualification de sa soumission. La Cour supérieure a statué en faveur de Sintra, déclarant que les documents d'appel d'offres étaient ambigus et contradictoires et que l'AMT aurait dû attribuer le contrat à Sintra étant donné qu'elle était le plus bas soumissionnaire.

La Cour d'appel a infirmé le jugement et a conclu que, conformément aux Instructions, Sintra avait l'obligation de signaler à l'AMT toute ambiguïté ou contradiction relevée dans les documents d'appel d'offres. Cette obligation, qui n'a pas été prise en considération dans le jugement de la Cour supérieure, vise à permettre au donneur d'ouvrage d'éliminer toute ambiguïté ou contradiction susceptible d'entraîner une disqualification ou une erreur de prix de la part des soumissionnaires, et est reconnue par la jurisprudence. Ainsi, indépendamment de la possibilité que l'exigence prétendument ambiguë et contradictoire des documents d'appel d'offres ait pu avoir pour effet de débalancer la soumission de Sintra, la Cour a conclu que cela ne justifiait pas la décision de Sintra de l'ignorer. La preuve a démontré que l'irrégularité de l'offre de Sintra était due à une exigence connue qu'elle a choisi de ne pas



prendre en compte au lieu de soulever l'ambiguïté auprès de l'AMT. La Cour a souligné que l'AMT a traité tous les soumissionnaires de la même manière en rejetant l'offre de Sintra, car si le deuxième soumissionnaire le plus bas avait également ignoré l'exigence de prix unitaire, il aurait également pu présenter une offre plus compétitive.

CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA C. GROUPE ATWILL-MORIN INC., 2024 QCCA 319

(demande d'autorisation d'appel rejetée par la Cour suprême du Canada)

Dans l'arrêt *Construction de défense Canada c. Groupe Atwill-Morin inc.*, la Cour d'appel a confirmé le jugement rendu par la Cour supérieure en 2022, qui condamnait Construction de défense Canada (« CDC ») à verser des dommages-intérêts au Groupe Atwill-Morin inc. (le « Groupe ») pour avoir rejeté sa soumission lors d'un appel d'offres en raison d'une irrégularité mineure.

En 2018, CDC a lancé un appel d'offres pour la restauration de toitures, de maçonnerie et de soffites. Les instructions aux soumissionnaires (les « Instructions ») précisait que l'offre devait inclure un cautionnement vérifiable numériquement, « signé et scellé numériquement par l'utilisation d'un tiers fournisseur de services numériques. » Or, le Groupe a soumis un cautionnement au format PDF. Bien qu'il ait présenté la proposition la plus basse, CDC a rejeté la soumission du Groupe au motif qu'elle ne répondait pas aux exigences de l'appel d'offres décrites ci-dessus en ce qui concerne le format du cautionnement. Le Groupe a ensuite intenté une demande en dommages-intérêts pour perte de profits contre CDC en raison du rejet de son offre.

Lors du procès, le Groupe a essentiellement fait valoir que son offre avait été rejetée en raison d'une irrégularité

mineure, que la condition d'appel d'offres invoquée par CDC n'était pas d'ordre public ou essentielle à l'appel d'offres, et que CDC aurait dû autoriser la correction de l'irrégularité ou ne pas en tenir compte, compte tenu de son pouvoir discrétionnaire. La Cour supérieure a statué en faveur du Groupe et a ordonné à CDC de lui verser 646 156 \$ CA. La Cour a conclu que CDC avait commis une faute en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre au Groupe, le soumissionnaire le plus bas, de corriger une irrégularité mineure.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a conclu que le contenu ambigu des Instructions, notamment l'emploi interchangeable des termes « numérique » et « électronique », ne permettait pas de conclure que la soumission d'un cautionnement en format PDF constituait une violation d'une condition essentielle de l'appel d'offres. En fin de compte, la Cour a conclu qu'en l'absence d'une clause de rejet péremptoire dans les documents d'appel d'offres ou d'une contrainte législative limitant le pouvoir discrétionnaire de CDC à cet égard, les représentants de CDC auraient dû user de leur discrétion pour passer outre l'irrégularité mineure du Groupe et lui accorder le contrat, étant donné qu'il avait soumis l'offre la plus basse.

CONSTRUCTION RIC (2006) INC. C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, 2024 QCCS 474

Dans *Construction Ric (2006) inc. c. Procureur général du Québec*, la Cour supérieure a rejeté la demande de compensation déposée par Construction Ric (2006) inc. (« Construction Ric ») contre le ministère des Transports du Québec (« MTQ ») pour des travaux supplémentaires réalisés dans le cadre d'un contrat à forfait, parce que Construction Ric n'avait pas suivi la procédure de réclamation prévue dans les documents d'appel d'offres.

En 2015, le MTQ a lancé un appel d'offres pour le remplacement de ponceaux en acier sur la route 138. Le contrat a été attribué à Construction Ric pour un montant forfaitaire de 3 962 597,43 \$ CA. Après l'achèvement des travaux, Construction Ric a poursuivi le MTQ, réclamant 1 772 059,08 \$ CA pour des travaux supplémentaires prétendument causés par un démarrage anticipé du chantier imposé par le MTQ, des conditions météorologiques difficiles entraînant des retards et des travaux supplémentaires qui n'étaient pas inclus dans le champ d'application du contrat. Construction Ric a également réclamé le paiement d'une retenue contractuelle de 60 000 \$ CA.

La Cour a estimé que Construction Ric n'avait pas respecté les délais fixés dans la procédure de réclamation prévue à l'article 8.8 du *Cahier des charges et devis généraux* (« Cahier des charges »), et a donc rejeté la réclamation, y compris en ce qui concerne le paiement de la retenue de garantie contractuelle. La Cour rappelle qu'en principe, dans un contrat à forfait, l'article 2109 du *Code civil du Québec* prévoit que le prix reste le même bien que les conditions d'exécution aient changé. Les parties peuvent toutefois en convenir autrement. Dans cette affaire, l'article 8.8 du *Cahier des charges* stipulait que si un entrepreneur rencontrait des difficultés au cours de l'exécution du contrat, il devait d'abord soumettre un avis de son intention de réclamer une compensation au MTQ, dans les 15 jours suivant le début des difficultés rencontrées. Par la suite, en l'absence d'un accord entre les parties, l'entrepreneur pouvait présenter une réclamation, qui devait être reçue par le sous-ministre au plus tard 120 jours suivant l'estimation finale des travaux. Le non-respect de ces délais a été considéré comme une renonciation au droit du contractant de présenter une réclamation.

Construction Ric a avisé le MTQ de son intention de déposer une demande de compensation le 28 septembre 2015, soit huit jours avant la réception des travaux avec réserve, le délai maximal de 15 jours depuis la survenance des difficultés à l'origine de la demande de compensation ayant été dépassé. De plus, la Cour a constaté que Construction Ric avait soumis sa demande au sous-ministre 519 jours après la réception des travaux avec réserve, dépassant ainsi largement le délai de 120 jours. Cette décision souligne l'importance du respect de la procédure de réclamation prévue dans les documents d'appel d'offres, faute de quoi il en résulte de lourdes conséquences.

J.F. SABOURIN ET ASSOCIÉS INC. C. VILLE DE GATINEAU, 2024 QCCS 1647

Dans *J.F. Sabourin et Associés inc. c. Ville de Gatineau*, la Cour supérieure a statué qu'en vertu de l'article 573.3.3 de la *Loi sur les cités et villes* (la « LCV »), la Ville de Gatineau (la « Ville ») pouvait négocier avec le seul soumissionnaire restant, *J.F. Sabourin et Associés inc.* (« J.F. Sabourin »), pour qu'il baisse le prix de sa soumission, puisqu'il avait déposé la seule soumission conforme à la suite de l'appel d'offres, et qu'il y avait une différence importante entre le prix de la soumission et l'estimation de prix de la Ville.

En 2019, la Ville a lancé un appel d'offres pour des services professionnels de génie-conseil. Seules deux offres ont été reçues et, après analyse, la Ville a conclu que J.F. Sabourin avait présenté la seule offre conforme. En raison d'un écart important entre le prix proposé par J.F. Sabourin et l'estimation de la Ville, cette dernière a exercé les droits que lui confère l'article 573.3.3 de la LCV, qui permet à une municipalité de conclure un contrat à un prix inférieur, lorsqu'elle n'a reçu qu'une seule offre conforme. J.F. Sabourin a accepté de baisser son prix et l'écart entre le prix initial et l'estimation de la Ville a été réduit de 11,58 %.

Après avoir réalisé les services prévus au contrat, J.F. Sabourin a allégué avoir découvert que la soumission de l'autre soumissionnaire était également conforme, et que la Ville ne pouvait pas exercer le droit de négocier le prix prévu à l'article 573.3.3. de la LCV. J.F. Sabourin a donc réclamé à la Ville un montant de 114 952,01 \$ CA qui représente la différence entre le prix initial et le prix négocié. La Ville a maintenu que J.F. Sabourin avait présenté la seule offre conforme et qu'elle pouvait négocier le prix.

La Cour a statué en faveur de la Ville. La preuve a démontré que l'analyse des offres par la Ville a impliqué un processus en deux étapes régi par la LCV. La première étape consiste en une analyse qualitative des offres par un comité de sélection, et la deuxième étape consiste en une analyse du rapport qualité-prix des offres qui ont obtenu un minimum de 70 points lors de la première étape. Toutefois, avant que les offres ne soient soumises au comité de sélection, une analyse préliminaire de certaines exigences administratives a été effectuée par le service d'approvisionnement, et les deux offres ont été jugées conformes à la suite de cette analyse préliminaire.

À la suite à l'analyse qualitative menée par le comité de sélection, il a été conclu que l'offre de l'autre soumissionnaire ne répondait pas à certaines exigences en matière de ressources humaines pour le projet, exigences essentielles compte tenu de la nature du projet. Selon la Cour, la Ville était bien fondée à rejeter l'autre offre compte tenu du fait que les ressources humaines étaient essentielles, et son analyse n'était ni déraisonnable, ni arbitraire, ni empreinte de mauvaise foi. Étant donné qu'il n'y avait qu'une seule offre conforme, la Ville pouvait exercer son droit de négocier le prix avec J.F. Sabourin prévu à l'article 573.3.3. de la LCV.

CONSTRUCTION SOCAM LTÉE C. SOCIÉTÉ DU PARC JEAN-DRAPEAU, 2024 QCCS 604

Dans l'affaire *Construction Socam Ltée c. Société du parc Jean-Drapeau*, la Cour supérieure a établi que Construction Socam Ltée (« Socam ») avait droit à une compensation pour la prolongation de la durée des travaux de construction causée par la Société du Parc Jean-Drapeau (la « SPJD »).

En 2014, la SPJD a lancé un appel d'offres pour la démolition et la rénovation d'infrastructures situées dans le parc Jean-Drapeau, et un contrat à prix fixe a été attribué à Socam. À la fin des travaux, Socam a réclamé 659 931,10 \$ CA à la SPJD pour des retards de construction, des travaux supplémentaires non payés, ainsi que des troubles, des inconvénients et des comportements abusifs.

Lors du procès, les éléments de preuve ont démontré que, selon le calendrier initial, le contrat devait être exécuté en deux phases : La phase I d'une durée de quatre mois, suivie de la phase II d'une durée de six mois et demi. Les travaux étaient censés se dérouler du 5 janvier au 15 octobre 2015, mais, en réalité, l'acceptation des

travaux n'a eu lieu que le 29 mars 2016. De plus, tout au long de l'exécution du contrat, il y a eu 121 demandes ou directives de modification, et 20 ordres de changement (« ODC »), qui ont entraîné une augmentation de 24 % du montant initial du contrat pour lequel Socam demandait une compensation.

La Cour a constaté que le chantier avait été prolongé de 101 jours à cause de la SPJD. La Cour a conclu que ces retards étaient en fait dus aux différents reproches formulés par Socam à l'encontre de la SPJD et de ses professionnels, notamment le regroupement des ODC, le manque de précision des plans de la SPJD, qui a généré 230 questions et réponses techniques, et les délais excessifs pour obtenir les réponses aux questions techniques. Pour cette période de prolongation de 101 jours, la Cour a accordé à Socam une indemnité de 2 946,85 \$ CA par jour, principalement pour les coûts de main-d'œuvre, et a condamné la SPJD à payer à Socam les travaux supplémentaires effectués.

En outre, la Cour a condamné la SPJD à payer 10 000 \$ CA pour son comportement abusif et les troubles, ennuis et inconvénients causés à Socam. En particulier, la Cour souligne qu'il est répréhensible que la SPJD ait laissé Socam exécuter les travaux, alors qu'elle savait que les ressources financières qu'elle avait prévues pour le projet étaient insuffisantes pour couvrir les coûts supplémentaires associés. Plus précisément, il a été démontré que la SPJD n'a pas informé Socam d'une contingence avant la fin des travaux, laissant Socam continuer à payer ses sous-traitants pendant l'exécution du contrat, tout en sachant pertinemment qu'une impasse financière surviendrait ultimement. Ce montant de 10 000 \$ CA accordé à Socam tient compte de son propre manquement à son obligation de remettre des échéanciers révisés sur une base mensuelle.





Ouest Canadien

COLOMBIE-BRITANNIQUE

Il n'y a pas eu de grands bouleversements dans le domaine des approvisionnements en Colombie-Britannique en 2024, mais le nouveau plan d'approvisionnement de la province, qui succède à la stratégie d'approvisionnement de 2018, soutient la priorisation des intérêts primordiaux de la population de la Colombie-Britannique, des communautés et des économies locales, ainsi que de l'environnement, grâce à un cadre de travail sur l'approvisionnement conçu pour promouvoir le changement par le biais d'une économie équitable, accessible et durable en respectant les paramètres des politiques d'approvisionnement, des lois et des accords commerciaux existants. La British Columbia Construction Association (la « BCCA ») a publié une mise en garde sectorielle (la « mise en garde sectorielle ») concernant certains acheteurs qui suppriment le « contrat A », mais nous ne voyons pas de raison de s'alarmer.

Plan d'approvisionnement de la Colombie-Britannique pour 2024

Le 21 février 2024, le gouvernement de la Colombie-Britannique (la « Colombie-Britannique ») a publié son **BC Procurement Plan 2024** (le « plan »), qui définit le cadre des pratiques d'approvisionnement de la Colombie-Britannique dans l'intention de contribuer de manière responsable à la transition vers une économie plus équitable, plus accessible et plus stable. Le plan prévoit d'utiliser l'approvisionnement comme un levier stratégique de changement pour améliorer les résultats sur les plans social et environnemental et promouvoir l'innovation. Ce plan succède à la stratégie d'approvisionnement originale de la Colombie-Britannique publiée en 2018.

La Colombie-Britannique considère que le plan constitue une occasion de tirer parti des dépenses publiques pour s'attaquer à certaines des plus grandes priorités, notamment :

- La réconciliation avec les peuples autochtones;
- La lutte contre les changements climatiques;
- Le soutien à l'emploi et à la formation;
- Le maintien de la sécurité publique; et
- Le maintien de l'abordabilité des services.

Le plan établit trois missions stratégiques : 1) exploiter le pouvoir d'achat, 2) améliorer l'accès des fournisseurs et 3) renforcer les capacités.

Mission 1 : Exploiter le pouvoir d'achat

Le plan établit la mission d'utiliser le pouvoir d'achat de la Colombie-Britannique pour favoriser la réconciliation avec les peuples autochtones, améliorer les résultats sur les plans social et environnemental et promouvoir l'innovation. Le plan exige des acheteurs de la Colombie-Britannique qu'ils suivent les **Lignes directrices pour l'approvisionnement environnementalement responsable** qui, dans la mesure où cela est possible et rentable, encouragent les acheteurs à acquérir des produits et des services écoresponsables. Pour l'achat de

services d'une valeur inférieure à 75 000 \$ CA, **les lignes directrices sur l'approvisionnement social** s'appliquent et recommandent qu'une partie du total des points (pas plus de 5 %) pour l'évaluation des propositions soit réservée à l'engagement de l'acheteur en faveur de la diversité des fournisseurs et du perfectionnement de la main-d'œuvre. Il convient de souligner que les critères relatifs aux conséquences sociales seront considérés comme souhaitables et non obligatoires.

Pour mener à bien cette mission, le Ministry of Citizens' Services (le « ministère ») s'efforce d'étendre à l'ensemble du gouvernement la disponibilité de ses arrangements en matière d'approvisionnement propres aux entreprises autochtones, de continuer à travailler avec le comité consultatif externe de l'Indigenous Procurement Initiative pour élaborer conjointement un plan visant à déterminer et à combler les lacunes auxquelles sont confrontés les fournisseurs autochtones, et de continuer à travailler avec les autres ministères pour trouver et soutenir des processus d'approvisionnement qui permettront d'obtenir de meilleurs résultats sur les plans social et environnemental.

Mission 2 : Améliorer l'accès des fournisseurs

La Colombie-Britannique reste déterminée à faciliter la participation des fournisseurs de toutes tailles et de tous types aux projets de marché. Les acheteurs de la Colombie-Britannique doivent s'engager auprès des fournisseurs dans le cadre de demandes d'information et d'autres événements, et communiquer au marché des préavis concernant les approvisionnements importants prévus afin de donner à tous les fournisseurs potentiels suffisamment de temps pour se préparer. Dans le but d'accroître la participation de diverses entreprises et communautés, les acheteurs à l'échelle du gouvernement doivent collaborer de manière à déterminer les lacunes et les possibilités d'accroître la participation et utiliser **BC Bid**, l'application de marché en ligne de la Colombie-Britannique pour l'acquisition de biens et de services, afin d'assurer la transparence des achats.

Le ministère développera un cadre pour aider les acheteurs à inclure des mesures d'achat local dans leurs critères d'approvisionnement, le cas échéant, et mènera un projet pilote pour rendre les documents relatifs à l'approvisionnement et aux marchés plus accessibles, notamment en utilisant un langage simple.

Mission 3 : Renforcer les capacités

Le plan renforcera les capacités en matière d'approvisionnement dans la fonction publique de la

Colombie-Britannique en améliorant la planification des carrières, la formation et le soutien. Le plan prévoit que la Colombie-Britannique doit exiger que tous les fonctionnaires impliqués dans la gestion de l'approvisionnement et des marchés possèdent des connaissances de base dans ces domaines, connaissances qu'ils auront acquises dans le cadre d'une formation. Les acheteurs du secteur public bénéficieront d'un soutien pour suivre une formation actualisée en matière de gestion de l'approvisionnement et des marchés, et une collaboration à l'échelle du gouvernement permettra de déterminer les possibilités et les lacunes et contribuera à l'élaboration de normes sur les bonnes pratiques en matière d'approvisionnement.

Le ministère, de concert avec l'agence de la fonction publique de la Colombie-Britannique, créera et encouragera des parcours professionnels clairs dans le domaine de l'approvisionnement afin de recruter et de fidéliser des professionnels en passation de marchés publics, d'actualiser la formation, le soutien et les outils en matière d'approvisionnement, de développer une politique opérationnelle, des lignes directrices et des ressources et d'améliorer les outils et les modèles afin de créer une cohérence dans la manière dont les professionnels en approvisionnement achètent des biens et des services.

À quoi s'attendre

L'un des plus importants aspects du plan est la mise en œuvre des **lignes directrices sur l'approvisionnement social** pour les achats de services d'une valeur inférieure à 75 000 \$ CA. Les acheteurs du gouvernement de la Colombie-Britannique qui effectuent de plus petits achats pourront chercher à inclure des critères liés à la diversité des fournisseurs (créant ainsi des occasions pour des fournisseurs issus de la diversité comme les peuples autochtones et les groupes qui recherchent l'équité en matière d'emploi, ce qui pourrait avoir une incidence sur les personnes handicapées et d'autres groupes traditionnellement sous-représentés) et au perfectionnement de la main-d'œuvre (en offrant des formations en apprentissage, de la formation axée sur les compétences et d'autres formes de soutien au perfectionnement pour les employés, les sous-traitants ou les bénévoles, y compris les groupes de fournisseurs issus de la diversité). Les petits fournisseurs devront être prêts à expliquer comment ils satisfont à ces critères de valeur sociale afin d'augmenter leurs chances de remporter des projets. Le ministère a l'intention de recommander que des lignes directrices relatives aux enjeux sociaux, autochtones, environnementaux et économiques soient établies pour les achats d'une valeur



dépassant 75 000 \$ CA, de sorte que les fournisseurs pour les marchés plus importants devraient également garder ces critères à l'esprit.

Les marchés publics restent un outil puissant pour faire avancer les objectifs en matière de politique sociale. La promotion de la diversité des fournisseurs et du perfectionnement de la main-d'œuvre peut constituer un outil stratégique supplémentaire pour les fournisseurs désireux de remporter des appels d'offres à l'avenir.

Garder son calme et continuer à passer des marchés : le retrait du « contrat A » ? Pas de raison de s'alarmer.

Récapitulation de la décision *Ron Engineering*

En 1981, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Ron Engineering*¹, ce qui a fondamentalement remodelé le paysage des appels d'offres au Canada en établissant le cadre juridique de deux contrats distincts : le contrat A et le contrat B. Ces deux contrats clarifiaient les obligations et les droits des parties impliquées dans le processus d'appel d'offres. Le contrat A est formé lorsqu'un entrepreneur soumet une offre, créant ainsi un engagement contraignant de maintenir le prix de l'offre pendant une période d'irrévocabilité spécifiée. Le contrat B, en revanche, est le contrat officiel attribué au soumissionnaire retenu.

Cette décision historique garantit que les entrepreneurs honorent leurs offres et favorise l'équité dans le processus d'appel d'offres. En préservant l'intégrité du système d'appel d'offres, la décision dans l'affaire *Ron Engineering* est restée une pierre angulaire du droit canadien en matière d'approvisionnement, de construction et d'obligations contractuelles.

Une mise en garde sectorielle

Compte tenu de l'importance de l'affaire *Ron Engineering*, il n'est pas étonnant que la **mise en garde sectorielle** de la BBCCA publiée le 18 juin 2024 ait soulevé quelques préoccupations. Par le biais de la mise en garde sectorielle, la BBCCA a informé les parties prenantes de la pratique de certaines entités du secteur public de la Colombie-Britannique consistant à supprimer le contrat A dans leurs processus et documents d'approvisionnement.

La mise en garde sectorielle soutient que les garanties traditionnelles assurant l'équité et le respect des conditions d'un marché seraient absentes sans le cadre du contrat A.

De l'avis de la BBCCA, la suppression du « contrat A » constitue la violation la plus importante des processus des services d'approvisionnement du secteur public que l'industrie de la construction ait connue à ce jour. Cela signifie que ceux qui travaillent dans l'industrie de la construction ne peuvent pas partir du principe qu'il y a maintien du statu quo dans le processus d'approvisionnement lorsque le « contrat A » est supprimé. Avec la suppression du « contrat A », jumelée à d'autres pratiques d'approvisionnement de piètre qualité ou qui se dégradent, les parties prenantes de l'industrie de la construction ne peuvent plus tenir pour acquis qu'elles participent à un processus d'approvisionnement équitable, transparent et concurrentiel.

La BBCCA recommande aux acteurs du secteur de faire preuve d'une extrême prudence face à ce contexte juridique sans précédent, car les entrepreneurs n'auraient aucun recours judiciaire en cas de traitement inéquitable sans un contrat A. En outre, la mise en garde sectorielle

1 *The Queen (Ont) v Ron Engineering*, [1981] 1 SCR 111.

postule qu'il n'y aurait aucune règle applicable dans un processus d'appel d'offres n'utilisant pas un cadre de contrat A.

Solutions de rechange au contrat A

Dans le domaine de l'approvisionnement, les appels d'offres négociables constituent, depuis de nombreuses années, une solution de rechange de plus en plus populaire au cadre défini dans l'affaire *Ron Engineering*. Les appels d'offres négociables sont conçus pour rendre le processus d'approvisionnement plus efficace et moins risqué, tant pour les acheteurs que pour les fournisseurs. En vertu de cette approche, les acheteurs sollicitent des propositions non pas en tant qu'offres fermes conduisant à des accords contraignants, comme dans le cas des appels d'offres contraignants traditionnels, mais plutôt en tant qu'invitations à négocier des marchés potentiels. Cette distinction permet à toutes les parties de s'engager sans les conséquences juridiques strictes associées au contrat A.

L'une des principales caractéristiques des appels d'offres négociables est l'absence d'irrévocabilité. Les fournisseurs ont la possibilité d'interrompre les négociations sans craindre des réclamations pour rupture de contrat, ce qui leur donne plus de liberté pour proposer des solutions innovantes ou non conventionnelles. De même, les acheteurs bénéficient d'une plus grande souplesse dans la structuration des marchés, en évitant les obligations de common law telles que les obligations implicites d'équité inhérentes au contrat A. En outre, comme il n'y a pas de

contrat A, la possibilité pour les fournisseurs de réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat est effectivement éliminée, ce qui réduit les risques de litige pour les acheteurs.

Toutefois, même dans un scénario d'appel d'offres négociables, les parties peuvent former par inadvertance un contrat A, même avec des clauses de non-responsabilité explicites, en raison des actions de l'acheteur ou des communications avec les fournisseurs. Pour limiter ce risque, les acheteurs doivent éviter les ambiguïtés dans leurs documents d'appel d'offres, inclure des clauses de non-responsabilité claires et s'assurer que leurs actions sont cohérentes avec le fait de ne pas former un contrat A. La clause de non-responsabilité suivante a été identifiée comme établissant clairement que les parties n'avaient pas l'intention qu'une réponse à l'appel d'offres crée une obligation contractuelle de la nature d'un contrat A :

« Le présent appel d'offres ne constitue pas une invitation à soumissionner ou une demande d'offres fermes et aucune obligation contractuelle ou légale ne naîtra entre le district et un soumissionnaire à la suite de l'émission de cet appel d'offres ou de la soumission d'une proposition en réponse à cet appel d'offres, jusqu'à ce que le district et un soumissionnaire concluent un marché pour les services recherchés par le district dans le cadre de cet appel d'offres. Plus précisément, et sans restreindre la portée de ce qui précède, le présent appel d'offres n'engage d'aucune façon le district à traiter les



soumissionnaires d'une manière particulière, à sélectionner un soumissionnaire, à entamer des négociations avec un soumissionnaire ou à conclure un marché, et le district peut rejeter toutes les propositions, émettre un nouvel appel d'offres ou mettre fin au processus d'appel d'offres à tout moment, à sa seule discrétion. »²

Aucune raison de s'alarmer

Les inquiétudes concernant l'incidence potentielle de la suppression du contrat A sur l'équité des processus de passation des marchés publics en Colombie-Britannique méritent d'être prises en considération, mais sont peut-être exagérées. Si le contrat A offre traditionnellement un cadre structuré pour l'équité et la transparence, son absence ne remet pas intrinsèquement en cause ces principes. Les acheteurs du secteur public qui utilisent les appels d'offres négociables restent soumis à des obligations d'équité procédurale et doivent rendre des comptes par le biais de mécanismes juridiques tels que le contrôle judiciaire.

Les entités du secteur public continuent d'exercer leurs activités dans le cadre des garanties réglementaires et procédurales établies. Cela garantit que la transparence et la responsabilité sont maintenues malgré tout

changement dans les méthodes d'approvisionnement. En particulier, les processus relatifs aux appels d'offres négociables procurent une plus grande souplesse, permettant aux acheteurs et aux fournisseurs de négocier des solutions et de les adapter dans un cadre collaboratif, sans les contraintes rigides imposées par les conditions contraignantes des soumissions. Cette souplesse peut faciliter l'adoption d'approches novatrices pour relever des défis complexes en matière d'approvisionnement, tout en minimisant les risques de litiges.

Bien que l'abandon du contrat A par certains responsables du secteur public de la Colombie-Britannique constitue une rupture avec les pratiques traditionnelles, il reflète une modernisation délibérée des marchés publics dans le but d'atteindre un équilibre entre l'efficacité, l'équité et l'adaptabilité. En respectant des normes rigoureuses d'équité procédurale et en assurant le maintien d'un contrôle judiciaire, les nouveaux cadres de travail continuent de fournir une base stable pour les marchés publics tout en répondant à l'évolution des besoins du secteur.

2 Murray Purcha & Son Ltd v Barriere (District), 2019 BCCA 4.





ALBERTA

Les projecteurs sont à nouveau tournés sur la nécessité d'apporter des améliorations au processus d'approvisionnement, de même que sur les initiatives d'approvisionnement social, et il existe une volonté de soutenir les entreprises régionales. Le soutien aux fournisseurs locaux s'est avéré une tendance, non seulement en Alberta, mais dans tout le Canada, dans le domaine des marchés publics.

Le rapport du vérificateur général sur les contrats d'entretien du réseau routier indique que des améliorations du processus sont encore nécessaires

Contrats d'entretien du réseau routier

Chaque année, le Ministry of Transportation and Economic Corridors (le « ministère ») dépense plus de 320 millions \$ CA pour assurer la sécurité et le bon état de plus de 64 000 kilomètres de voies routières en Alberta. Le ministère confie l'entretien des routes à des tiers entrepreneurs et supervise les résultats. L'entretien du réseau routier comprend un large éventail d'activités hivernales et estivales, notamment l'entretien hivernal (par exemple, le déneigement et le contrôle des glaces), les travaux de surface (par exemple, la réparation des chaussées et des nids-de-poule) et la régulation du trafic (par exemple, les glissières de sécurité et l'éclairage des routes). En 2019, le gouvernement de l'Alberta a introduit des marchés axés sur le rendement et a limité le nombre de zones d'entretien routier qui pouvaient être confiées à un même entrepreneur, ce qui a permis de réduire la dépendance à l'égard de tout entrepreneur unique. Le ministère a donc besoin de systèmes efficaces pour s'assurer que les entrepreneurs effectuent les travaux pour lesquels ils sont payés et que les travaux supplémentaires confiés aux entrepreneurs sont conformes à ses politiques en matière d'approvisionnement.

Résultats de l'audit et recommandations

En novembre 2024, le rapport de l'audit sur l'exécution des contrats d'entretien du réseau routier a été publié par le vérificateur général de l'Alberta (le « rapport »), audit qui a révélé que les processus suivis par le ministère pour surveiller le rendement de ses entrepreneurs affectés à l'entretien du réseau routier et soutenir la structure des marchés étaient inadéquats à de nombreux égards.

Le rapport constate que le ministère :

- Ne disposait pas d'éléments probants ni de rapports adéquats de la part des tiers entrepreneurs démontrant que toutes les exigences contractuelles étaient respectées;
- N'avait pas toujours réduit les paiements pour les matériaux qui ne répondaient pas aux spécifications et ne disposait pas de suffisamment d'information pour déterminer si les travaux effectués sur ordre de travail répondaient de manière satisfaisante aux tests de contrôle de la qualité;
- N'avait pas toujours respecté sa politique d'exclusivité lorsqu'il avait confié des travaux supplémentaires à des entrepreneurs et n'avait pas documenté les raisons pour lesquelles il avait traité les travaux comme des travaux

supplémentaires au lieu de lancer un appel d'offres pour un nouveau marché; et

- Ne disposait pas de contrôles suffisants relativement à la tarification et à l'approbation de tous les travaux supplémentaires et avait fréquemment omis de respecter les directives concernant le nombre minimum de devis à obtenir pour la tarification des travaux supplémentaires.

Le vérificateur général a recommandé au ministère d'améliorer ses processus de contrôle afin de s'assurer que les marchés répondent aux exigences et d'améliorer ses lignes directrices et ses processus pour la gestion des travaux supplémentaires. Le rapport ne contenait aucune précision quant à la façon de répondre à ces recommandations et a laissé au ministère le soin de déterminer la manière dont il les mettra en œuvre.

Le conseil municipal d'Innisfail examine sa politique d'approvisionnement dans le but de soutenir l'économie locale

La Municipalité d'Innisfail (la « Municipalité ») est en train d'examiner sa **politique d'approvisionnement** (la « politique d'approvisionnement ») dans le but d'inclure une disposition sur l'approvisionnement social afin de soutenir les entreprises locales.

Politique d'approvisionnement d'Innisfail et disposition relative à la préférence locale

Cet examen découle d'une conversation qui a eu lieu concernant un point de l'ordre du jour relatif à l'approvisionnement lors de la **réunion ordinaire du conseil municipal** tenue le 11 mars 2024 (la « réunion du conseil »), au cours de laquelle le directeur des opérations de la Municipalité, Steven Kennedy, a demandé ce qui suit :

- L'achat de quatre camionnettes (pour un montant total de 216 732 \$ CA) auprès d'un concessionnaire de la municipalité;
- L'achat de deux camionnettes pour les services d'urgence (d'une valeur totale de 151 460 \$ CA) auprès d'un concessionnaire d'Edmonton; et
- L'achat d'un chargeur à direction différentielle sur roues (pour un montant total de 84 241,76 \$ CA) auprès d'un concessionnaire de Red Deer.

Les concessionnaires ont été choisis par le directeur des opérations à la suite de demandes de prix lancées sur la plateforme **Alberta Purchasing Connection**, les

devis étant notés en fonction, notamment, du prix et de la garantie. Bien que ces demandes aient finalement été approuvées, le conseil municipal (le « conseil ») s'est montré hésitant quant au fait de ne pas acheter les camionnettes pour les services d'urgence et le chargeur à direction différentielle sur roues auprès de fournisseurs locaux, dont les notes d'évaluation de devis étaient légèrement inférieures. Le conseil s'est interrogé sur la flexibilité de sa politique d'approvisionnement et sur la possibilité de la modifier pour la rendre plus favorable aux entreprises locales. La politique d'approvisionnement comportait une procédure d'appel d'offres et d'approvisionnement, en plus d'obligations découlant d'accords commerciaux particuliers auxquels la Municipalité est partie. La discussion a conduit le conseil à adopter une motion en vertu de laquelle il était demandé à l'administration de la municipalité de fournir des détails supplémentaires concernant sa politique d'approvisionnement (qui a été mise à jour pour la dernière fois le 25 janvier 2016) et les exigences applicables dans les accords commerciaux, dans un effort visant à soutenir les entreprises locales.

La politique d'approvisionnement comporte actuellement une disposition relative à la préférence locale qui prévoit que si un fournisseur local soumet une offre égale ou supérieure à celle d'un fournisseur non local, mais d'un prix plus élevé, la Municipalité peut accepter la soumission du fournisseur local à condition que : a) l'écart de prix maximum pour accorder la préférence à un fournisseur local soit de 5 % et b) la valeur du contrat soit inférieure à 75 000 \$ CA pour les biens et services ou à 200 000 \$ CA pour les travaux de construction, après prise en compte de l'écart de prix. Le 1^{er} avril 2024, lors de la **réunion sur le programme et les priorités de la Municipalité**, la directrice des services généraux de la Municipalité, Erica Vickers, a présenté la politique d'approvisionnement de la Municipalité et les accords commerciaux nationaux auxquels elle est assujettie, en particulier le **New West Partnership Trade Agreement** (« NWPTA ») et l'**Accord de libre-échange canadien** (« ALEC »). Le résumé qui suit est une introduction utile concernant les obligations prévues par le NWPTA et l'ALEC.

Vue d'ensemble des accords commerciaux nationaux

Les provinces de l'Ouest canadien sont toutes membres de l'accord régional NWPTA, 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, plutôt que d'offrir des avantages injustes aux économies locales. Le NWPTA établit un marché



interprovincial sans barrières et un cadre de coopération entre les provinces de l'Ouest afin de stimuler leurs économies.

Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux sont tous membres de l'ALEC, un accord commercial entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017, qui vise à « [conclure] un accord ambitieux, équilibré et équitable qui aplanira l'environnement commercial au Canada. » L'ALEC engage ces gouvernements à respecter un ensemble solide de règles de libre-échange dont le but est d'éliminer les barrières commerciales au sein du Canada, de permettre la libre circulation des personnes et de créer une union économique compétitive pour les Canadiens.

Le NWPTA et l'ALEC (collectivement, les « accords commerciaux nationaux ») prévoient des obligations et des cadres que les acheteurs des gouvernements sont tenus de respecter. Ces accords commerciaux nationaux s'appliquent généralement : a) aux entités fédérales; b) aux entités provinciales; c) aux entités du secteur MESSS financées par l'État, qui comprennent les municipalités, les établissements universitaires, les conseils scolaires et les agences de santé et de services sociaux; et d) aux sociétés d'État (collectivement, les « acheteurs »). Les types d'approvisionnements suivants sont couverts par les accords commerciaux nationaux : a) tous les biens (à quelques exceptions près), b) certains services

particuliers, et c) les achats réalisés par tout moyen contractuel (collectivement, les « approvisionnements »).

Il existe des seuils de valeur précis à partir desquels les obligations découlant de ces accords commerciaux sont déclenchées pour les approvisionnements. En ce qui concerne les entités du secteur MESSS, les obligations au titre du NWPTA sont déclenchées lorsqu'une entité du secteur MESSS achète : a) des biens d'une valeur supérieure à 75 000 \$ CA, b) des services d'une valeur supérieure à 75 000 \$ CA, et c) des travaux de construction d'une valeur supérieure à 200 000 \$ CA; les obligations au titre de l'ALEC sont déclenchées lorsqu'une entité du secteur MESSS achète : a) des biens d'une valeur supérieure à 100 000 \$ CA, b) des services d'une valeur supérieure à 100 000 \$ CA, et c) des travaux de construction d'une valeur supérieure à 250 000 \$ CA (collectivement, les « approvisionnements couverts »). Il existe quatre obligations générales en matière d'approvisionnement (les « obligations générales ») dans le cadre des accords commerciaux nationaux pour les approvisionnements couverts : l'ouverture, la non-discrimination, le non-contournement et la transparence.

Le *New West Partnership* a publié en 2022 des **lignes directrices** (les « lignes directrices ») relatives aux obligations en matière d'approvisionnement prévues par les accords commerciaux nationaux et internationaux,

y compris le NWPTA et l'ALEC. Les lignes directrices fournissent une liste de pratiques susceptibles d'enfreindre les obligations générales, par exemple :

- Accorder une préférence aux approvisionnements locaux ou nationaux couverts;
- Imposer des conditions dans un appel d'offres, des exigences d'enregistrement ou des procédures de qualification sur la base de l'emplacement de l'établissement commercial du fournisseur;
- Créer des obstacles non nécessaires au commerce; et
- Utiliser des escomptes ou des marges de préférence pour favoriser certains fournisseurs.

Il convient de noter que le NWPTA et l'ALEC contiennent des exceptions relatives au développement économique régional.

Autres efforts pour soutenir l'économie locale

Pendant que la Municipalité est toujours en train d'examiner sa politique d'approvisionnement pour tenter d'inclure une disposition relative à l'approvisionnement social afin de soutenir les entreprises locales, il existe une tendance chez les acheteurs à travers le Canada qui consiste à examiner leurs propres politiques d'approvisionnement et les accords commerciaux nationaux dans le but de maximiser le succès des fournisseurs locaux.

La Municipalité régionale de Wood Buffalo et le Comté de Lac La Biche plaident en faveur de l'abolition du NWPTA

Lors de l'*Alberta Municipalities' 2023 Convention & Trade Show*, la Municipalité régionale de Wood Buffalo et le Comté de Lac La Biche ont présenté une **résolution** (la « résolution ») selon laquelle les municipalités de l'Alberta devraient demander au gouvernement de l'Alberta d'abolir le NWPTA, car cela permettrait d'accroître les possibilités d'approvisionnement local. La résolution soutient que le NWPTA est restrictif sur le plan des politiques et processus d'approvisionnement, étant donné que les seuils monétaires pour être soumis à cet accord commercial sont inférieurs à ceux de l'ALEC. Aux termes de la résolution, cela crée un avantage pour les organismes publics et les entrepreneurs en dehors des provinces de l'Ouest canadien, tout en désavantageant les municipalités et les entrepreneurs dans les provinces de l'Ouest. La résolution a subséquemment été adoptée.

Le ministre de l'Emploi, de l'Économie et du Commerce du gouvernement de l'Alberta (le « ministre du Commerce ») a répondu par **une lettre** en décembre 2023, exprimant son soutien au NWPTA et son désir de recruter d'autres provinces pour qu'elles adhèrent à l'accord commercial. Le ministre du Commerce a toutefois évoqué la possibilité de discuter des seuils monétaires avec les autres provinces et a fait remarquer que toutes les parties au NWPTA devraient consentir à l'ajustement des seuils.

La résolution est toujours active et *Alberta Municipalities* surveillera les actions du gouvernement de l'Alberta pour voir si des changements sont apportés aux seuils monétaires.

La province de Terre-Neuve-et-Labrador introduit deux nouvelles stratégies d'approvisionnement

Le 5 février 2024, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador a **annoncé** l'introduction de deux nouvelles stratégies d'approvisionnement, la **Newfoundland and Labrador First Procurement Strategy** et la **Sustainable Procurement Strategy** (collectivement, les « stratégies d'approvisionnement de Terre-Neuve-et-Labrador »). Les stratégies d'approvisionnement de Terre-Neuve-et-Labrador visent à maximiser le succès des fournisseurs locaux dans l'obtention de marchés publics, à soutenir le développement des fournisseurs locaux et à accroître le recours à des pratiques durables en matière d'achat. Notamment, la *Newfoundland and Labrador First Procurement Strategy* met l'accent sur la réussite de l'approvisionnement auprès des fournisseurs locaux en maintenant un escompte de préférence provincial et en encourageant le recours aux exemptions prévues dans les accords commerciaux.

Les stratégies d'approvisionnement de Terre-Neuve-et-Labrador découlent d'une disposition relative à la préférence locale qui a été ajoutée aux **règlements en matière de marchés publics**¹ de la province en 2020, et qui prévoit un avantage à l'évaluation de 10 % dans le cas des fournisseurs provinciaux pour les approvisionnements d'une valeur inférieure à certains seuils monétaires. L'avantage à l'évaluation de 10 % est le maximum autorisé par l'ALEC.

L'Ontario publie des règlements accordant la préférence aux sociétés ontariennes

Le 2 avril 2024, le gouvernement de l'Ontario a **annoncé** un nouveau **règlement**² (le « règlement de l'Ontario »)

1 NLR 13/18.

2 O Reg 422/23.



mis en œuvre en vertu de la [Loi de 2022 sur l'initiative favorisant l'essor des entreprises ontariennes](#).³ Le règlement de l'Ontario, qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2024, vise à donner aux entreprises de l'Ontario un accès à davantage de possibilités de marchés publics. Le règlement de l'Ontario prévoit que le secteur public de l'Ontario doit accorder la préférence aux entreprises ontariennes pour certains contrats d'approvisionnement de faible valeur, dans les limites des seuils applicables prévus par les accords commerciaux.

Un syndicat de l'Alberta conteste les motifs d'une décision concernant l'impartition d'opérations de transport en commun

En avril 2024, l'Alberta Labour Relation Board (« ALRB ») a publié les motifs de sa décision dans l'affaire *Amalgamated Transit Union, Local 569 c. City of Edmonton*, qui portait sur l'impartition des services de transport en commun à la demande. Le syndicat a fait valoir que les employés du nouvel exploitant devaient être couverts par la convention collective de la ville d'Edmonton (la « Ville ») qui s'appliquait aux employés internes des services de transport en commun de la Ville. Le syndicat a affirmé qu'il s'agissait d'une activité connexe au système principal de transport en commun ETS et que la Ville avait la possibilité de surveiller ou de diriger le personnel du nouvel exploitant, comme le prévoit la convention collective. Dans sa décision, l'ALRB a déterminé que la Ville n'exerçait pas « un contrôle commun et une fonction de direction » à l'endroit de l'entrepreneur et que les services de transport en commun à la demande comprenaient une certaine intégration opérationnelle avec les services de transport en commun de base, mais que cela ne justifiait pas de reconnaître les employés du

nouvel exploitant comme faisant partie de la convention collective de la Ville, et que l'impartition n'affectait pas le nombre d'employés municipaux existants qui assuraient le fonctionnement du système de transport en commun de base de la Ville. L'ALRB a donc conclu qu'il n'y avait aucune raison d'étendre la convention collective de la Ville aux nouveaux chauffeurs à la demande de l'exploitant externe.

Cette décision met en lumière l'importance de prendre en compte les conventions collectives lors de la planification des contrats d'approvisionnement en insistant sur le fait que la sous-traitance est une prérogative fondamentale de la direction qui est présumée valide à moins d'être restreinte par les protections prévues dans une convention collective. L'affaire souligne la préoccupation du syndicat quant à la question de savoir si les employés bénéficieront des dispositions de la convention collective actuelle ou s'ils devront en négocier une nouvelle, ainsi que les efforts déployés par le syndicat pour garantir l'application des conventions existantes. Les organismes acheteurs doivent évaluer les incidences potentielles des négociations collectives et veiller à ce que les soumissionnaires soient informés de toute répercussion que les conventions collectives, ou plus généralement les engagements en matière d'emploi, pourraient avoir sur les entrepreneurs nouvellement choisis qui ont soumissionné pour prendre en charge un travail précédemment effectué en interne, ou par un ancien fournisseur de services externe, pour l'institution publique en question. Inversement, les syndicats peuvent protéger les droits de négociation en négociant l'ajout d'interdictions spécifiques contre la sous-traitance dans la convention collective.

3 [SO 2022, c 2, Schedule 2](#).



SASKATCHEWAN

Poursuite de 10 millions \$ CA contre le gouvernement de la Saskatchewan pour rupture présumée d'un contrat d'approvisionnement

Le 8 novembre 2024, Shercom Industries (« Shercom »), un fabricant d'articles en caoutchouc basé à Saskatoon, a intenté une action en justice de 10 millions \$ CA devant la Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan contre le gouvernement de la Saskatchewan. L'action en justice porte sur une rupture de contrat liée au processus de marché public du gouvernement de la Saskatchewan et sur des dénigrements qui auraient été formulés par Tire Stewardship of Saskatchewan (« TSS »), un organisme de réglementation provincial sous la supervision du ministère de l'Environnement, et par le chef de la direction de TSS, Stevyn Arnt.

Dans sa déclaration, Shercom affirme que le gouvernement de la Saskatchewan a pris des engagements spécifiques en 2017 concernant les activités futures de Shercom. Le gouvernement de la Saskatchewan se serait engagé à conclure un contrat à long terme avec Shercom, à garantir à cette dernière un approvisionnement en pneus usagés et à offrir à Shercom de participer à l'avenir de l'industrie (« engagements du gouvernement »). Ces engagements auraient conduit Shercom à reconstruire ses installations après qu'elles eurent été détruites par un incendie en 2016. L'action en justice de Shercom est centrée sur un appel d'offres de 2021 émis par TSS. L'appel d'offres concernait la recherche d'un deuxième recycleur de pneus, censé exercer ses activités dans le sud de la Saskatchewan. Shercom, seul recycleur de pneus usagés de la province depuis 1993, affirme que les critères de l'appel d'offres de TSS étaient ambigus — recherche d'un « deuxième transformateur », et non un simple « deuxième site. » Shercom affirme que cette ambiguïté l'a injustement empêchée de participer au processus d'appel d'offres et que le contrat a été prédéterminé pour favoriser Crumb Rubber Manufacturers Co. (« CRM »), un concurrent américain qui s'est finalement vu attribuer le contrat en décembre 2022. À la fin de l'année 2023, Shercom s'est associé à Emterra Group pour participer à une soumission dans le cadre d'un appel d'offres concernant une usine de recyclage de pneus dans le nord de la province, soumission qui a finalement été rejetée par TSS.

Shercom allègue que la décision de TSS d'attribuer à CRM le contrat de l'installation de transformation du sud de la province en décembre 2022 et le rejet de son offre de 2023 ont perturbé la stabilité du marché et fragmenté l'industrie du recyclage des pneus, ce qui constitue une rupture de contrat par rapport aux engagements pris par le gouvernement de la Saskatchewan en 2017 à l'égard de Shercom. Selon Shercom, ces actions ont entraîné la perte de 40 % de sa part de marché, la fermeture de son usine de transformation au printemps 2023 et le licenciement de 60 employés, 79 autres licenciements ayant été annoncés pour décembre 2024. Shercom demande des dommages-intérêts punitifs de 10 millions \$ CA au gouvernement de la Saskatchewan pour rupture de contrat ou préclusion promissoire, ainsi que des dommages-intérêts supplémentaires à TSS ou à M. Arnt pour de prétendus « dénigrements » découlant de divers commentaires publics faits par TSS et M. Arnt. En outre, Shercom demande des dommages-intérêts punitifs en raison du comportement

de TSS, décrit dans la déclaration de Shercom comme « arrogant, arbitraire, [...] choquant et totalement indifférent au préjudice économique qu'il a causé à Shercom ».

Cette poursuite a mis en relief l'importance de la transparence dans les processus de marchés publics et les documents d'appel d'offres. Ces préoccupations ont été amplifiées par les allégations d'anciens politiciens provinciaux engagés dans des activités de lobbying liées aux contrats de marchés publics et aux appels d'offres dans la province. Par conséquent, la pression politique et

publique semble s'accroître pour garantir la transparence, l'équité et la responsabilité dans le cadre des processus des marchés publics.

Nous suivons de près ce litige et ses implications potentielles pour les processus de marché public et d'appel d'offres en Saskatchewan et ailleurs, et nous vous tiendrons informés des développements au fur et à mesure qu'ils se produiront.





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

À propos du groupe Marchés publics de McCarthy Tétrault

Notre groupe Marchés publics est composé de plus de 25 avocates et avocats à l'échelle nationale. Nos principaux domaines de pratique sont le développement de projet, la technologie, l'énergie, les infrastructures, le commerce et l'investissement international, le droit fiscal et le droit public. Nos avocates et avocats offrent un soutien juridique complet, tant aux acheteurs qu'aux vendeurs, en veillant au respect de la conformité, en atténuant les risques et en leur permettant de réaliser des économies de coûts. Nous représentons des entités de tous les niveaux de gouvernement, et des entreprises du secteur privé dans la rédaction de demandes de propositions, la négociation de contrats et le traitement des réclamations relatives aux soumissions. Nous vous accompagnons dans la préparation des ententes d'approvisionnement, l'optimisation des contrats et la résolution efficace des enjeux, que vous vendiez ou achetiez des biens sur les marchés canadiens.

Le contexte des marchés publics continue d'évoluer, et on observe une augmentation de sa complexité réglementaire et de la concurrence. Il fait d'ailleurs l'objet d'un examen plus approfondi de la part des soumissionnaires, des médias et d'autres parties prenantes. Au fur et à mesure que les organismes de réglementation changent les règles en matière d'approvisionnement, les acheteurs et les fournisseurs doivent composer avec ces changements de façon stratégique pour minimiser les risques et maximiser les occasions.

À propos de McCarthy Tétrault

McCarthy Tétrault offre une vaste gamme de services juridiques, fournit des conseils stratégiques et sectoriels ainsi que des solutions dans le cadre de mandats concernant des intérêts canadiens et internationaux. Le cabinet bénéficie d'une forte présence dans les principaux centres d'affaires du Canada, ainsi qu'à New York et à Londres.

Fort d'une approche intégrée de l'exercice du droit et de la prestation de services à la clientèle innovants, le cabinet est en mesure de capitaliser sur ses compétences juridiques, ses connaissances sectorielles et sa vaste expérience pour aider ses clients à atteindre les résultats qui comptent pour eux. Grâce à nos valeurs et notre fort engagement envers la diversité, l'équité et l'inclusion, nous nous efforçons de bâtir et mettre en place une équipe diversifiée composée de conseillers talentueux pour répondre aux enjeux juridiques de nos clients.

VANCOUVER

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

CALGARY

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

TORONTO

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

MONTREAL

Bureau MZ400
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2

QUÉBEC

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

NEW YORK

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

LONDRES

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