

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

**APPELS D'OFFRES ET ADJUDICATION DES CONTRATS
LES DÉVELOPPEMENTS LES PLUS RÉCENTS**

Christian J. Brossard
Groupe Construction & Infrastructures

(514) 878-8848
christian.brossard@fmc-law.com

Novembre 2007

Présentation donnée dans le cadre de la 13^e édition de la Semaine des infrastructures urbaines
INFRA 2007 du *Centre d'expertise et de recherche en infrastructures urbaines*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. LES PRINCIPES ÉNONCÉS AVANT L'ARRÊT <i>DOUBLE N EARTHMOVERS C. VILLE D'EDMONTON</i>.....	2
1. LES GRANDS ARRÊTS DE PRINCIPE	2
2. LES GRANDS PRINCIPES	3
2.1. Le donneur d'ouvrage ne peut accepter qu'une soumission conforme.....	3
2.2. Le donneur d'ouvrage doit traiter les soumissionnaires équitablement.....	3
2.3. Les erreurs dans la soumission	3
2.4. Les irrégularités dans la soumission.....	4
2.5. Rejet de toutes les soumissions.....	5
2.6. Modification ultérieure du contrat.....	5
II. L'ARRÊT <i>DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. C. VILLE D'EDMONTON ET AL.</i>	6
1. LES FAITS	6
2. LE JUGEMENT DE LA MAJORITÉ	8
2.1. La soumission de Sureway était conforme.....	9
2.2. La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway.....	10
2.3. La Ville ne s'est pas livrée à un « marchandage de soumissions » inadmissible puisqu'elle exerçait un droit que lui conférait les documents d'appel d'offres	11
2.4. La Ville n'a pas passé contrat à des conditions autres que celles des documents d'appel d'offres	11
2.5. La Ville pouvait lever l'obligation de Sureway de fournir des machines de 1980.....	11
2.6. Conclusion.....	12
3. LA DISSIDENCE DE LA MINORITÉ.....	12
III. LES SUITES DE L'ARRÊT <i>DOUBLE N EARTHMOVERS C. VILLE D'EDMONTON</i>. 14	14
1. LE DONNEUR D'OUVRAGE POURRA-T-IL EN TOUTES CIRCONSTANCES FERMER LES YEUX EN PRÉSENCE DE SOUPÇONS D'IRRÉGULARITÉS DANS UNE SOUMISSION ?	14
2. L'OCTROI DU CONTRAT B DONNE-T-IL UN CHÈQUE EN BLANC AU DONNEUR D'OUVRAGE LUI PERMETTANT D'IGNORER TOUTE OBLIGATION AUX TERMES DU CONTRAT A ?	16
CONCLUSION.....	17

APPELS D'OFFRES ET ADJUDICATION DES CONTRATS LES DÉVELOPPEMENTS LES PLUS RÉCENTS

INTRODUCTION

La 13^{ème} édition de la Semaine des infrastructures urbaines propose comme thématique la préservation des infrastructures municipales, par la voie des plans d'intervention, de l'entretien et des projets de réhabilitation. Dans le cadre de cette gestion de leurs infrastructures, les autorités publiques font appel à des professionnels, à des entrepreneurs et à d'autres fournisseurs pour la fourniture de services et la réalisation de travaux. Pour ce faire, elles sont assujetties à des règles strictes qui régissent les demandes de soumissions, les appels d'offres, les grilles d'analyse des propositions, l'évaluation des offres et l'adjudication des contrats.

Ces règles sont énoncées dans des lois et règlements divers, par exemple la *Loi sur les cités et villes*, le *Règlement sur l'adjudication des contrats pour la fourniture de certains services professionnels* et certains accords de libéralisation des marchés.

Mais elles tiennent également leurs sources en jurisprudence, c'est-à-dire des principes énoncés par nos tribunaux et de leur application par ceux-ci. À cet égard, si l'on peut constater le sérieux avec lequel les juges énoncent, analysent et interprètent les règles applicables en matière d'appel d'offres et d'adjudication des contrats, l'on doit également reconnaître que ces règles continuent à évoluer et que les nuances et distinctions, et même les « cas d'espèce », sont monnaie courante.

En janvier 2007, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement, dans l'affaire *Double N Earthmovers Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [2007] 1 R.C.S. 116, qui a déclenché un ouragan au sein de la profession juridique et de l'industrie de la construction. Cet arrêt vient ébranler certaines fondations pourtant solidement établies par le même Tribunal dans les affaires précédentes de *Ron Engineering*, *M.J.B. Enterprises* et *Martel Building* (sur lesquelles nous reviendrons). Ce faisant, il conforte les donneurs d'ouvrage, mais inquiète les entrepreneurs.

Il faut cependant se demander quel est l'impact réel au Québec de cet arrêt, rendu sous l'égide de la *common law*. Il faut également examiner dans quelle mesure les principes établis dans le

passé sont véritablement remis en question ou si nos tribunaux conserveront les marges de manœuvre leur permettant d'éviter que les donneurs d'ouvrage et les soumissionnaires ne tombent dans un climat d'incertitude sur ce qui leur est permis ou leur est interdit de faire dans le contexte d'un appel d'offres public.

Cela étant dit, des questions légitimes doivent maintenant être considérées. Le donneur d'ouvrage peut-il vraiment fermer les yeux en présence de soupçons d'irrégularités dans une soumission en apparence conforme? La Cour suprême donne-t-elle un chèque en blanc au donneur d'ouvrage pour négocier après l'octroi du contrat et faire fi des obligations énoncées aux documents d'appel d'offres?

I. LES PRINCIPES ÉNONCÉS AVANT L'ARRÊT *DOUBLE N EARTHMOVERS c. VILLE D'EDMONTON*

1. LES GRANDS ARRÊTS DE PRINCIPE

- *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111;
- *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619;
- *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] R.C.S. 860;
- *Bau-Québec Ltée c. Ville de Ste-Julie*, [1999] 1 R.J.Q. 2650 (C.A.).

Le processus d'appel d'offres donne naissance à deux types de contrats :

- pour chaque soumission, un contrat A qui naît suivant le dépôt de la soumission en réponse à l'appel d'offres; et
- un contrat B, à savoir le contrat de service ou d'entreprise qui intervient entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire sélectionné.

Les conditions et modalités qui régissent le contrat A sont celles qui sont énoncées dans les lois et règlements applicables, lorsqu'il s'agit d'un donneur d'ouvrage public, et dans les documents

d'appel d'offres. Les parties – donneur d'ouvrage et soumissionnaire - ont l'obligation de respecter ces conditions et modalités.

Par ailleurs, le contrat A comporte également des conditions implicites, c'est-à-dire des conditions qui, même sans être exprimées explicitement dans les documents d'appel d'offres, en font partie intégrante.

2. LES GRANDS PRINCIPES

2.1. Le donneur d'ouvrage ne peut accepter qu'une soumission conforme

Il y a une intention présumée des parties au contrat A que celui-ci comporte une condition implicite à l'effet que le donneur d'ouvrage n'acceptera qu'une soumission conforme.

2.2. Le donneur d'ouvrage doit traiter les soumissionnaires équitablement

Il y a également une intention présumée des parties au contrat A que celui-ci comporte une condition implicite à l'effet que le donneur d'ouvrage traitera tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité », puisqu'il est peu probable que des entrepreneurs investissent temps et argent dans une soumission s'ils ne s'attendent pas à être traités équitablement.

2.3. Les erreurs dans la soumission

Le soumissionnaire ne peut retirer ni modifier sa soumission à l'intérieur des délais d'irrévocabilité prévus aux documents d'appel d'offres, non plus qu'après l'ouverture des soumissions. Il ne peut donc retirer sa soumission pour cause d'erreur économique, par exemple l'oubli d'inclure un montant. Si, cependant, la soumission est affectée d'une erreur apparente à sa face même, tel une erreur de transcription ou une erreur de calcul patente, le donneur d'ouvrage doit, à moins d'une stipulation expresse contraire dans les documents d'appel d'offres, permettre au soumissionnaire de corriger l'erreur ou même faire la correction lui-même, ou

¹ *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd*, précité; *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital Saint-Sacrement*, [1986] R.J.Q. 1729 (C.A.); *Université Laval c. Black & McDonald Limitée*, [2005] R.D.I. 793 (C.S.).

encore permettre au soumissionnaire de retirer sa soumission. Il doit également corriger une erreur matérielle apparente dans une soumission lorsque les documents d'appel d'offres le requièrent.

Le donneur d'ouvrage ne peut par contre corriger une erreur qui requiert de sa part une interprétation de la soumission ou qui ne rentre pas dans le cadre de ce que les dispositions réglementaires applicables permettent comme corrections.

2.4. Les irrégularités dans la soumission

Le donneur d'ouvrage ne pourra accepter une soumission dans le cas d'une irrégularité majeure, qui aurait un effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond de l'appel d'offres et qui aurait pour conséquence de briser l'égalité entre les soumissionnaires. Il ne pourra non plus permettre au soumissionnaire de corriger le défaut postérieurement.

Si, par contre, une soumission n'est pas en tout point conforme aux conditions et exigences stipulées dans les documents d'appel d'offres, mais qu'elle est substantiellement conforme, le donneur d'ouvrage peut ne pas la rejeter si l'irrégularité ne porte que sur des points accessoires et secondaires facilement remédiables. Mais, il n'est pas obligé de permettre au soumissionnaire de corriger l'irrégularité, à moins qu'elle ne concerne pas une exigence des documents d'appel d'offres.

L'appréciation des irrégularités est considérée comme une question administrative généralement technique et les tribunaux n'interviennent généralement pas dans les décisions prises de bonne foi par les représentants responsables du donneur d'ouvrage, même en présence d'une erreur du donneur d'ouvrage dans la mesure où cette erreur de sa part est honnête, surtout s'ils ont obtenu un avis technique ou légal d'une personne apte à les conseiller à cet égard.

Le donneur d'ouvrage doit cependant évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme et, dans le cas contraire, la défense de bonne foi, même en présence d'un avis légal, ne mettra pas le

donneur d'ouvrage à l'abri d'un recours en dommages s'il accepte erronément une soumission non conforme sur un élément essentiel.

2.5. Rejet de toutes les soumissions

Le donneur d'ouvrage peut ne pas octroyer le contrat, soit en présence d'une clause de réserve soit, par exemple, si il juge le prix trop élevé par rapport à son budget ou s'il s'avère impossible de comparer les soumissions parce qu'un soumissionnaire n'aurait pas donné un prix pour chaque alternative.

Il pourra, sans y être obligé, procéder à un nouvel appel d'offres. Celui-ci ne pourra cependant en principe porter exactement sur les mêmes biens, travaux ou services. Il devra y avoir des changements techniques, un changement dans les équipements requis, des garanties d'exécution différentes, un changement important à l'échéancier, etc.

2.6. Modification ultérieure du contrat

Le contrat doit être conforme aux modalités des documents d'appel d'offres. Les parties ne peuvent négocier sur une modalité essentielle, notamment pour faire réduire le prix (à moins qu'une seule soumission conforme n'ait été reçue) ou en changeant de façon importante la nature des travaux visés, à moins que le donneur d'ouvrage ne se soit réservé le droit, dans les documents d'appel d'offres, d'annuler certains travaux, ou encore en discutant d'une alternative non prévue aux documents d'appel d'offres. Des modifications peuvent par contre être apportées sur des éléments accessoires.

² Voir par exemple *Bau-Québec Itée c. Ville de Ste-Julie*, précité, *Hydro-Québec c. Entreprises Bon Conseil Ltée*, REJB 2002-32248 (C.A.) *Coffrage Alliance ltée c. Ville de Chateauguay*, J.E. 2002-1204 (C.S.) et *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, J.E. 2004-1072 (C.A.).

⁵ André Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd., précité, p. 246-251.

⁶ Voir notamment *Henri Girard (Québec) ltée c. Ville de St-Rédempteur*, J.E. 90-106 (C.A.).⁷ Voir notamment *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, précité.

II. L'ARRÊT *DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. c. VILLE D'EDMONTON ET AL.*

1. LES FAITS

Juin 1986, la ville d'Edmonton lance un appel d'offres pour l'adjudication d'un contrat de 30 mois pour la fourniture de trois machines (quatre à l'origine) et de conducteurs pour déplacer les déchets à la décharge.

Les documents d'appel d'offres incluent :

- un formulaire de soumission, qui fait état notamment de l'exigence à l'effet que « Toutes les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents » ;
- un cahier des charges qui répète que les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents et qui requiert que le soumissionnaire donne, pour chaque machine, la marque, le modèle, le numéro de série, l'année de fabrication et le numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton ;
- certaines conditions énoncées à l'endos du formulaire de soumission, dont les suivantes :

The City reserves the right to reject any and all Tenders, and to waive any informality therein, to award by item or class. The lowest or any Tender may not necessarily be accepted. (Clause 7; notre soulignement)

The material delivered under this request for Tender [...] must comply with the terms herein and be fully in accord with the specifications [...]. In the event the material and/or service supplied to The City is found to be defective or does not conform to specifications, The City reserves the right to cancel the order [...]. (Clause 9; nos soulignements)

Bidders are advised that all the instructions to Bidders and Conditions of Tender (as supplemented herein) must be strictly complied with and failure to so either in whole or in part may invalidate the bid in question. (Clause 17; nos soulignements)

Changes in Tenders will not be permitted after the Tenders have been opened, unless negotiated with the lowest evaluated Tenderer. (Clause 25; notre soulignement)

- des spécifications techniques qui précisent l'intention d'accorder la préférence « aux machines de fabrication récente qui sont en excellent état (modèles 1980 ou plus récents) ».

Six soumissions sont déposées. Deux des quatre soumissions les moins élevées sont écartées parce que non conformes, laissant les deux soumissions les moins élevées suivantes, à savoir celle de Sureway Construction of Alberta Ltd. (« **Sureway** »), la plus basse, et celle de Double N Earthmovers Ltd. (« **Double N** »), la deuxième plus basse.

Dans sa soumission, Sureway a fourni les renseignements demandés (marque, modèle, numéro de série, année de fabrication, numéro d'enregistrement) sur les machines qu'elle entend fournir, indiquant 1980 comme année de fabrication de deux d'entre elles et « 1977 ou machine de location de 1980 » pour l'autre. À plusieurs occasions, Double N fait part à la Ville de ses soupçons à l'effet que Sureway ne possède pas de machines de modèle 1980 ou plus récent. La Ville répond que, de toute façon, elle va pouvoir exiger de Sureway qu'elle fournisse des machines de 1980 puisque c'est cela qu'elle a indiqué dans sa soumission. Lorsque Double N demande si elle pourrait elle-même proposer des modèles plus vieux que 1980, la Ville lui répond par la négative, précisant que la date de fabrication n'est pas négociable.

Le contrat est adjugé à Sureway.

Sureway tente ensuite d'enregistrer auprès de la Ville deux machines de 1977 et 1979. Les représentants de la Ville se montrent très mécontents et refusent puisque la Ville a conclu un contrat portant sur des modèles 1980 ou plus récents. Sureway accepte de remplacer les deux machines par des modèles 1980 dans un délai de 30 jours.

Cependant, dans les jours qui suivent, Sureway écrit à la Ville pour lui dire que l'une des machines qu'elle fournira sera un modèle 1979. Il s'agissait en fait de l'une des machines annoncées dans la soumission, mais alors identifiée comme ayant été fabriquée en 1980. Il s'avère que, malgré cette indication dans la soumission, il s'agissait réellement, selon le numéro de série et le numéro d'enregistrement antérieurement délivré par la Ville, d'un modèle 1979. La Ville n'insiste plus et, si Sureway achètera ultérieurement un modèle 1980, elle effectuera

certaines des travaux avec des machines antérieures à 1980 pendant la durée du contrat de 30 mois.

Double N poursuit la Ville, en mettant Sureway en cause. Le juge de première instance rejette l'action de Double N et la Cour d'appel rejette son appel.

Dans une décision très partagée (cinq contre quatre), la Cour suprême rejette l'appel à son tour. Tant la majorité que la minorité réitèrent les principes des arrêts *M.J.B. Enterprises* et *Martel Building*, précités, sur l'existence de conditions implicites à l'effet que seule une soumission conforme peut être acceptée et que tous les soumissionnaires doivent être traités équitablement et sur un pied d'égalité. Là s'arrête la convergence.

La majorité conclut que la Ville a accepté une soumission qui, à sa face même, était conforme, sans qu'elle n'ait à vérifier si Sureway avait l'intention de respecter ses engagements, et que, une fois le contrat B conclu sur cette base, la Ville était libre de lever l'obligation de fournir des machines de modèle 1980. Dans une forte dissidence, les juges en minorité débute leur jugement comme suit :

[...] En l'espèce, toutefois, le rejet par les tribunaux d'instance inférieure de l'action et de la demande de mise en cause non seulement permet à Sureway Construction of Alberta Ltd. de récolter le fruit de sa tromperie, mais permet aussi à la Ville d'esquiver entièrement ses obligations implicites. Loin de préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres, ce résultat la compromet sérieusement. Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à la conclusion de mes collègues et des tribunaux d'instance inférieure, et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. (par. 76)

2. LE JUGEMENT DE LA MAJORITÉ

Le Tribunal répond aux questions suivantes :

1. La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme?
2. La Ville avait-elle l'obligation de vérifier la soumission de Sureway?
3. La Ville s'est-elle livrée à un « marchandage de soumissions » (« *bid shopping* ») inadmissible?

4. La Ville a-t-elle adjugé le contrat à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres?
5. La Ville a-t-elle manqué à ses obligations envers Double N en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980?

2.1. La soumission de Sureway était conforme

Pour les trois machines, c'est un modèle 1980 que Sureway s'est engagée à fournir et que la Ville a accepté par son bon de commande. La Ville pouvait donc exiger que Sureway respecte cette obligation et c'est donc une soumission conforme qu'elle a acceptée.

Pour la machine 2 (« 1977 ou machine de location de 1980 »), il s'avère que le numéro de série et le numéro d'enregistrement indiqués ne s'appliquaient pas à la machine de location de 1980.

Si les documents d'appel d'offres précisaient qu'il fallait fournir les numéros de série et d'enregistrement, il faut interpréter les clauses 7 et 17 comme autorisant la Ville à accepter tout vice de forme, ce que les soumissionnaires savaient.

Le vice de forme est celui qui n'aurait pas d'incidence importante sur le prix ou l'exécution du contrat B.

L'absence de numéros de série et d'enregistrement pour la machine de location constitue un vice de forme.

Il était manifeste aux soumissionnaires qu'il ne s'agissait pas d'une condition essentielle des documents d'appel d'offres, puisqu'il aurait été impossible de fournir un numéro d'enregistrement pour la machine 4, la Ville n'ayant jamais enregistré de machine de ce type. De plus, la preuve est à l'effet que la Ville ne considérait pas cette condition comme essentielle, mais plutôt pour faciliter l'enregistrement après l'octroi du contrat.

2.2. La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway

Les documents d'appel d'offres donnaient le droit, et non l'obligation, à la Ville de vérifier l'équipement.

Il n'y a pas non plus une obligation implicite pour le donneur d'ouvrage de vérifier si les soumissionnaires respecteront véritablement les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission.

Puisque le soumissionnaire est tenu en droit de respecter les engagements pris dans sa soumission, l'on ne peut déduire une intention présumée des parties que le donneur d'ouvrage doive vérifier si effectivement un soumissionnaire se conformera aux exigences de sa soumission.

La majorité appuie la Cour d'appel lorsqu'elle écrit :

To impose a duty on owners to investigate whether a bidder will comply with the terms of its bid would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties.
(par. 50 ; notre soulignement)

Elle ajoute:

Le meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. (par. 52 ; nos soulignements)

De plus, des allégations de soumissionnaires rivaux ne contraignent pas le donneur d'ouvrage à vérifier les autres soumissions :

Une telle pratique encouragerait des attaques injustifiées et injustes de la part de soumissionnaires rivaux et amènerait les propriétaires à traiter les soumissionnaires de manière inéquitable. L'intégrité du mécanisme d'appel d'offres s'en trouverait compromise au lieu d'être affirmée.
(par. 53 ; nos soulignements)

2.3. La Ville ne s'est pas livrée à un « marchandage de soumissions » inadmissible puisque'elle exerçait un droit que lui conférait les documents d'appel d'offres

Le marchandage de soumissions a été défini comme suit par la Cour suprême (dans *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, par. 9) :

... the practice of soliciting a bid from a contractor, with whom one has no intention of dealing, and the disclosing or using that in an attempt to drive prices down amongst contractors with whom one does intend to deal ...

Il est vrai que l'idée qui sous-tend l'appel d'offres, c'est de « remplacer la négociation par la concurrence ». Ce sont cependant les documents d'appel d'offres qui déterminent le droit des parties à cet égard.

Or, la clause 25 autorise expressément la Ville à négocier avec le plus bas soumissionnaire, en l'occurrence Sureway.

2.4. La Ville n'a pas passé contrat à des conditions autres que celles des documents d'appel d'offres

Puisque le soumissionnaire a pour obligation première de former le contrat B, un élément fondamental de cette obligation est que le donneur d'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur qu'il respecte les conditions de l'appel d'offres.

En l'espèce, dans sa soumission dûment acceptée, Sureway s'était engagée à fournir une machine de modèle 1980 et c'est ce qu'elle était tenue de fournir. Et même s'il y a eu tromperie par Sureway, la Ville ne s'en est rendue compte qu'après avoir accepté la soumission.

2.5. La Ville pouvait lever l'obligation de Sureway de fournir des machines de 1980

La levée par la Ville de l'exigence de fournir un modèle 1980 est survenue après la formation du contrat B.

Une fois que le donneur d'ouvrage a exécuté ses obligations aux termes du contrat A en procédant à une évaluation équitable des soumissions et en passant un contrat B sur la base des

conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres, le donneur d'ouvrage est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus.

Le mécanisme d'appel d'offres dont on veut préserver l'intégrité a pris fin au moment de la formation du contrat B.

Si le donneur d'ouvrage croit dans son intérêt de lever une condition du contrat, il a le droit de le faire à moins que les documents contractuels ne le lui interdisent. En l'espèce, la clause 9 autorisait la Ville à annuler le contrat, mais ne l'y obligeait pas.

La majorité reprend le motif de principe suivant énoncé par la Cour d'appel :

[P]arties to contract B might be subject to constant surveillance and scrutiny of other bidders, challenging any deviation from the original terms of contract A, thereby ultimately frustrating the tendering industry generally, and introducing an element of uncertainty to contract B. (par. 73)

2.6. Conclusion

We conclude that Double N's bid received fair treatment throughout the bidding process. Sureway's bid offered units that were compliant on their face and open to acceptance by the City. The City was not aware of Sureway's deceit until after it had accepted Sureway's bid, nor did it collude with Sureway during the bidding process to perpetrate an unfairness against other bidders. Once the City accepted the offer of compliant units, Sureway's failure to supply as promised became a matter between the City and Sureway alone. The City was entitled to deal with Sureway's obligations as it saw fit. (par. 74; nos soulignements)

3. LA DISSIDENCE DE LA MINORITÉ

Les juges en minorité sont d'avis que le raisonnement des tribunaux inférieurs est circulaire :

On the one hand, the courts below held that a bid can be regarded as compliant at the Contract A stage because the owner can always insist on compliance with the terms of the tender. On the other hand, they held that the owner does not need to insist on compliance with the terms of the tender at the Contract B stage of the process precisely because it accepted a compliant bid at the Contract A stage. With respect, this reasoning completely nullifies the protection afforded by the implied obligation to accept only a compliant bid. (par. 83)

Ils rappellent que les fils conducteurs des arrêts *Ron Engineering, M.J.B. Enterprises et Martel Building*, précités, sont « l'importance de l'efficacité commerciale et l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres » (par. 108).

La nécessité que les machines soient des modèles 1980 ou plus récents était une condition essentielle de l'appel d'offres, ce que nul ne conteste. Par conséquent, une soumission qui ne proposerait pas des modèles 1980 ou plus récents serait pour l'essentiel non conforme aux conditions de l'appel d'offres.

La soumission proposait un modèle 1980 pour la machine 1, mais d'autres renseignements étaient fournis (numéro de série, numéro d'enregistrement) qui étaient facilement vérifiables et qui, s'ils avaient été vérifiés par la Ville, auraient révélé que l'année de fabrication était 1979. Dans les circonstances, devant la recommandation de Double N de vérifier la véracité de l'information fournie par Sureway, ce que la Ville pouvait faire à même les renseignements fournis dans la soumission, la Ville aurait dû faire cette vérification. Selon les juges minoritaires, « [l']obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission » (par. 116), la vérification par la Ville de ses propres dossiers constituant une telle mesure raisonnable. La minorité précise ainsi :

[...] je reconnais que le propriétaire n'est pas tenu de procéder à une vérification pour se convaincre que le soumissionnaire respectera effectivement ses engagements. Je ne crois pas non plus que le propriétaire ait l'obligation, lors de l'évaluation des soumissions, d'obtenir des renseignements supplémentaires ou de prendre des mesures autres que celles prévues dans les documents d'appel d'offres. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'a pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour évaluer la conformité de la soumission avec l'appel d'offres. Vu l'importance primordiale du type de machines dont il est question en l'espèce, il n'est pas étonnant que la Ville ait demandé expressément aux soumissionnaires de fournir des détails sur les machines proposées, entre autres, non seulement l'année de fabrication, mais aussi le numéro de série et le numéro d'enregistrement. Étant donné que ces numéros n'ont pour ainsi dire pas de valeur en soi, un observateur objectif peut uniquement en conclure que ces précisions devaient être utilisées à des fins de vérification. Il n'est pas non plus étonnant que la Ville se soit réservé le droit d'inspection. Ces conditions permettaient à la Ville de vérifier la conformité de la soumission. En ne prenant pas ces mesures raisonnables pour évaluer la soumission de Sureway

pour la machine 1, la Ville a manqué à son obligation envers Double N au titre du contrat A.
(par. 119)

La minorité insiste également sur l'ambiguïté de la soumission quant à la machine 2 (« 1977 ou machine de location de 1980 ») et sur l'absence d'information (numéro de série, numéro d'enregistrement) sur la machine de location de 1980 pour conclure à une irrégularité essentielle qui n'est pas corrigée par le droit du donneur d'ouvrage d'ultérieurement exiger du soumissionnaire qu'il respecte ses engagements.

Finalement, si les juges minoritaires reconnaissent que les parties disposent « d'une certaine marge de manœuvre pour négocier des exigences non essentielles au moment de la formation du contrat B » et qu'elles sont également « libres de modifier les conditions du contrat B si les circonstances l'exigent pendant l'exécution du contrat », la levée d'une condition essentielle qui transforme une soumission non conforme en soumission conforme ne saurait être justifiée lorsque la Ville n'a pas pris de mesures raisonnables pour vérifier la conformité de la soumission (par. 125).

La minorité conclut donc que la Ville a manqué à ses obligations envers Double N.

III. LES SUITES DE L'ARRÊT *DOUBLE N EARTHMOVERS c. VILLE D'EDMONTON*

Des questions demeurent suite à cet arrêt de la Cour suprême, rendu sous l'égide de la *common law*.

1. LE DONNEUR D'OUVRAGE POURRA-T-IL EN TOUTES CIRCONSTANCES FERMER LES YEUX EN PRÉSENCE DE SOUPÇONS D'IRRÉGULARITÉS DANS UNE SOUMISSION ?

Dans l'affaire *Limocar Roussillon inc. c. Conseil intermunicipal de transport Roussillon*, J.E. 2007-632 (C.S.), dont le jugement a été rendu en mars 2007 (actuellement en appel), la Cour supérieure distingue les faits en litige de ceux en jeu dans *Double N Earthmovers* pour se rapprocher de la dissidence, ayant conclu que le Conseil intermunicipal avait fait fi d'une condition essentielle selon les documents d'appel d'offres :

[74] La dissidence exprimée par les quatre juges minoritaires s'harmonise avec les principes retenus dans l'arrêt M.J.B., précité. Ils ont conclu que *l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission* et que l'absence de tout enregistrement sur la machine de location de 1980 touchait à une condition essentielle de l'appel d'offres.

[75] Il ressort de cet arrêt que l'élément décisif reposait sur le fait que la Ville était dans l'impossibilité de constater la non-conformité à la face même de la soumission alors qu'en l'espèce, cette impossibilité n'existe pas du fait même que la condition posée par le CIT était suspensive. La vérification de conformité devait donc se faire 30 jours après l'adjudication du contrat, ce qui ne semble pas avoir été fait.

(nos soulignements)

L'on peut par ailleurs penser que, au Québec, les Tribunaux examineront cette question – celle de l'absence d'une obligation de vérifier si une soumission en apparence conforme est bel et bien conforme - à la lumière notamment des principes de bonne foi qui ont été codifiés dans le *Code civil*, notamment de l'article 1375 :

La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

Ainsi, la ligne de démarcation peut être tenue entre la simple allégation par un soumissionnaire rival et l'aveuglement volontaire en présence d'indices probants, à même la soumission en litige, donnant de sérieuses raisons de penser que cette soumission n'est pas conforme.

Ajoutons d'ailleurs que, dans l'affaire *Double N*, les instances avaient conclu non seulement à l'absence de collusion entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire choisi, mais également que la municipalité n'avait eu « connaissance » de la tromperie du soumissionnaire en question qu'une fois la soumission acceptée. La majorité de la Cour suprême précisait :

Le meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. (par. 52 ; notre soulignement)

Même en *common law*, l'on peut noter le commentaire suivant apporté dans une affaire de *Cherubini Metal Works Ltd. c. New Brunswick Power Corp.*, [2007] N.B.J. No. 146 (Nouveau-Brunswick) :

[53] In *Double N* the Supreme Court of Canada concluded that it was not necessary to investigate all compliant bids. As stated by the Court, this would have the effect of overwhelming the process. I would submit that when the tendering authority is knowledgeable of one compliant tenderer and not the other, it may investigate one, both or neither as long as it decides this issue fairly and without bias for or against a party. (notre soulignement)

Les donneurs d'ouvrage devront donc se montrer prudents en présence d'indices de non-conformité, avant de conclure qu'ils peuvent désormais purement et simplement fermer les yeux.

2. L'OCTROI DU CONTRAT B DONNE-T-IL UN CHÈQUE EN BLANC AU DONNEUR D'OUVRAGE LUI PERMETTANT D'IGNORER TOUTE OBLIGATION AUX TERMES DU CONTRAT A ?

Encore là, nous croyons que les donneurs d'ouvrage devront être très prudents avant de conclure qu'ils bénéficient de chèques en blanc.

D'abord, rappelons que les documents d'appel d'offres dans *Double N Earthmovers* prévoyaient expressément le droit pour le donneur d'ouvrage d'entreprendre des négociations avec le plus bas soumissionnaire conforme.

Ensuite, outre la question de la bonne foi mentionnée ci-dessus, il faut également bien noter la formulation des principes énoncés par la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Double N Earthmovers*:

[71] [...] Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. [...] (nos soulignements)

Le texte d'origine, en anglais, de cet extrait du jugement se lit :

[...] Where an owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents, Contract A is fully performed. Thus, any obligations on the part of the owner to unsuccessful bidders have been fully discharged. [...] (nos soulignements)

Ainsi, le principe énoncé par la Cour suprême est fondé sur la prémisse que le donneur d'ouvrage ait respecté ses obligations aux termes du contrat A. Rappelons que, de l'avis de la majorité, la soumission choisie était bel et bien conforme et le donneur d'ouvrage avait donc rempli ses obligations aux termes du contrat A. Un donneur d'ouvrage ne pourra donc prétendre faire fi du contrat A, une fois le contrat B conclu, si par exemple il a octroyé le contrat à un soumissionnaire dont la soumission était clairement non conforme.

Dans l'affaire *Limocar Roussillon*, précitée, le soumissionnaire avait 30 jours suivant la signature du contrat pour conclure avec ses employés un contrat valide de cinq ans. Le contrat B lui avait donc été octroyé, mais conditionnellement à la réalisation de cette condition :

[76] Dans le cas présent, compte tenu du libellé de la clause C.3.26.6. – contrat nul de nullité absolue – et du délai de trente jours accordé au soumissionnaire pour se conformer à cette clause, on ne peut prétendre, comme dans l'arrêt Double N, précité, que le défaut de l'adjudicataire prive les autres soumissionnaires d'un recours efficace dès l'octroi du contrat B.

Bref, les donneurs d'ouvrage devront demeurer prudents avant d'entreprendre des négociations et de lever des conditions qui pourraient être considérées comme essentielles.

CONCLUSION

Notre conclusion sera brève. Si la Cour suprême a apporté un certain réconfort aux donneurs d'ouvrage, elle a également créé des incertitudes en ce faisant. Comme nous le mentionnions en introduction, il est évident que les règles énoncées par les tribunaux, même celles que l'on croit complètes et immuables, continuent à évoluer et que les nuances et distinctions, et même les « cas d'espèce », risquent de demeurer monnaie courante.

Donc, à suivre.