

[EYB2021REP3222](#)

Repères, Février, 2021

Catherine DAGENAI*

Commentaire sur la décision Entreprises QMD inc. c. Ville de Montréal – Le défaut pour un soumissionnaire de transmettre son autorisation de l'Autorité des marchés financiers lors du dépôt de sa soumission est-il fatal et entraîne-t-il le rejet de sa soumission ?

Indexation

MUNICIPAL ; CONTRAT ; APPEL D'OFFRES ; **ADMINISTRATIF** ; CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS ; AUTORISATION PRÉALABLE À L'OBTENTION D'UN CONTRAT PUBLIC ; **OBLIGATIONS** ; CONTRATS NOMMÉS ; CONTRAT D'ENTREPRISE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– LES FAITS](#)

[II– LA DÉCISION](#)

[A. La soumission de l'entrepreneur retenu est-elle conforme ?](#)

[B. La non-conformité est-elle majeure ou mineure ?](#)

[III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteure commente cette décision dans laquelle la Cour supérieure analyse la conformité d'une soumission en lien avec le défaut du soumissionnaire d'avoir transmis une copie de son autorisation de contracter délivrée par l'Autorité des marchés financiers lors du dépôt de sa soumission.

INTRODUCTION

Dans le cadre d'un appel d'offres public, l'autorisation de contracter délivrée par l'Autorité des marchés financiers est un document important en vue de pouvoir obtenir le contrat. Le fait pour un soumissionnaire de le détenir mais de ne pas l'avoir transmis lors du dépôt de la soumission constitue-t-il une irrégularité majeure entraînant le rejet de la soumission ? Voilà la question à laquelle devait répondre la Cour supérieure dans la décision *Entreprises QMD inc. c. Ville de Montréal*¹.

I– LES FAITS

La demanderesse, Les Entreprises QMD inc. (« QMD »), est le deuxième plus bas soumissionnaire d'un appel d'offres public lancé par la défenderesse, la Ville de Montréal (la « Ville »), visant l'octroi d'un contrat pour la réalisation de travaux de mise aux normes de l'aréna d'Outremont (le « contrat »).

QMD poursuit la Ville au motif que le contrat a été octroyé à un soumissionnaire non conforme. Elle allègue que le soumissionnaire retenu (le « soumissionnaire retenu » ou « Norgéreq ») a fait défaut de transmettre à la Ville une copie de son autorisation de contracter (l'« autorisation ») délivrée par l'Autorité des marchés financiers (« AMF »), ce qui, selon les conditions de l'appel d'offres, aurait dû entraîner le rejet immédiat de cette soumission.

Elle réclame la somme de 813 780 \$ plus taxes, laquelle représente les profits qu'elle aurait réalisés en exécutant les travaux.

II– LA DÉCISION

A. La soumission de l'entrepreneur retenu est-elle conforme ?

En l'espèce, il est admis que Norgéreq détenait son autorisation tant au moment du dépôt de sa soumission qu'au moment de l'octroi du contrat. Cependant, elle était en défaut de transmettre la preuve de son autorisation avec sa soumission.

La Ville estime que la soumission de l'entrepreneur retenu est conforme. Selon elle, les conditions de l'appel d'offres visent à écarter les soumissionnaires qui ne détiennent pas l'autorisation et non ceux qui auraient omis, par mégarde, de la transmettre avec leur soumission. Subsidièrement, elle plaide que cette non-conformité constitue une dérogation mineure qui lui permet d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire.

L'article 34.1 de l'Addenda N^o 4 prévoit :

34. DISPOSITIONS VISANT À FAVORISER L'INTÉGRITÉ (sic) EN MATIÈRE DE CONTRATS

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

La Ville plaide que la clause 1.3.2.1 du *Cahier des clauses administratives générales* (« CCAG »), qui permet au directeur de demander des renseignements ou des documents supplémentaires, supporte sa prétention selon laquelle les documents requis par les dispositions de l'appel d'offres peuvent être transmis postérieurement au dépôt de la soumission. Or, la Cour supérieure conclut que cette disposition fait spécifiquement référence à des renseignements ou des documents « supplémentaires ». Ce terme indique bien que la clause ne s'applique qu'à des documents additionnels non requis initialement par l'appel d'offres.

La Cour conclut que l'article 34.1, qui mentionne qu'un soumissionnaire doit transmettre une copie de l'autorisation de l'AMF « avec sa soumission », exige manifestement que cette copie soit soumise au même moment que sa soumission.

Le tribunal conclut que Norgéreq ne s'est pas conformée à la deuxième exigence de l'article 34.1 de l'Addenda N^o 4, soit de transmettre une copie de son autorisation avec sa soumission.

B. La non-conformité est-elle majeure ou mineure ?

La Ville plaide également que cette non-conformité constitue une dérogation mineure qui lui permet d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire.

La Cour résume ainsi les facteurs devant être analysés par les tribunaux dans l'évaluation de ce qui constitue une dérogation mineure versus une dérogation majeure :

[54] Dans l'évaluation de ce qui constitue une dérogation mineure versus une dérogation majeure, les tribunaux doivent considérer les facteurs suivants :

54.1. *La formulation utilisée par le donneur d'ouvrage* : La discrétion administrative dont jouit le donneur d'ouvrage dans le cadre du processus de soumissions lui permet de déterminer à l'avance les exigences qui seront considérées comme étant essentielles de celles qui seront considérées comme étant mineures.

54.2. *La présence d'une clause de réserve* : Le donneur d'ouvrage a le droit, en établissant les conditions de l'appel d'offres, de s'accorder des privilèges. Ainsi, la

présence d'une clause de réserve constitue un élément important.

54.3. *L'incidence de la dérogation sur le prix de la soumission et l'intégrité du processus* : Une exigence qui peut avoir une influence sur le prix de la soumission sera généralement considérée comme majeure. En effet, une dérogation à une telle exigence viendrait rompre le principe de l'égalité entre les soumissionnaires en accordant à l'un d'eux un avantage indu.

54.4. *Le caractère accessoire, secondaire ou facilement remédiable de l'irrégularité* : La discrétion administrative de l'organisme public sera généralement protégée lorsque l'irrégularité ne porte que sur un élément accessoire ou secondaire auquel on peut facilement remédier.

54.5. *L'intérêt public* : Le devoir de l'organisme public de procurer à ses citoyens le meilleur service au meilleur coût possible et dans un délai raisonnable milite généralement en faveur du respect de la discrétion administrative du donneur d'ouvrage. Bien que l'obligation de procéder par appel d'offres limite considérablement la liberté contractuelle de la Ville, elle entraîne des avantages tangibles pour le public : l'obtention du meilleur service au meilleur prix, la promotion d'une concurrence loyale, l'élimination du favoritisme et la reconnaissance du droit à l'égalité devant le service public.

54.6. *La consultation d'experts* : Le fait pour le donneur d'ouvrage de consulter des experts ou d'obtenir des avis juridiques est souvent considéré comme un indice de bonne foi qui milite en faveur du respect de la discrétion administrative de l'organisme public.

54.7. *La conduite du donneur d'ouvrage* : La conduite de l'organisme public peut constituer un indice de son intention. Par ailleurs, celle-ci s'évalue au moment de la soumission. Ainsi, les explications *ex post facto* du donneur d'ouvrage sur les raisons qui justifiaient l'octroi de la soumission à un soumissionnaire non conforme doivent être écartées.

En appliquant les principes susmentionnés, le tribunal conclut que le défaut du soumissionnaire retenu de transmettre une preuve de son autorisation en même temps que sa soumission constitue une dérogation mineure qui permettait à la Ville d'exercer sa discrétion afin d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire malgré la non-conformité de ladite soumission :

[61] Revoyons chacun des facteurs retenus par les tribunaux :

4.2.3.1 La formulation utilisée par la Ville

[62] Certes, la formulation maladroite utilisée par la Ville laisse entrevoir que celle-ci considère l'obligation de transmettre une copie de l'autorisation comme une obligation essentielle :

34. DISPOSITIONS VISANT À FAVORISER L'INTÉGRITÉ (*sic*) EN MATIÈRE DE CONTRATS

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

[Soulignement du Tribunal]

[63] Cette formulation tranche avec le texte utilisé ailleurs dans les documents d'appel d'offres qui met l'accent sur la détention plutôt que sur la transmission de la preuve :

Lors du dépôt de sa soumission, le soumissionnaire doit détenir et fournir une attestation délivrée par Revenu Québec, à l'effet que le soumissionnaire a produit les déclarations et rapports requis par les lois fiscales [...] Le défaut de détenir une telle attestation à la date et l'heure limites fixées pour la réception des soumissions rendra automatiquement le soumissionnaire non conforme, sans possibilité de remédier au défaut.

[Soulignement du Tribunal]

[64] Cette formulation milite en faveur d'une dérogation majeure. Néanmoins, tous les autres facteurs militent en faveur d'une conclusion que la dérogation est mineure.

4.2.3.2 La présence d'une clause de réserve

[65] Les dispositions de l'appel d'offres permettent à la Ville « à sa discrétion » de permettre à un soumissionnaire de corriger sa soumission dans la mesure où cette correction n'affecte pas le prix de sa soumission :

1.3.1.2 S'il est de l'intérêt de la Ville, elle peut passer outre à tout vice ou défaut que peut contenir la soumission et permettre, à sa discrétion, à tout soumissionnaire de corriger sa soumission dans la mesure où cette correction n'affecte pas le prix de sa soumission, sous réserve de ce qui est prévu à l'article 1.1.4.

[66] Cette disposition favorise une conclusion de dérogation mineure pourvu que la correction n'affecte pas le prix de la soumission de Norgéreq et ne compromet pas l'égalité des soumissionnaires, ce qui est le cas.

4.2.3.3 L'incidence de la dérogation sur le prix de la soumission et l'intégrité du processus

[67] La jurisprudence de la Cour d'appel nous enseigne que ce facteur est « déterminant ». Or, l'analyse de ce facteur favorise aussi la position de la Ville.

[68] Le fait de permettre à Norgéreq de transmettre une preuve de son Autorisation après le dépôt de sa soumission n'a aucune incidence sur le prix de la soumission de Norgéreq ou sur le prix des autres soumissionnaires.

[69] De même, le fait de passer outre à cette dérogation n'affecte pas le principe d'égalité entre les soumissionnaires ou l'intégrité du processus. Aucun soumissionnaire ne peut prétendre qu'il aurait agi autrement s'il avait su que la Ville permettrait la transmission ultérieure de la preuve de la détention de l'Autorisation. En effet, il ne s'agit pas ici d'une dérogation ou d'un délai octroyé au soumissionnaire retenu afin d'obtenir une Autorisation. Un tel délai aurait pu rompre le principe d'égalité entre les soumissionnaires puisque certains soumissionnaires, qui ne détenaient pas l'autorisation à la date convenue, auraient pu être influencés à ne pas soumissionner. Dans le cas présent, Norgéreq détenait son Autorisation et le défaut de transmettre la preuve de l'Autorisation est une omission qui ne porte pas à conséquence.

[70] Au contraire, on peut penser que c'est plutôt le rejet de la soumission de Norgéreq pour un défaut technique qui pourrait mettre en péril la confiance du public dans l'intégrité du processus.

[71] Ainsi, tant l'absence d'incidence de la dérogation sur le prix que le respect de l'intégrité du processus d'appel d'offres supportent la conclusion que la dérogation est mineure.

4.2.3.4 Le caractère accessoire, secondaire de l'obligation ou facilement remédiable de l'irrégularité

[72] Le défaut de transmettre une preuve de la détention de l'Autorisation de l'AMF est une obligation accessoire à laquelle il était facile de remédier. L'obligation est secondaire à l'obligation principale qui est de détenir cette Autorisation.

[73] M. Zilembo note que l'exigence de transmettre une copie a été implantée avant la mise en place du registre public de l'AMF. Or, depuis la mise en place d'un registre public qui permet de valider la détention de l'Autorisation en temps réel, la transmission de la preuve de l'Autorisation est devenue superflue. M. Zilembo mentionne d'ailleurs que les gestionnaires de la Ville, même lorsqu'une preuve de détention a été transmise, vérifient toujours au registre avant d'octroyer un contrat puisque la situation pourrait avoir évolué entre temps.

[74] La Cour d'appel a déjà considéré qu'une irrégularité qui résulte d'un « imbroglio » ou d'une simple « inadvertance » peut être considérée comme mineure. C'est manifestement le cas ici.

[75] Des décisions de notre cour reconnaissent que l'obligation de transmettre des documents, qui par ailleurs étaient détenus par le soumissionnaire, est une obligation accessoire et secondaire, auquel il est généralement facile de remédier. Ainsi, le défaut de transmettre des documents avec la soumission constitue une dérogation mineure qui permet à l'organisme public d'exercer valablement sa discrétion pour autoriser le soumissionnaire à régulariser sa soumission par la production subséquente de documents ou de renseignements.

[76] Dans les circonstances, l'appréciation de ce facteur privilégie également une conclusion que l'irrégularité est mineure.

4.2.3.5 L'intérêt public

[77] Ce principe est important. L'obligation pour un organisme de procéder par appel d'offres provient de la conviction du législateur que ce processus permet au public de bénéficier de la meilleure offre au prix le plus compétitif. La procédure protège l'intérêt public avant les intérêts des soumissionnaires.

[78] Comme le souligne la Cour d'appel, « il faut éviter [d'astreindre la Ville] à un formalisme qui battrait en brèche les avantages du recours aux soumissions publiques ».

[79] Dans le présent cas, la Ville a considéré que l'intérêt public favorise de passer outre à la dérogation.

[80] Le plus bas soumissionnaire est un soumissionnaire d'expérience et son offre permet à la Ville d'économiser plus de 50 000 \$.

[81] Or, ces impératifs : i) obtenir des services d'entreprises qui ont la capacité, l'expertise et la solvabilité requises pour pouvoir effectuer le contrat ; et ii) obtenir ces services au meilleur coût possible, constituent deux composantes importantes de l'intérêt public.

[82] Le premier favorise la qualité des services et la sécurité du public.

[83] Le deuxième reconnaît que l'obligation principale de la Ville est envers le trésor public, lequel « ne doit jamais être tenu de payer, sans une bonne raison, un prix plus élevé que nécessaire ». C'est pourquoi l'on considère généralement que si un doute se présente quant à la conformité d'une soumission, il faut favoriser l'offre comportant le meilleur prix et s'abstenir de faire preuve de rigidité excessive.

[84] Dans le cas présent, la décision de la Ville de permettre à Norgéreq de corriger sa dérogation est conforme à l'intérêt public.

4.2.3.6 La consultation d'experts

[85] Même si une telle consultation « ne met pas l'organisme municipal à l'abri d'un recours en dommages, lorsqu'il a erronément accepté une soumission non conforme sur un élément essentiel au détriment de la plus basse conforme », une telle consultation constitue un indice que la bonne foi de la Ville n'est pas en cause.

[86] Or, M. Zilembo mentionne qu'avant d'octroyer le contrat à Norgéreq, il a consulté le contentieux de la Ville.

4.2.3.7 La conduite de la Ville

[87] La Cour d'appel reconnaît qu'il est possible d'analyser la conduite du donneur d'ouvrage pour évaluer son intention. Par ailleurs, c'est la conduite contemporaine avec la préparation des documents d'appel d'offres et l'ouverture des soumissions qui est pertinente. Les explications *ex post facto* doivent être écartées.

[88] Dans le cas présent, dès l'ouverture des soumissions, M. Zilembo a considéré que la dérogation de Norgéreq était mineure. Pour lui, c'est la détention de l'Autorisation elle-même qui était importante et non la transmission de la lettre de confirmation. L'analyse de conformité des soumissions préparées par la firme Lemay et associés mentionne aussi que la dérogation de Norgéreq est mineure.

[89] Le Sommaire décisionnel que M. Zilembo a préparé le 16 juillet 2015 à l'attention du Conseil municipal confirme d'ailleurs qu'il considère la soumission de Norgéreq affectée d'une « Dérogation mineure ». Il qualifie cette dérogation comme : « la fourniture de l'attestation de conformité de l'AMF après la date de la fermeture de soumission ».

[90] Son interprétation est constante et ne résulte pas d'une explication *ex post facto*. Rien dans la conduite de la Ville ne permet de conclure que celle-ci considérait la dérogation comme étant majeure.

[91] Le défaut de Norgéreq [sic] de transmettre une copie de son autorisation avec sa soumission constitue un défaut mineur. La Ville pouvait donc exercer sa discrétion et permettre au plus bas soumissionnaire de corriger ce défaut sans mettre en péril l'intégrité du processus d'appel d'offres.

[92] L'action de la demanderesse est donc rejetée.

III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

On peut facilement comprendre que le défaut de détenir une autorisation de l'AMF à la date du dépôt des soumissions ait été considéré par les tribunaux comme une dérogation majeure qui empêche l'organisme public d'octroyer le contrat au soumissionnaire fautif². En effet, la détention de l'autorisation est une exigence d'ordre public confirmée par la *Loi sur les contrats des organismes publics*³. Elle vise à protéger le public qui a un intérêt certain à ce que les contrats payés avec des fonds publics soient octroyés à des contractants intègres. Passer outre à une telle dérogation viendrait rompre le concept de l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus d'appel d'offres.

En l'espèce, ce n'est pas la détention qui est en cause. En effet, il est admis que Norgéreq détenait son autorisation tant au moment du dépôt de sa soumission qu'au moment de l'octroi du contrat.

Cependant, la Cour pouvait-elle faire fi du fait que l'appel d'offres contenait les mentions impératives « doit » et « faute de quoi sa soumission sera automatiquement rejetée » et conclure que malgré ces termes impératifs, l'intérêt public militait en faveur de l'existence d'un défaut mineur ?

Il semble que les décisions récentes ne soient pas uniformes dans leur traitement. Par exemple, dans *Construction J. Raymond inc. c. Centres de la jeunesse et de la famille Batshaw*⁴, la Cour supérieure s'en remet à une application littérale des conditions essentielles exprimées dans les documents d'appel d'offres :

[15] Le Tribunal est d'avis que le dépôt du formulaire de la Soumission dans son intégralité constituait une condition essentielle à la recevabilité de la Soumission de la Demanderesse au sens des articles 8 a) et 11 a) de l'Appel d'offres, et la Défenderesse était donc en droit de la rejeter au motif que la page 1 dudit formulaire manquait, que ce soit par inadvertance ou autrement.

Dans *Entreprises Michaudville c. Ville de Brossard*⁵, la Cour supérieure conclut que malgré les mentions impératives dans l'appel d'offres, Michaudville pouvait transmettre un formulaire de soumission portant la mention « à venir » à la liste des sous-traitants. Comme cela n'avait pas d'incidence sur le prix, il s'agissait d'une irrégularité mineure, et la municipalité aurait dû permettre à Michaudville de remédier à l'irrégularité mineure et lui accorder le contrat.

Même si les documents d'appel d'offres indiquent expressément que l'exigence constitue un élément essentiel, militant ainsi en faveur d'une irrégularité majeure, la Cour préfère faire pencher la balance en fonction des autres facteurs qui mènent à la conclusion qu'il s'agit d'une dérogation mineure. Entre autres facteurs, la Cour a tenu compte de la clause de réserve, du fait que la transmission de l'autorisation était une obligation accessoire à laquelle il était facile de remédier⁶, de l'intérêt public et de la conduite de la Ville. Cependant, le facteur déterminant qui ressort de la décision est le fait que l'irrégularité n'a pas d'incidence sur l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus⁷.

La référence

Nous sommes d'avis que la qualification que les parties donnent à la condition comme étant une exigence essentielle demeure importante dans l'analyse. Cependant, certaines circonstances, en particulier lorsque l'irrégularité n'a pas d'incidence sur l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus, pourraient avoir pour effet d'accorder moins d'importance à la formulation utilisée dans les documents d'appel d'offres pour permettre au donneur d'ouvrage d'accepter une soumission qui contrevient à cette condition essentielle si d'autres facteurs viennent amoindrir cette exigence.

CONCLUSION

Il sera intéressant de suivre les prochains développements des tribunaux pour évaluer l'importance qu'ils donneront aux conditions jugées impératives par les parties entraînant un rejet automatique de la soumission et jusqu'à quel point, s'il s'agit d'une obligation accessoire à laquelle il était facile de remédier et si cette irrégularité n'a pas d'incidence sur l'égalité entre les soumissionnaires et l'intégrité du processus, elle pourra être reléguée comme irrégularité mineure.

* M^e Catherine Dagenais, avocate chez Dentons, concentre sa pratique en droit civil et commercial de même qu'en modes de prévention et règlement de différends.

1. 2020 QCCS 3, [EYB 2020-338515](#) ; requête *de bene esse* pour produire une déclaration d'appel incident hors délai déferée à la formation qui entendra le pourvoi, C.A. Montréal, n^o 500-09-028817-203, 4 décembre 2020, [EYB 2020-367803](#).

2. 9150-0124 *Québec inc. (Groupe Diamantex) c. Procureure générale du Québec (Ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports)*, 2018 QCCS 5957, [EYB 2018-309253](#) (confirmé par la Cour d'appel, 2019 QCCA 879, [EYB 2019-311645](#)).

3. RLRQ, c. C-65.1.

4. 2020 QCCS 791, [EYB 2020-349207](#).

5. 2020 QCCS 3458, [EYB 2020-365397](#).

6. *Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud (Municipalité de) c. Raby*, 2008 QCCA 1831, [EYB 2008-148179](#), au par. 23 ; *Groupe CRH Canada inc. (Demix Construction) c. Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2332, [EYB 2016-266012](#), aux par. 95 et 96 ; *Sécurité BSL Ltée c. Cégep de Rimouski*, 2011 QCCS 3434, [EYB 2011-193057](#), au par. 51 ; *Bernier Lecomte inc. c. Verdun (Ville de)*, [REJB 2020-33733](#) (C.S.), aux par. 43 à 47 (confirmé par la Cour d'appel, 2005 QCCA 127) ; *Constructions R.R.N. inc. c. Montréal (Ville de)*, J.E. 96-1693, [REJB 1996-85033](#) ; *Jos. Pelletier Ltée c. Cégep de l'Outaouais*, [1983] C.S. 185, [EYB 1983-142176](#) (désistement d'appel, 500-09-000799-833).

7. *R.P.M. Tech inc. c. Ville de Gaspé*, [REJB 2004-60675](#) (C.A.), au par. 28 ; *Ville de Montréal c. EBC inc.*, 2019 QCCA 1731, [EYB 2020-320729](#), aux par. 26-27 ; *Municipalité de Piedmont c. Uniroc Construction inc.*, 2020 QCCA 329, [EYB 2020-347900](#), aux par. 23-24.

Date de dépôt : 23 février 2021

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.