

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20091221

Dossier : T-1995-08

Référence : 2009 CF 1295

Ottawa (Ontario), le 21 décembre 2009.

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE BARNES

ENTRE :

**CORPORATION DÉVELOPPEMENT GDC GATINEAU /
GDC GATINEAU DEVELOPMENT CORPORATION**

demanderesse

et

**MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET
DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX DU CANADA**

défendeur

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Corporation développement GDC Gatineau (GDC) en vue d'obtenir une ordonnance annulant la décision rendue par le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada (le ministre) d'annuler la procédure d'appel d'offres concernant la construction, la location et la gestion d'un édifice à bureaux à Gatineau (Québec) (le projet). GDC prétend que la décision du ministre d'annuler l'appel d'offres au moment où elle a soumis son offre de location irrévocable était déraisonnable, contraire

aux politiques applicables en matière de marché public et à l'obligation d'équité et non conforme aux obligations commerciales internationales. GDC souhaite que la Cour ordonne au ministre de réexaminer la décision dans le cadre d'un processus qui lui permettrait de répondre aux questions qui ont incité le ministre à annuler l'appel d'offres, y compris la question du prix.

[2] Le ministre estime que la décision contestée était raisonnable et conforme aux droits et privilèges applicables à l'annulation de l'appel d'offres.

I. Requête en suspension temporaire présentée par GDC

[3] Lorsque j'ai été saisi de l'affaire, GDC soutenait, malgré les objections du ministre, que sa demande devait être temporairement suspendue puisqu'il y avait une demande subsidiaire de contrôle judiciaire en instance devant la Cour d'appel fédérale. Cette procédure a été introduite par GDC à l'égard d'une décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur (T.C.C.E.) par laquelle il refusait d'examiner la décision du ministre. La plainte déposée par GDC auprès du T.C.C.E. a soulevé plusieurs questions qui sont également soulevées en l'espèce. GDC a demandé une suspension en vertu du par. 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, au motif que le T.C.C.E. constitue le forum privilégié pour régler les questions communes, et ce, jusqu'à ce qu'une conclusion définitive soit tirée pour éviter les risques de décisions contradictoires. J'ai rejeté la requête en suspension de GDC et j'ai fait savoir que je prononcerais mes motifs à l'appui de ma décision dans mes motifs concernant la demande.

[4] Pour déterminer les principes généraux qui s'appliquent à une requête en suspension, je me fonde sur la décision rendue par le juge Michel Beaudry dans *Laliberté c. Canada*, 2004 CF 1524, [2004] A.C.F. n° 1844 (QL), et en particulier sur le par. 17 :

[17] La suspension d'une instance ne devrait être accordée que dans les cas les plus patents (*Compulife Software Inc. c. Compuoffice Software Inc.*, [1997] A.C.F. 1772 (1^{ère} inst.) (QL), paragraphes 15 et 16) :

Il est de jurisprudence constante qu'une suspension d'instance ne peut être accordée que si l'on peut démontrer : (1) que la poursuite de l'action causerait un préjudice ou une injustice au défendeur, et non de simples inconvénients ou frais supplémentaires; (2) que la suspension ne serait pas injuste pour le demandeur. C'est à celui qui demande la suspension qu'il incombe de démontrer que ces conditions sont réunies (*Discreet Logic Inc. c. Canada (Registraire des droits d'auteur)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 191 (C.F. 1^{ère} inst.), à la page 191) [...].

La Cour n'accorde une suspension d'instance en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que dans les cas les plus patents. Pour déterminer si le fait d'accorder une suspension causerait une injustice au demandeur ou au requérant, la Cour répugne à limiter tout droit de recours, **sauf s'il y a un risque que deux tribunaux différents rendent prochainement une décision sur la même question** (*Association olympique canadienne c. Olympic Life Publishing Ltd.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 405 (C.F. 1^{ère} inst.), aux pages 407 et 408, *Discreet Logic*, précité, et *Association of Parents Support Groups v. York* (1987), 14 C.P.R. (3d) 263 (C.F. 1^{ère} inst.)). (Caractères gras dans l'original.)

[5] Dans la plupart des situations où une suspension temporaire est demandée en raison d'un dédoublement ou d'un chevauchement de procédures, c'est le défendeur qui présente la requête.

Dans la présente requête, c'est GDC qui demande que sa demande de contrôle judiciaire soit suspendue pendant qu'elle conteste la décision défavorable rendue par le T.C.C.E. Le ministre n'est pas d'accord et affirme qu'il est nécessaire de trancher définitivement les questions soulevées par GDC dans la présente instance. Le ministre souligne que le T.C.C.E. n'a pas examiné le bien-fondé des questions communes à ces procédures et que la Cour devrait pouvoir le faire, et ce, en temps opportun.

[6] Je suis d'accord avec le ministre pour dire que les intérêts de la Couronne l'emportent sur ceux de GDC et qu'il est davantage dans l'intérêt de la justice que la Cour règle ces questions maintenant. L'importance de la question relative à la possibilité que les deux décisions soient incompatibles est sensiblement réduite en l'espèce parce qu'elle dépend du succès de la demande en instance devant la Cour d'appel fédérale et du renvoi de la plainte de GDC au T.C.C.E. pour qu'il statue à nouveau sur une ou plusieurs des questions communes. Les chances d'arriver à un tel résultat sont trop incertaines et faibles pour justifier une suspension de la présente demande, sans oublier qu'il est peu probable qu'une décision soit sur le point d'être rendue dans le cadre de l'autre demande.

[7] J'ajouterais qu'une décision sur le fond favorable à GDC rendue par le T.C.C.E. ne sera pas nécessairement déterminante quant à l'issue de la présente demande, et ce, parce que la plainte devant le T.C.C.E. porte sur des manquements possibles aux obligations commerciales internationales et qu'il est peu probable que la résolution de la plainte me lie lorsqu'il s'agit de régler la question d'équité procédurale en common law. Bien qu'il semble y avoir des questions

factuelles communes aux deux affaires, je ne crois pas qu'il soit vraiment probable que les deux décisions finales soient incompatibles. Par conséquent, si la Cour d'appel fédérale rejette la demande de GDC, il est toujours possible que la présente demande soit nécessaire.

[8] La prétention de GDC selon laquelle ces questions devraient être tranchées dans un forum de son choix n'est pas un argument convaincant, surtout si le ministre préfère une décision qui a été rendue antérieurement par la Cour.

[9] GDC s'est appuyée sur la décision du juge en chef Allan Lutfy dans *NFC Canada Limited c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 A.C.W.S. (3d) 686, [1999] A.C.F. n° 454 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), laquelle portait sur un historique procédural semblable à celui en l'espèce. Cependant, il y a des distinctions importantes entre les deux affaires. Le juge en chef Lutfy était saisi d'une requête en suspension déposée au début de la procédure par la Couronne à titre de défenderesse alors que la demanderesse voulait engager les deux procédures simultanément. La requête présentée en l'espèce par GDC a été introduite deux jours seulement avant la date prévue pour l'audition de sa demande de contrôle judiciaire devant la Cour, alors que sa demande en instance devant la Cour d'appel fédérale en était à ses tous débuts. S'il est ordonné que la plainte présentée par GDC au T.C.C.E. doit être réexaminée au fond, le T.C.C.E. peut décider dans quelle mesure les conclusions de la Cour sont pertinentes ou contraignantes, le cas échéant, dans l'exercice de sa compétence.

[10] C'est pour ces raisons que la requête du GDC a été rejetée.

II. Contexte

[11] Le 1^{er} juin 2007, la Direction générale des biens immobiliers de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (sauf indication contraire, ci-après appelée « Travaux publics ») a émis un appel d'intérêt (AI) pour la construction du projet. GDC a répondu à l'appel le 29 juin 2007.

[12] Après l'appel d'intérêt, Travaux publics a publié une invitation à soumissionner le 23 avril 2008. Les parties intéressées étaient donc invitées à présenter leurs compétences pour construire, réaliser et gérer le projet conformément aux conditions énoncées. Était joint à l'invitation une invitation-type à soumettre une offre irrévocable de location, un formulaire-type de bail et un formulaire-type de lettre de crédit de soutien. L'invitation à soumissionner énonçait aussi les critères d'évaluation des réponses ou des « demandes de qualification » (DDQ) et elle stipulait que les proposants ne pourraient soumettre une offre irrévocable de location que s'ils obtenaient un minimum de 70 % dans chacune des catégories : l'expérience et l'approche.

[13] Selon les conditions de l'invitation à soumissionner, GDC et deux autres parties ont soumis des DDQ à Travaux publics. Le 15 septembre 2008, GDC a été avisée par lettre qu'elle avait obtenu une note de 83 %. GDC a donc été invitée à soumettre une offre irrévocable de location (l'invitation) au plus tard le 30 septembre 2008 sous réserve de la condition indiquée ci-après :

[TRADUCTION]

Enfin, nous voulons vous informer que ce projet ne pourra aller de l'avant si le loyer offert ne peut être supporté par TPSGC.

[14] GDC a soumis son offre irrévocable de location signée à Travaux publics le 30 septembre 2008 (l'offre) en plus de ses règlements administratifs, une autre lettre de crédit émise par la Banque HSBC et une lettre de la ville de Gatineau confirmant l'autorisation municipale pour le projet. Le même jour, Derek Howe, au nom de GDC, s'est rendu aux bureaux de Travaux publics pour la divulgation de l'offre de GDC. La soumission de GDC a été divulguée à ce moment-là, mais aucun tiers n'était présent et les conditions n'ont pas été dévoilées.

[15] À plusieurs reprises en octobre et novembre 2008, M. Howe a communiqué avec Travaux publics pour savoir où était rendue l'offre de GDC. Le 13 novembre 2008, Travaux publics a écrit un courriel à M. Howe pour l'aviser que l'offre de GDC était toujours à l'étude. Le 28 novembre 2008, le sous-ministre adjoint de Travaux publics a verbalement informé le président de GDC que la procédure d'appel d'offres concernant le projet avait été annulée et qu'elle serait relancée plus tard. Le même jour, GDC a reçu une lettre de Travaux publics l'avisant que la procédure était annulée parce qu'[TRADUCTION] « aucune proposition ne satisfaisait parfaitement aux exigences de la Couronne ».

[16] Le 2 décembre 2008, Travaux publics a écrit une lettre à GDC dans laquelle il exposait les trois raisons pour lesquelles il avait rejeté l'offre :

[TRADUCTION]

- i. Votre offre de location présentée le 30 septembre 2008 ne pouvait pas être acceptée parce que le loyer annuel des locaux loués excédait la gamme des loyers du rapport d'étude de marché et excédait aussi le budget de TPSGC.
- ii. Votre lettre de soutien de crédit devait être irrévocable jusqu'au 31 août 2012. Cependant, tel qu'indiqué dans la

lettre de crédit de soutien irrévocable n° GTECHB080083 datée du 26 septembre 2008 de HSBC, il s'agit d'une lettre de crédit émise annuellement que HSBC pourrait décider de ne pas renouveler. Veuillez noter également que votre lettre n'était pas assujettie aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, révision de 2007, publication n° 600 de la Chambre de commerce internationale, comme il avait été demandé. Par conséquent, votre lettre de crédit ne répond pas aux exigences impératives énoncées à la section 1 de l'annexe « B » de l'invitation à soumissionner.

- iii. La résolution du conseil d'administration de GDC Gatineau Development Corporation / Corporation Développement GDC Gatineau et le règlement administratif n° 1 présentés à TPSGC n'étaient pas signés.

[17] GDC a contesté les raisons données par Travaux publics pour justifier le rejet de son offre. GDC a reproché à Travaux publics d'avoir omis de divulguer l'existence de son rapport d'étude de marché (le rapport Altus), lequel avait établi certaines limites pour les taux de location, et d'avoir aussi omis de lui révéler les lacunes de son offre. GDC a aussi affirmé que l'objection de Travaux publics à la lettre de crédit de soutien émise par HSBC et au fait que GDC n'avait pas présenté des documents d'entreprise dûment signés établissant le pouvoir de signer l'offre était injustifiée. GDC a demandé la tenue d'une réunion pour discuter de ses préoccupations, mais sa demande a été refusée.

[18] La décision du ministre d'annuler la procédure d'appel d'offres et de la relancer est énoncée dans la note de service du 19 novembre 2008 adressée au ministre (la note de service). Selon ce document, GDC était la seule proposante à avoir réussi l'étape de la DDQ et à être invitée à soumettre une offre de location irrévocable. En ce qui concerne les deux autres proposants, l'un

n'était pas parvenu à obtenir une note minimale de 70 % et l'autre n'avait pas répondu aux exigences impératives du projet. La note de service expliquait l'offre de GDC de la façon suivante :

Proposant 3 : Corporation développement Gatineau (Broccolini et Tempest) a répondu à toutes les exigences du projet et a obtenu des notes satisfaisantes dans les catégories relatives à l'expérience, l'approche et la construction. Une lettre lui a été envoyée le 15 septembre 2008, l'invitant à soumettre une offre de location irrévocable avant le 30 septembre 2008. L'offre contenait un loyer de 12 578 070 \$ par année, ou approximativement 315 \$ par mètre carré par année. Le ministère considère ce montant comme inacceptable puisqu'il dépasse d'environ 20 pour cent le montant indiqué dans le rapport d'étude de marché par une tierce partie indépendante daté du 14 septembre 2008, lequel établissait une fourchette de 260 \$ à 275 \$ par mètre carré (voir annexe A). L'analyse financière de l'offre est jointe à l'annexe B. Il y a deux autres questions importantes en ce qui concerne l'offre : le fait que la lettre de crédit n'est pas entièrement irrévocable et le fait qu'il n'existe aucun règlement administratif signé autorisant l'entreprise à signer l'offre.

[19] La note de service faisait aussi référence à des plaintes fondées sur des renseignements confidentiels déposées par les deux proposants déboutés. L'un d'eux alléguait qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'équité, partialité et un avantage injustifié. Les deux proposants déboutés avaient aussi déposé des plaintes contre Travaux publics auprès du T.C.C.E. Bien que la note de service était rédigée de façon à enlever toute référence aux conseils juridiques privilégiés, elle indiquait que l'une des plaintes présentées au T.C.C.E n'avait pas encore fait l'objet d'un examen complet des risques par les Services juridiques. L'autre plainte dont était saisi le T.C.C.E. avait été rejetée pour des raisons techniques, mais avait ensuite été soumise au contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale.

[20] Malgré l'absence d'une analyse juridique complète, la note de service contenait l'observation selon laquelle [TRADUCTION] « un nouvel appel d'offres permettra de rectifier cette impression » – ce qui signifiait probablement l'impression d'injustice. La note se terminait par une recommandation selon laquelle il faut lancer une nouvelle procédure révisée et simplifiée de passation des marchés qui [TRADUCTION] « clarifie davantage les besoins particuliers du ministère ». La procédure simplifiée entraînait, en partie, la suppression de l'élément du projet portant sur la gestion immobilière. Il a aussi été suggéré que les nouveaux documents d'appel d'offres soient examinés par les Services juridiques afin que la procédure soit moins susceptible d'être contestée devant le T.C.C.E.

[21] Le 27 novembre 2008, le ministre a accepté la recommandation du ministre. La procédure d'appel d'offres concernant le projet a depuis été relancée, mais elle n'est pas encore terminée.

III. Question en litige

[22] La décision du ministre de rejeter l'offre de GDC et d'annuler l'appel d'offres relatif au projet était-elle illégale?

IV. Analyse

[23] Il est essentiel de comprendre que la présente instance n'a pas été introduite par voie d'action en violation de contrat. Cependant, GDC soutient que l'obligation d'équité qu'elle invoque est contractuelle quoiqu'implicite. Il est bien entendu qu'une soumission irrévocable conforme peut imposer aux deux parties des obligations contractuelles, y compris l'obligation d'équité, dont la

violation pourrait étayer une demande de dommages-intérêts : voir *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, aux par. 83 et 88. En revanche, une demande de contrôle judiciaire impose à la Cour certaines limites de compétence, lesquelles ont été décrites par le juge Robert Décary dans *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada)*, [1995] 2 C.F. 694, [1995] A.C.F. n° 735 (QL) (C.A.F.), aux par. 17 et 20 :

17 Je ne cache pas la réticence que j'aurais eue à déclarer de façon catégorique qu'en aucune circonstance la Cour fédérale ne pourrait, par demande de contrôle judiciaire, vérifier la légalité d'un processus d'appel d'offres. Car c'est de cela, au fond, qu'il est question, quand on prétend que la Cour n'aurait pas compétence. C'est une chose, en effet, que de dire qu'un recours est plus ou moins approprié selon les circonstances. C'en est une autre que de dire qu'un recours est systématiquement prohibé en toutes circonstances. Les intimés, me semble-t-il, confondent ces deux notions. Il se peut que dans la réalité des choses ils aient plus souvent qu'autrement raison, en ce que les tribunaux auront cherché en vain l'illégalité qui, seule, peut justifier une intervention. Il n'en reste pas moins qu'en termes de compétence de la Cour, le Parlement a permis que ces décisions soient attaquées et le fait qu'en pratique elles puissent rarement l'être avec succès ne signifie pas que la Cour ait été sans compétence à leur égard.

[...]

20 Le contrôle judiciaire visant par définition la légalité des actes de l'Administration fédérale, et le processus de demande de soumissions n'étant assujéti à aucune exigence de forme ou de fond législative ou réglementaire, il ne sera pas facile, là où les documents de soumission n'imposent pas de restrictions sévères à l'exercice par le ministre de sa liberté de choix, de démontrer à quelle illégalité s'adonne le ministre lorsque, dans le cours normal des choses, il compare les offres reçues, détermine si une soumission est conforme ou non aux documents ou retient une soumission plutôt qu'une autre.

Il faut donc prendre soin d'éviter le risque de transformer une demande portant sur la légalité d'une décision sur une procédure d'appel d'offres en une action en violation de contrat.

[24] Malgré ses limites évidentes, il est clair que le contrôle judiciaire permet d'évaluer la légalité de la décision de lancer un appel d'offres comme celle qui a été prise en l'espèce et, en particulier, d'une décision de rejeter une offre. Il faut faire preuve de retenue envers de telles décisions et je suis d'accord avec la norme énoncée par le juge Paul Rouleau dans *Halifax Shipyard Ltd. c. Canada (ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (1996), 113 F.T.R. 58, 63 A.C.W.S. (3d) 627 (C.F. 1^{ère} inst.). Le juge Rouleau a conclu que la partie requérante devait faire la preuve que l'administration adjudicative a agi d'une manière injuste, déraisonnable et arbitraire, qu'elle a fondé sa décision sur des considérations non pertinentes, ou qu'elle a agi de mauvaise foi.

[25] GDC concède qu'il était loisible au ministre de conclure que le taux de location contenu dans son offre était trop élevé et excédait son budget. Cependant, GDC prétend qu'une telle décision doit être prise de manière juste et raisonnable et ne doit pas être fondée sur des renseignements inappropriés ou inexacts. GDC prétend également que le rapport Altus comportait des lacunes et que le fait que le ministre se soit appuyé sur ce rapport, même si cela est de bonne foi, risque d'être considéré comme un manque d'équité. Comme une seule offre a été présentée, GDC affirme que le ministre devait, selon les principes d'équité, divulguer ses critères de fixation des prix et entamer des négociations afin d'arriver à un prix mutuellement acceptable. Le mémoire des faits et du droit de GDC résume ces préoccupations de la façon suivante :

[TRADUCTION]

65. TPSGC doit clairement énoncer dans l'invitation à soumissionner les critères qui seront utilisés pour déterminer si les prix représentent la juste valeur pour la Couronne et, bien entendu, si la juste valeur pour la Couronne est en soi un critère.

[...]

67. TPSGC a manqué à son obligation d'agir de bonne foi quand il a indûment rejeté l'offre de GDC en fonction de critères non divulgués. En ignorant les critères d'évaluation explicites de l'invitation à soumissionner et en faisant une évaluation imprévue et incohérente de l'offre de GDC, TPSGC a violé le droit procédural de GDC de connaître les exigences qu'elle devait satisfaire pour que son offre soit retenue.

[...]

71. Au moment où TPSGC a adopté le rapport Altus, GDC était la seule soumissionnaire conforme dans le cadre de l'invitation à soumissionner. Par conséquent, TPSGC aurait dû négocier avec GDC afin d'arriver à un prix mutuellement acceptable.

[...]

73. Se fonder sur des renseignements inexacts peut être considéré comme un manquement à l'obligation d'équité. Lorsqu'un acheteur retient les services d'un expert ou d'un conseiller afin de recevoir des conseils sur un aspect des soumissions reçues dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, il ne suffit pas de se fonder de bonne foi sur les renseignements ou les conseils obtenus. Un acheteur doit traiter les renseignements d'une façon qui ne porte pas injustement préjudice au soumissionnaire que ce soit en faisant preuve d'un minimum de diligence raisonnable pour vérifier les conseils de l'expert, ou en divulguant les renseignements et en accordant aux soumissionnaires la possibilité de répondre.

[...]

77. Lorsqu'il n'y a qu'un seul soumissionnaire conforme, le fait que la soumission soit rejetée sans consultation n'est approprié que s'il est évident pour l'acheteur qu'il ne peut négocier un prix avec le soumissionnaire.

[...]

79. La Couronne ne peut pas décider d'annuler le projet sans donner des motifs valables. Annuler et relancer un appel d'offres est une affaire sérieuse qui touche l'obligation d'équité envers les fournisseurs et la juste valeur à laquelle les contribuables ont droit. Il ne suffit pas de se contenter d'affirmer que le prix offert ne représente pas la juste valeur.

[26] Je ne suis pas d'accord avec GDC pour dire que le fait que le ministre se soit fondé sur des renseignements ou des conseils supposément « incorrects » constitue un manquement à l'obligation implicite d'équité. Ce n'est pas à la Cour saisie de la demande de contrôle judiciaire d'évaluer la sagesse de la décision rendue ou l'exactitude des renseignements invoqués à l'appui de la décision – sauf peut-être dans les rares cas où il a été prouvé que les raisons données ne sont qu'un prétexte pour autre chose. La Cour ne peut donc se livrer à une analyse judiciaire du rapport Altus et, compte tenu des limites en matière de preuve inhérentes au contrôle judiciaire, elle ne dispose pas des outils nécessaires pour y arriver. Rien en l'espèce ne permet de prouver que les motifs de la décision du ministre ne sont pas ceux énoncés dans la note de service. Il peut être intéressant de noter que le rapport Altus était daté du 14 septembre 2008, c'est-à-dire plus de deux semaines avant que GDC ne présente son offre.

[27] Les faits de la présente affaire sont différents de ceux de l'affaire *West Central Air Ltd. c. Saskatchewan* (2004), 2004 SKCA 79, 249 Sask. R. 1, laquelle était un appel d'une décision rendue en première instance et où l'un des proposants a été injustement rejeté au motif qu'il avait présenté une preuve « spécieuse ». La Cour a ensuite souligné que le soumissionnaire choisi avait pu corriger une lacune relevée dans son offre.

[28] L'argument de GDC selon lequel Travaux publics avait l'obligation de divulguer les critères financiers selon lesquels l'offre serait considérée est sans fondement. Il faut s'attendre à ce que Travaux publics ait un budget pour tous les marchés publics et, surtout, pour un projet de cette ampleur. Il faut aussi prévoir que, dans le cadre de l'élaboration d'un budget pour un projet immobilier spécialisé de cette envergure, Travaux publics demanderait l'aide d'un évaluateur professionnel indépendant comme le Groupe Altus. En fait, Travaux publics est tenu, selon ses politiques, d'obtenir une évaluation pour un projet de ce genre et de s'assurer par ailleurs que ses décisions en ce qui concerne les appels d'offres sont prudentes sur le plan financier. En tant que promoteur d'expérience, GDC savait que son offre allait faire l'objet d'un examen attentif afin de veiller à ce que les prix soient concurrentiels sur le marché¹. Voilà ce que GDC était en droit de savoir au moment où elle a soumis son offre.

[29] En droit, il est faux de prétendre que Travaux publics avait l'obligation de divulguer son budget ou l'analyse du rapport Altus à GDC. Une telle divulgation aurait mis Travaux publics dans une situation très désavantageuse au moment d'obtenir une offre concurrentielle et, davantage encore, au cours des négociations auxquelles GDC prétend qu'elle avait droit pour arriver à « un prix mutuellement acceptable ». Fort de ses connaissances, un promoteur ne serait jamais tenu de proposer un prix inférieur au montant maximal acceptable pour l'administration adjudicative.

¹ Cet aspect est particulièrement important lorsqu'il n'y a aucune autre soumission comparative à examiner. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle TPSGC a avisé GDC que [TRADUCTION] « ce projet ne pourra aller de l'avant si le loyer offert ne peut être supporté par TPSGC ».

Accepter la position de GDC favoriserait un environnement anticoncurrentiel semblable à celui qui préoccupait la Cour dans *Martel Building Ltd.*, précité, aux par. 66 et 67 :

66 Dans le cadre de nombreuses négociations commerciales, sinon dans la majorité d'entre elles, la situation avantageuse d'une partie est attribuable à la collecte assidue de renseignements auxquels l'autre partie n'a pas accès, et non au fait que la situation du marché lui est favorable comme en l'espèce. Les renseignements utiles sont souvent le fruit de l'utilisation de ressources pour faire preuve d'une diligence raisonnable, effectuer de la recherche et exercer d'autres activités de collecte de données. L'issue heureuse d'une négociation paraît attribuable à de telles démarches.

67 Imposer une obligation de diligence aux parties à une négociation et tenir pour négligente l'omission d'une partie de dévoiler la limite qu'elle s'est fixée, les motifs qui l'animent et sa position finale seraient contraires à l'essence même de la négociation et entraverai[en]t le fonctionnement du marché. En effet, les parties devraient alors nécessairement communiquer l'information obtenue privément et perdraient tout avantage concurrentiel en découlant, ce qui serait incompatible avec la notion de négociation.

[30] L'idée selon laquelle l'administration adjudicative est tenue de divulguer son budget dans l'invitation à soumissionner a été expressément rejetée dans *Colautti Brothers Marble Tile and Carpet c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258, 21 O.T.C. 68 (C.J. Ont. (Div. gén.)), au par. 35. Le fait que l'administration adjudicative ne communique pas son budget ou la preuve à l'appui du budget n'entraîne pas de conséquences et ne crée pas une injustice : voir *Wind Power Inc. c. Saskatchewan Power Corp.* (1999), 46 B.L.R. (2d) 116, 179 Sask. R. 95 (B.R. Sask.), au par. 69, confirmé (2002), 2002 SKCA 61, 217 Sask. R. 193.

[31] GDC soutient également que le ministre a pris en considération des éléments de preuve non pertinents à propos des plaintes déposées par ses deux concurrents au sujet de leur rejet, y compris

leurs contestations devant le T.C.C.E. Selon GDC, le ministre n'aurait pas dû tenir compte des menaces et recours frivoles des tierces parties mécontentes. En théorie, il est permis d'espérer que les recours non fondés (ou les menaces de recours) n'influencent pas une décision comme celle-ci, mais la preuve dont je dispose n'établit pas que ces faits ne méritaient pas d'être examinés ou qu'ils ont indûment influencé le ministre. Dans la note de service, il était simplement établi que les tiers avaient certaines préoccupations et il était suggéré, avec raison, de prendre ce facteur en considération. Encore une fois, il n'appartient pas à la Cour de substituer son opinion à celle du ministre en ce qui concerne l'importance qu'il convient d'accorder à ces faits. Il est tout simplement incorrect de prétendre que les plaintes ou les recours des tiers sur la légitimité de la procédure d'appel d'offres ne méritent jamais d'être examinées quand le ministre envisage d'annuler un appel d'offres². De plus, comme je l'ai déjà mentionné, la Cour n'est pas en mesure dans le cadre d'un contrôle judiciaire de déterminer si ces facteurs étaient, dans une certaine mesure, légitimes. En résumé, le ministre, agissant de bonne foi, peut se fonder sur la preuve et accorder de l'importance à tout élément de preuve qui semble pertinent quant à la décision et la Cour n'entreprendra pas une évaluation rétrospective de la qualité et de la suffisance de la preuve.

[32] GDC prétend que, puisqu'elle était la seule proposante compétente, son offre ne pouvait être équitablement rejetée sans que les conditions aient été renégociées. Elle affirme également que son offre était conforme à l'invitation et que la décision contraire du ministre était déraisonnable. Le

² Voir *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 34 F.T.R. 292, 44 Admin. L.R. 97 (C.F. 1^{re} inst.), au par. 27, où la volonté d'éviter de longs litiges constitue une raison valable pour annuler un appel d'offres.

ministre soutient que les termes exprès de l'invitation l'autorisaient à annuler l'appel d'offres unilatéralement et à rejeter l'offre de GDC aux motifs qu'elle n'était pas rentable ni conforme.

[33] L'invitation contenait une clause de réserve qui, à première vue, conférait au ministre un large pouvoir de mettre fin à la procédure d'appel d'offres ou de rejeter une ou plusieurs offres.

Voici les dispositions pertinentes :

5. ÉVALUATION

a) L'évaluation des Offres est un processus continu et le locataire se réserve le droit de mettre fin à l'examen de toute Offre en tout temps.

b) Une Offre ne peut faire l'objet d'une évaluation si, d'après le seul avis du locataire, l'Offre en question ne respecte pas les dispositions, exigences ou normes énoncées dans les documents intitulés *Invitation à soumissionner*.

[...]

6. ACCEPTATION

Le locataire peut accepter toute Offre, qu'il s'agisse du prix le plus bas ou non, ou rejeter toutes les Offres.

[34] Si l'offre de GDC était conforme, le ministre aurait pu négocier le prix. Cette possibilité est reconnue dans certaines lignes directrices qui traitent des pratiques d'appels d'offres du gouvernement fédéral, mais elle n'est pas obligatoire. Le ministre n'avait envers GDC aucune obligation légale de discuter des lacunes apparentes de l'offre avant de décider de la rejeter. L'obligation de négocier présentée par GDC va complètement à l'encontre des clauses de réserve du contrat et, par conséquent, il est impossible de reconnaître une telle obligation implicite. La décision

d'imposer une obligation d'équité dans la procédure d'appel d'offres vise, après tout, à garantir le respect des attentes commerciales raisonnables des parties intéressées. Dans *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)* (2009), 2009 CAF 116, 389 N.R. 72, la Cour d'appel fédérale a reconnu le danger d'imposer une obligation d'équité de droit public dans une relation qui est essentiellement de nature commerciale, car cela aurait comme conséquence de déjouer les attentes des parties : voir par. 45, 46 et 53. Quand une telle procédure ne comprend que deux parties intéressées et qu'une seule soumission est conforme, il n'y a aucune raison évidente d'imposer une obligation primordiale d'équité sur l'une de ces deux parties; à vrai dire, cela porterait atteinte à la liberté contractuelle de cette partie, laquelle inclut nécessairement la liberté de rejeter une offre : voir *Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1990), 34 F.T.R. 292, 44 Admin. L. R. 97 (C.F. 1^{re} inst.), au par. 22. En l'espèce, la liberté contractuelle de Travaux publics est formulée en termes non équivoques dans les clauses de réserve et il n'existe aucune raison de ne pas en tenir compte. Sauf si les intérêts des tiers sont clairement visés, l'application de ces types de dispositions suppose que cela se fasse dans le respect du libellé discrétionnaire. Par exemple, dans *Rockwood c. Eastern Newfoundland and Labrador Regional Health and Community Services Board* (2004), 2004 NLSCTD 115, 238 Nfld. & P.E.I.R. 291, la Cour a examiné une clause de réserve qui donnait à l'administration adjudicative le droit de « rejeter toutes les Offres ». La Cour a interprété la disposition citée ci-dessus de la façon suivante :

[TRADUCTION]

42 Le Conseil avait parfaitement le droit de ne pas attribuer de marchés. À supposer que ses raisons pour annuler l'appel d'offres peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, la raison du Conseil en l'espèce – que le prix était trop élevé – n'est pas contestable. Le Conseil n'avait aucune obligation légale envers les soumissionnaires de payer plus qu'il estimait pouvoir payer, de trouver d'autres sources de financement ou de reformuler de quelque façon que ce

soit ses objectifs afin de pouvoir accorder un contrat à un soumissionnaire en particulier.

Voir aussi *Aloia Bros. Concrete Contractors Ltd. c. Peel (Regional Municipality)* (2008), 92 O.R. (3d) 356, 51 B.L.R. (4th) 284 (C.S. Ont.), au par. 63, et *Wind Power Inc.*, précité, aux par. 60-62.

[35] Je ne crois pas que la Cour de justice de l'Ontario, dans *Ottawa-Carleton Dialysis Services c. Ontario (Minister of Health)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 211, 93 O.A.C. 82 (C.J. Ont. (Div. gén.)), a reconnu une obligation indépendante de négocier avec un seul proposant. Il s'agissait d'une situation où le proposant a demandé une licence au ministre et où les règlements applicables exigeaient que des négociations aient lieu avant de conclure une entente. Le ministre a annulé l'appel d'offres sans qu'il n'y ait eu de négociations. La cour n'a fait que constater qu'il aurait été très facile de répondre aux préoccupations apparentes du ministre pendant les négociations, ce qui a amené, en partie, la cour à conclure que la décision était fondée sur des intérêts politiques et de mauvaise foi. En l'espèce, aucune preuve n'étaye une telle conclusion.

V. La soumission de GDC était-elle conforme?

[36] Le ministre a fondé sa décision de rejeter l'offre de GDC sur le motif subsidiaire que la lettre de crédit de soutien n'était pas conforme aux exigences de l'invitation à soumissionner. GDC prétend que la divergence entre la lettre de crédit qu'elle a présentée et le formulaire fourni avait trait à la forme plutôt qu'à la substance. GDC affirme également que le formulaire de la lettre de

crédit fourni par Travaux publics était décrit comme un [TRADUCTION] « formulaire-type », laissant ainsi sous-entendre que tout document conforme en substance serait acceptable.

[37] Sur ce point, je partage le point de vue du ministre. Je ne crois pas que la mention de « formulaire-type » dans la lettre de crédit de soutien qui figure à l'annexe « B » de l'invitation à soumissionner donnaient lieu à des variantes acceptables. L'article 3 du formulaire-type de l'invitation, comme il est indiqué dans la partie 2, établit clairement que l'offre devait inclure une lettre de crédit de soutien irrévocable [TRADUCTION] « tel qu'il est énoncé à l'annexe B de la partie 1 » de l'invitation à soumissionner. Selon l'article 7.1 de l'invitation à soumissionner, la lettre de crédit devait être [TRADUCTION] « exactement comme à l'annexe « B » des présentes ». Cette phraséologie ne prévoit pas la possibilité de modifier le formulaire-type.

[38] Ce problème ne se distingue pas de celui qui a été examiné dans *H. B. Lynch Investments Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2005), 2005 CAF 237, 140 A.C.W.S. (3d) 555, où le juge Décary a signalé que la conformité rigoureuse à une disposition contractuelle peut être exigée si la modification en question risque de donner lieu à un différend entre les parties. La modification apportée en l'espèce par GDC à la lettre de crédit n'était pas, à mon avis, une irrégularité négligeable parce qu'elle permettait à HSBC de refuser de renouveler sa garantie avec préavis au ministre. Il est impossible d'établir avec certitude si le ministre pouvait alors se fonder sur cette lettre de crédit de façon inconditionnelle ou si GDC devait d'abord être mise en défaut. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, le ministre a raison de dire que ce qui était exigé était une période continue de quatre ans pendant laquelle il est impossible de

négocié et pendant laquelle le ministre n'a pas à se préoccuper de l'engagement de la banque. Le fait que HSBC ait ensuite donné une lettre à GDC afin de préciser les conditions expresses de sa lettre de crédit et de décrire les pratiques commerciales courantes de la banque fait simplement ressortir le problème d'interprétation potentiel que présente cette forme de garantie. Comme dans *H. B. Lynch Investments Inc.*, précité, le ministre a pris soin de rédiger les conditions de cet aspect important de l'appel d'offres et il avait entièrement le droit de rejeter l'offre de GDC au motif qu'elle n'était pas conforme puisque ces conditions n'ont pas été respectées.

[39] Compte tenu des conclusions tirées précédemment, il n'est pas nécessaire que je décide si l'offre de GDC était également non conforme en raison des irrégularités qu'il pouvait y avoir en ce qui a trait au pouvoir de signature.

[40] Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens en faveur du défendeur suivant la colonne III.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens en faveur du défendeur suivant la colonne III.

« R. L. Barnes »

Juge

Traduction certifiée conforme
Mylène Borduas

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1995-08

INTITULÉ : Corporation Développement GDC Gatineau / GDC
Gatineau Development Corporation
c.
Ministre des Travaux publics et des Services
gouvernementaux du Canada

LIEU DE L'AUDIENCE : Ottawa (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 25 novembre 2009

**MOTIFS DU JUGEMENT
ET JUGEMENT :** Monsieur le juge Barnes

DATE DES MOTIFS : Le 21 décembre 2009

COMPARUTIONS :

David Elliott et
Chris McLeod
613-783-9600

POUR LA DEMANDERESSE

Alexandre Kaufman
613-948-3464

POUR LE DÉFENDEUR

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.
1420-99, rue Bank
Ottawa (ON) K1P 1H4

POUR LA DEMANDERESSE

John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada

POUR LE DÉFENDEUR