

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-020888-103
(500-17-058276-109)

DATE : 19 OCTOBRE 2010

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS DOYON, J.C.A.
MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.
GUY COURNOYER, J.C.A.(AD HOC)**

DEMIX CONSTRUCTION, une division de
HOLCIM (CANADA) INC.

APPELANTE / Demanderesse

c.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

INTIMÉ / Défendeur

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre le jugement par lequel, le 14 juillet 2010, la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Pierre-C. Gagnon), rejette sa requête introductive d'instance en annulation d'une décision administrative, jugement déclaratoire et sauvegarde.

[2] Dans le cadre d'un appel de qualification lancé par l'autorité publique, l'appelante envoie une demande entachée d'une irrégularité qui entraîne son rejet. Ce rejet est-il

justifié ou ne l'est-il pas? L'autorité publique aurait-elle dû permettre à l'entrepreneur de corriger sa demande? Ce sont là les questions que soulève ce pourvoi.

I. CONTEXTE

[3] L'appelante, qui répond à l'avis de qualification MTQ-2010-1, omet de joindre au dossier qu'elle transmet au ministère des Transports la page 3 du document intitulé « Demande de qualification ». Cette page 3 est constituée d'un « Engagement de l'Entrepreneur et Déclaration du signataire de la demande de qualification ». Comme l'indique son titre, elle comporte une série de déclarations et d'engagements que l'entrepreneur atteste par sa signature. Or, cet engagement et cette déclaration ne sont ni signés ni envoyés au ministère, cette omission résultant — personne ne le conteste — d'une inadvertance. Sa demande de qualification ayant été rejetée pour cette raison¹, l'appelante tente de remédier à son erreur en envoyant au ministère le document requis, cette fois dûment complété et signé. Inutile de préciser que ce second envoi, daté du 27 avril 2010², est postérieur à la date limite de dépôt des demandes de qualification, telle que précisée sur l'avis MTQ-2010-1. « Après analyse et consultation de [ses] conseillers juridiques »³, le ministère refuse de reconsidérer sa décision initiale de rejet⁴.

[4] Devant ce refus, l'appelante intente au procureur général du Québec, agissant pour le ministère des Transports, une action dont les conclusions principales sont les suivantes :

ACCUEILLIR la présente requête introductive d'instance en annulation d'une décision administrative, requête en jugement déclaratoire et requête pour fins de l'émission d'une ordonnance de sauvegarde;

ANNULER la décision rendue par le ministère des Transports du Québec de rejeter et de déclarer non conforme la Demande de qualification de la demanderesse, Demix Construction, une division de Holcim (Canada) inc. dans le cadre de l'Avis de qualification n° MTQ-2010-1;

DÉCLARER conforme la Demande de qualification présentée par la demanderesse, Demix Construction, une division de Holcim (Canada) inc., dans le cadre de l'avis de qualification n° MTQ-2010-1;

¹ Pièce IA-5 (lettre du 20 avril 2010 adressée par Mme Josée Dupont, directrice générale des services à la gestion par intérim, à M. Jean-Pierre Turgeon, directeur, ventes et développement, de l'appelante).

² Pièce IA-9 (lettre du 27 avril 2010, avec pièce jointe, adressée par M. Jean-Pierre Turgeon à Mme Josée Dupont, avec copie à Mme Louise Dussault, conseillère en gestion contractuelle au ministère des Transports).

³ Pièce IA-11 (lettre du 11 mai 2010 adressée par Mme Louise Dussault à M. Jean-Pierre Turgeon).

⁴ *Id.*

[5] La Cour supérieure rejette la requête introductive d'instance. À son avis, le ministère des Transports ayant, dans des instructions d'une grande clarté, spécifiquement et expressément déclaré irrecevable — et même irrecevable péremptoirement — toute demande ne comportant pas l'un ou l'autre des documents qualifiés de « requis essentiels » ou ne comportant pas une signature requise, la candidature de l'appelante, qui péchait sous ces deux rapports, devait être rejetée, l'irrégularité dont elle était entachée n'étant pas mineure, mais bien majeure. Le juge conclut qu'il n'y avait donc pas lieu pour le ministère d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en matière d'irrégularité mineure et qu'il devait rejeter la demande de l'appelante, décision qui n'a pas à être révisée par la Cour supérieure.

[6] L'appelante se pourvoit.

[7] Pour l'essentiel, elle fait d'abord valoir que le juge a erré en appliquant à un appel (ou avis) de qualification les règles régissant l'appel d'offres, et notamment celle de l'égalité des soumissionnaires. Appel (ou avis) de qualification et appel d'offres, explique-t-elle, seraient en effet des démarches foncièrement différentes, notamment parce que le premier n'emporte aucun engagement de part ou d'autre, à la différence du second, qui génère ce que l'on connaît sous l'appellation de « contrat A » et qui impose diverses obligations au propriétaire ou donneur d'ouvrage.

[8] Selon l'appelante, il ne devrait pas même y avoir de règles de conformité dans un appel de qualification, vu la portée limitée de celui-ci, et il n'existerait pas de raison logique de formuler de telles exigences, d'autant qu'il est dans l'intérêt public que le plus grand nombre d'entrepreneurs compétents se retrouvent sur la liste dressée à la suite de l'appel de qualification. Autrement dit, l'appel de qualification ayant pour but d'identifier le plus grand nombre possible d'entrepreneurs ayant la compétence requise, seules les conditions rattachées à cette compétence auraient leur raison d'être. Toute autre condition n'est que de forme et toute irrégularité à cet égard est mineure et doit pouvoir être corrigée. Or, soutient l'appelante, en faisant des règles de conformité une cause de rejet péremptoire et en les appliquant de la manière étroite dont on a ici l'exemple, le ministère des Transports écarte artificiellement des entrepreneurs qualifiés, au détriment de l'intérêt public.

[9] Quoi qu'il en soit de la légalité ou de la légitimité de ces exigences, l'appelante affirme en outre que son défaut, en l'espèce, constitue à tous égards une irrégularité mineure, la conformité de la demande pouvant d'ailleurs être évaluée malgré l'absence du document d'engagement et de déclaration. Le ministère aurait donc dû exercer en sa faveur le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré d'ignorer les vices mineurs, ce qu'il n'a pas fait, commettant du même coup une erreur fatale, révisable par la Cour supérieure. À tout le moins, l'avis de qualification, par les termes qu'il contenait, créait chez l'appelante (comme chez tout autre aspirant à la qualification) une expectative légitime que sa candidature serait examinée de façon personnalisée, afin de vérifier s'il y avait lieu de permettre la correction de l'irrégularité : or, cela n'a pas été fait, le dossier ayant plutôt été rejeté de façon automatique.

[10] L'intimé affirme de son côté qu'ayant prévu à l'avis de qualification les causes de rejet péremptoire d'une demande de qualification, le ministère ne pouvait faire autrement qu'écarter la demande de l'appelante, celle-ci étant affectée d'une irrégularité entraînant, aux termes même de l'avis, un tel rejet péremptoire. De plus, s'agissant d'une irrégularité majeure, le ministère ne pouvait ni l'ignorer ni en permettre la correction en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'il s'est réservé en matière d'irrégularités mineures. Enfin, l'intimé affirme que la candidature de l'appelante a été réexaminée après son rejet initial, ayant même fait l'objet d'une consultation juridique, ce qui répond à toute expectation que l'appelante aurait pu entretenir à ce propos.

II. ANALYSE

[11] Dans l'affaire *Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud (Municipalité de) c. Raby*⁵, les juges majoritaires de la Cour, sous la plume du juge Rochette, reconnaissent que l'absence de signature d'une soumission n'est pas, *dans les circonstances de l'espèce*, un vice majeur, mais plutôt une simple irrégularité à laquelle la ville qui avait en l'occurrence lancé l'appel d'offres aurait dû passer outre et permettre qu'on remédie.

[12] Cette conclusion ne saurait cependant être transposée à la situation de l'appelante, ni tenue pour l'affirmation d'un principe général et absolu. En effet, ainsi que le souligne le juge Rochette :

[13] Cela dit, le propriétaire a le droit, en établissant le dossier d'appel d'offres, de stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges [renvoi omis].

[...]

[15] Le soumissionnaire a donc l'obligation de présenter une soumission conforme aux documents d'appel d'offres et il doit notamment *signer* sa soumission pour concrétiser son offre de contracter. En revanche, force est de constater que le cahier des charges ne fait pas de ce type d'irrégularité une cause de rejet péremptoire d'une soumission, en toutes circonstances, comme le serait le fait de ne pas utiliser les formules de soumission ou de modifier l'esprit ou la forme des documents de soumission, tel qu'on le précise à l'Avis aux soumissionnaires [renvoi omis].⁶

[L'italique est dans le texte, les soulignements sont ajoutés.]

[13] Le juge Giroux, dissident par ailleurs, est d'accord avec son collègue sur ce point, écrivant lui-même que :

[39] Le fait qu'en l'espèce l'absence de signature ne soit pas un motif de rejet péremptoire de la soumission suivant les termes des documents d'appel d'offres n'est pas déterminant pour la question de savoir s'il s'agit d'une formalité

⁵ [2008] R.J.Q. 2118 (C.A.).

⁶ *Ibid*, p. 2121.

essentielle ou mineure. S'il est admis qu'une municipalité peut limiter sa discrétion en indiquant qu'une formalité, telle l'utilisation de l'enveloppe prévue au cahier des charges, constitue une cause péremptoire de rejet [note infrapaginale 8 : *Construction Anor inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, J.E. 97-115 (C.A.), paragr 28], c'est l'impact sur le prix et l'égalité entre les soumissionnaires qui sont les critères déterminants pour apprécier l'importance des autres formalités.⁷

[Soulignement ajouté.]

[14] Les passages soulignés ci-dessus sont capitaux pour la résolution de la présente affaire : d'une part, on y reconnaît le droit et la liberté du propriétaire ou du donneur d'ouvrage de fixer les conditions et restrictions de l'appel d'offres qu'il lance; d'autre part, on lui reconnaît aussi le droit et la liberté de déclarer que le non-respect de ces conditions et restrictions, ou de certaines d'entre elles, constitue une cause de rejet péremptoire de la soumission, dûment opposable aux soumissionnaires. Implicitement, mais nécessairement, c'est reconnaître que le rejet péremptoire décrété dans le cadre d'un appel d'offres peut mener à l'élimination d'un soumissionnaire autrement qualifié et dont l'offre pourrait même être la meilleure ou la plus basse.

[15] Ces principes sont transposables aux appels de qualification comme celui de l'espèce, avec les adaptations qui s'imposent.

[16] Il ressort en effet clairement du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*⁸, qui régit l'appel de qualification en cause, que la procédure de qualification est l'une des deux étapes du processus d'appel d'offres public assujetti à la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁹.

[17] L'article 2 de cette loi prévoit que :

2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

1° la transparence dans les processus contractuels;

2° le traitement intègre et équitable des concurrents;

3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics;

4° la mise en place de procédures efficaces et efficientes, comportant notamment une évaluation préalable des besoins adéquate et rigoureuse qui

⁷ *Ibid.*, p. 2122.

⁸ R.R.Q., c. C-65.1, r. 5.

⁹ L.R.Q., c. C-65.1.

tienne compte des orientations gouvernementales en matière de développement durable et d'environnement;

5° la mise en oeuvre de systèmes d'assurance de la qualité dont la portée couvre la fourniture de biens, la prestation de services ou les travaux de construction requis par les organismes publics;

6° la reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics.

Pour l'application de la présente loi, on entend par « accord intergouvernemental » un accord de libéralisation des marchés publics conclu entre le Québec et un autre gouvernement.

[Soulignement ajouté.]

[18] De manière à promouvoir, selon le troisième paragraphe du premier alinéa de cette disposition, la possibilité pour les concurrents *qualifiés* de participer aux appels d'offres des organismes publics, les articles 22, 26 et 36 à 38 du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, qui prévoient divers cas de figure, permettent à l'organisme public, y compris en matière de construction, de procéder à un appel d'offres en deux étapes, la première étant celle de la qualification :

22. Malgré l'article 13, un organisme public peut décider d'évaluer le niveau de qualité d'une soumission en procédant à un appel d'offres en 2 étapes.

La première étape consiste à sélectionner des entrepreneurs en sollicitant uniquement une démonstration de la qualité selon les conditions et modalités prévues à l'annexe 4. La deuxième étape consiste à inviter les entrepreneurs sélectionnés à présenter une soumission comportant uniquement un prix.

L'organisme public doit prévoir dans les documents d'appel d'offres les règles d'évaluation de la qualité des soumissions, incluant les critères d'évaluation retenus.

26. L'organisme public peut aussi procéder à un appel d'offres public en 2 étapes en vue d'adjuger un contrat.

À la première étape, l'organisme public sélectionne les entrepreneurs en sollicitant uniquement une démonstration de la qualité. Les documents d'appel d'offres doivent indiquer si tous les entrepreneurs sélectionnés ou seulement un nombre restreint d'entre eux seront invités à participer à la deuxième étape.

Le comité de sélection évalue la qualité d'une soumission selon les conditions et modalités suivantes :

1° si tous les entrepreneurs sélectionnés sont invités à participer à la deuxième étape, l'évaluation de la qualité d'une soumission s'effectue selon les conditions

et modalités prévues à l'annexe 4 et tous ceux qui ont atteint au moins le niveau minimal de qualité sont retenus;

2° si seulement un nombre restreint d'entrepreneurs sélectionnés sont invités à participer à la deuxième étape, l'évaluation de la qualité d'une soumission s'effectue selon les conditions et modalités prévues aux articles 1 à 7 de l'annexe 5 et seuls ceux qui ont obtenu les notes finales les plus élevées sont retenus.

À la deuxième étape, l'organisme public invite les entrepreneurs sélectionnés à présenter séparément à la fois un prix et une démonstration de la qualité selon les conditions et modalités prévues à l'annexe 5.

36. Un organisme public peut procéder à la qualification d'entrepreneurs, préalablement à la conclusion de contrats de travaux de construction relatifs aux infrastructures de transport, dans la mesure où les exigences suivantes sont respectées :

1° la qualification d'entrepreneurs est précédée d'un avis public à cet effet dans le système électronique d'appel d'offres;

2° la liste des entrepreneurs qualifiés est diffusée dans le système électronique d'appel d'offres et tout entrepreneur est informé de l'acceptation ou de la raison du refus de son inscription sur cette liste;

3° un avis public de qualification est publié à nouveau au moins une fois l'an, et ce, bien que l'organisme public puisse procéder à une qualification à des intervalles variant de 1 à 3 ans.

37. Lorsque l'organisme public évalue le niveau de qualité des demandes de qualification, il constitue un comité de sélection au sens de l'article 31 et il applique les conditions et modalités prévues à l'annexe 4 ou aux articles 1 à 7 de l'annexe 5.

38. Sauf dans les cas prévus à l'article 13 de la Loi, lorsqu'un contrat comporte des travaux de construction pour lesquels des entrepreneurs ont été qualifiés, ces travaux doivent être exécutés par un entrepreneur qualifié et, lorsqu'un tel contrat comporte une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public, il doit faire l'objet d'un appel d'offres public.

[19] En l'espèce, l'appel de qualification du ministère des Transports paraît relever des articles 36 à 38 du *Règlement*.

[20] Même si sa structure et son langage laissent à désirer à certains égards, le *Règlement* établit donc clairement que l'appel de qualification est la première étape du processus général d'appel d'offres, que l'on se trouve ainsi à scinder sans affecter toutefois les principes généraux qui doivent s'y appliquer, notamment au chapitre du traitement intègre, équitable et égal des participants ou concurrents. Ce principe est l'une des assises du système public d'appel d'offres et l'une des assises, du reste, de

l'action gouvernementale. Quel que soit le concours, la demande, l'offre ou l'appel, le gouvernement doit traiter tous les participants, concurrents et postulants de manière intègre, équitable, égale.

[21] Sans doute l'appel de qualification, à la différence de l'appel d'offres, ne donne-t-il pas lieu à la conclusion d'un contrat A au sens où l'entend la jurisprudence classique en matière de soumissions publiques, mais il n'est pas sans conséquence juridique et donne assurément lieu à un engagement par lequel l'autorité publique s'oblige à faire participer à la seconde étape du processus (la demande de soumissions) toutes les personnes qui se seront ainsi qualifiées. La scission de la mécanique de l'appel d'offres ne peut pas faire disparaître tous les principes ordinairement applicables à l'appel d'offres, et notamment le principe du traitement égal et équitable des concurrents. Ce qu'on met ici en place est un processus de filtrages successifs, qui requiert simplement une adaptation des règles générales élaborées par la jurisprudence.

[22] L'existence du principe d'égalité et d'équité n'empêche évidemment pas l'autorité publique de préciser les règles et les conditions de l'appel de qualification (comme elle peut le faire dans le cas de tout concours, demande, offre ou appel quelconque, y compris un appel d'offres, ainsi que le rappelle l'arrêt *Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud (Municipalité de) c. Raby*, précité). Mais il y a plus : on doit voir dans l'énonciation de ces règles et de ces conditions un des moyens permettant, justement, de mettre en œuvre le principe d'égalité et d'équité auquel obéit l'action de l'autorité publique en ces matières. C'est en établissant les exigences de forme et de fond et en évaluant en fonction de celles-ci les demandes de ceux qui répondent à l'appel que l'on évite l'arbitraire et que l'on garantit au mieux l'uniformité de traitement et l'égalité de tous les participants. Et s'il est vrai que la subjectivité ne peut jamais être évacuée d'un processus d'évaluation, il reste qu'on la minimise en fixant d'avance les règles du jeu, pourrait-on dire, et en les faisant respecter.

[23] Que la démarche d'appel de qualification repose à la fois sur des exigences de forme et de « conformité » comme sur des exigences de fond n'est donc pas surprenant. Cela est en effet respectueux de l'essence même du processus. Cela respecte également le principe reconnu selon lequel le donneur d'ouvrage a 1° le droit de prescrire les conditions de forme et de fond que devront remplir ceux qui répondront à l'appel d'offres et 2° le droit de préciser les manquements de forme ou de fond entraînant un rejet péremptoire de la candidature (voir l'arrêt *Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud (Municipalité de) c. Raby*, précité), principe qui vaut tout aussi bien à l'étape de la qualification. Ce qui importe ensuite est que toutes ces règles soient appliquées de manière uniforme.

[24] Les articles 5 et 7 du *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, qui se trouvent au chapitre des dispositions générales sur les appels d'offres et coiffent donc tout le reste, prévoient par ailleurs que :

5. Un organisme public doit prévoir dans ses documents d'appel d'offres :

1° la description des travaux de construction et des modalités d'exécution;

2° dans le cas d'un regroupement d'organismes au sens de l'article 15 de la Loi, l'identification de tout organisme public et de toute personne morale de droit public parties à ce regroupement;

3° les conditions d'admissibilité exigées d'un entrepreneur et les conditions de conformité des soumissions;

4° la liste des documents ou autres pièces exigés des entrepreneurs;

5° les modalités d'ouverture des soumissions;

6° la règle d'adjudication du contrat, laquelle comprend, le cas échéant, toute modalité de calcul applicable aux fins de l'adjudication;

7° le contrat à être signé;

8° tout autre renseignement requis en vertu du présent règlement.

Dans le cas visé au paragraphe 2 du premier alinéa, il est obligatoire pour toute partie au regroupement de requérir les travaux auprès de l'entrepreneur retenu, et ce, aux conditions prévues aux documents d'appel d'offres.

7. Les conditions de conformité doivent indiquer les cas qui entraînent le rejet automatique d'une soumission, soit :

1° le non-respect de l'endroit prévu, de la date et de l'heure limites fixées pour la réception des soumissions;

2° l'absence d'un document requis;

3° la présentation d'une garantie ne respectant pas la forme et les conditions exigées;

4° l'absence d'une signature requise d'une personne autorisée;

5° une rature ou une correction apportée au prix soumis et non paraphée;

6° une soumission conditionnelle ou restrictive;

7° le non-respect de toute autre condition de conformité indiquée dans les documents d'appel d'offres comme entraînant le rejet automatique d'une soumission.

[Soulignements ajoutés.]

[25] Ces dispositions s'appliquent *mutatis mutandis* aux appels de qualification, première étape du processus d'appel d'offres, sous réserve des dispositions particulières applicables par ailleurs.

[26] En l'espèce, le premier alinéa de la clause 10 de l'avis de qualification respecte ces dispositions réglementaires, comme on peut le constater :

10. CONDITIONS DE NON-CONFORMITE DES DEMANDES DE QUALIFICATION

L'un ou l'autre des éléments mentionnés ci-dessous entraîne le rejet automatique d'une Demande de qualification.

10.1 un document identifié comme étant « requis essentiel » lors de la présentation de la Demande de qualification » sur la « Liste des documents » est manquant lors de la présentation de la Demande de qualification, ou n'est pas conforme aux exigences des présentes instructions;

10.2 l'absence de signature d'une personne autorisée sur un document devant être signé;

10.3 le non-respect de l'endroit, de la date et de l'heure limites fixés pour la réception des demandes de qualification;

10.4 l'Entrepreneur ne possède pas un Établissement au Québec ou dans un territoire visé par un Accord intergouvernemental;

10.5 la Demande de qualification ne rencontre pas une ou plusieurs des conditions d'acceptation énumérées à l'article 11;

10.6 la Demande de qualification est présentée par un Entrepreneur dont le chargé de projet ingénieur ou le représentant technique agissant à titre de contremaître proposé est en lien d'emploi avec le MTQ;

10.7 un Entrepreneur, avant la transmission des résultats par le secrétaire du comité de sélection, obtient ou tente d'obtenir l'identité des personnes composant le comité de sélection;

10.8 un Entrepreneur communique ou tente de communiquer avec un membre du comité de sélection relativement à la présente Demande de qualification;

10.9 une Demande de qualification présentée dans une langue autre que le français;

10.10 la Demande de qualification comporte une fausse déclaration ou une déclaration inexacte sur un point important.

Le Ministère se réserve le droit à son entière discrétion, de passer outre à tout vice de forme de la Demande de qualification et des documents qui doivent l'accompagner qu'il juge mineur.

[Soulignements ajoutés.]

[27] Le ministère des Transports, conformément à l'article 7 du *Règlement*, a donc indiqué ici, en toutes lettres et de façon explicite, que certaines irrégularités, peu importe leur importance objective, entraîneront le rejet de la demande. Il avait le droit de stipuler ainsi et on ne peut lui faire reproche d'avoir agi en conséquence, d'autant moins que la validité de ces conditions ou leur raisonnable n'a pas été contestée par l'appelante, ainsi que le souligne le juge de première instance aux paragraphes 4 et 51 de son jugement.

[28] C'est ainsi que le ministère a précisé, entre autres, que la « Demande de qualification » que doivent remplir toutes les personnes répondant à l'appel de qualification, demande qui contient plusieurs éléments distincts, est, dans sa totalité, un document « requis essentiel »¹⁰. Qui plus est, il s'agit d'un document qui doit être signé par une personne autorisée. Là encore, notons-le, cette double exigence est limpide et ne prête aucunement à interprétation.

[29] Or, la demande présentée par l'appelante en réponse à l'appel de qualification était déficiente sous le rapport de la clause 10.1 de l'avis et, par ricochet, celui de la clause 10.3. En effet, comme on le sait, l'appelante, à la date limite prévue pour la réception des demandes de qualification, a transmis un dossier incomplet, ne comportant pas l'« Engagement de l'entrepreneur et la déclaration du signataire ». Sa demande contrevenait donc manifestement à la clause 10.1, en ce qu'un document essentiel manquait, qui n'avait par ailleurs pas même été signé¹¹, manquement qui constitue sous l'un et l'autre rapports une cause de rejet péremptoire.

[30] L'appelante peut-elle prétendre, comme elle le fait, à l'application du second alinéa de la clause 10 de l'avis de qualification et obliger le ministère à exercer en sa faveur le pouvoir discrétionnaire qu'il s'est réservé de passer outre à tout vice de forme de la Demande de qualification ou des documents devant l'accompagner, dans la mesure où il s'agirait d'un vice mineur?

[31] Voici de nouveau, par commodité, le texte de cet alinéa :

10. CONDITIONS DE NON-CONFORMITE DES DEMANDES DE QUALIFICATION

[...]

Le Ministère se réserve le droit à son entière discrétion, de passer outre à tout vice de forme de la Demande de qualification et des documents qui doivent l'accompagner qu'il juge mineur.

¹⁰ Pièce IA-3.

¹¹ Voir l'admission conjointe 2 des 7 et 8 juin 2010.

[32] Il n'y avait pas lieu pour le ministère d'exercer la faculté que lui confère cette disposition, le vice entachant la demande de l'appelante n'étant pas de forme seulement et n'étant pas non plus un vice mineur. Comme le constate en effet le juge de première instance aux paragraphes 58 à 61 de son jugement, le ministère, en l'absence du document en question, n'était pas en mesure de vérifier certains des engagements de l'appelante et cela seul fait en sorte qu'on ne peut considérer l'omission de celle-ci comme une irrégularité de forme et encore moins comme une irrégularité mineure :

[58] L'Engagement est le seul document où une personne physique atteste officiellement signer en vue d'engager l'entrepreneur quant à l'ensemble des déclarations énoncées dans les documents. À cet égard, signer au bas du Tableau 1 (pour attester de sa véracité) ne saurait suffire.

[59] Au sujet de l'élément 2a) de l'Engagement, Demix Construction concède à l'audience qu'il sert à certifier une information impossible à valider en consultant uniquement les autres documents de la Demande de qualification. Mais alors, plaide-t-elle, le MTQ n'avait qu'à se satisfaire en prenant l'initiative de vérifications ultérieures.

[60] Mais sérieusement, comment le MTQ pourrait-il vérifier *proprio motu* que Demix Construction ne propose pour sa Demande de qualification aucune ressource qui est en lien d'emploi avec le MTQ?

[61] On pourrait, *mutatis mutandis*, faire le même exercice avec l'élément 2b) de l'Engagement qu'avec l'élément 2a).

[33] Il s'agit donc bien ici d'un vice majeur, affectant en outre le fond de la demande, l'absence du document privant le ministère de la possibilité de faire certaines vérifications. Rappelons en effet qu'une page complète manquait à la demande de qualification présentée par l'appelante et que cette page comportait divers engagements et déclarations d'importance devant faire l'objet d'une signature. L'appelante, dans son mémoire, insiste sur le fait qu'une seule page (sur un document qui en aurait autrement compté trente) manquait, ce qui est bien peu. Ce type d'argument quantitatif ignore cependant que ce n'est pas le nombre, mais le contenu, qui fait l'importance du défaut : or, comme le démontre le juge de première instance, le contenu de la page manquante était loin d'être anodin.

[34] De plus, compte tenu du premier alinéa de la clause 10, on peut difficilement penser qu'un tribunal puisse forcer le ministère à exercer en faveur d'une personne l'« entière discrétion » qu'il s'est réservé de passer outre à un vice qui, par ailleurs, est de ceux qui entraînent le rejet péremptoire de la demande de qualification et qui ne peut en conséquence pas être considéré comme mineur. Une telle intervention judiciaire pourrait peut-être s'envisager dans le cas où, par hypothèse, il s'avérerait que le

ministère a passé outre à un vice similaire dans le cas d'une autre personne¹², mais rien de tel n'a été prouvé ni même allégué ici.

[35] L'appelante fait cependant valoir que si le second alinéa de la clause 10.1 de l'avis de qualification ne permet pas de remédier aux vices mentionnés au premier alinéa, il est alors sans utilité. Or, avance-t-elle, une telle conclusion serait contraire aux principes d'interprétation usuels et l'on devrait plutôt comprendre que ce second alinéa permet de pallier les insuffisances décrites dans le premier.

[36] Il est vrai que l'on doit normalement se garder de donner à un texte une interprétation qui en neutralise l'effet. Mais dire que le second alinéa de l'article 10 est sans effet parce qu'il ne s'applique pas aux vices énumérés au premier alinéa est inexact. On peut imaginer, par exemple, le cas de l'entrepreneur qui soumet les cinq exemplaires de sa demande de qualification, une page manquant cependant dans l'un des exemplaires en question, mais non dans les quatre autres; ou encore celui du document dont tous les exemplaires sont dûment signés, sauf un, où l'une des signatures requises est absente. On peut supposer aussi que le ministère pourrait passer outre au fait que l'entrepreneur a envoyé sa demande dans une enveloppe d'un mauvais format (le format 8½ x 14 ou plus étant exigé) ou au fait que son adresse ne figure pas correctement sur l'étiquette de retour, et ainsi de suite. Il s'agirait là de vices de forme, vices mineurs de surcroît, que le ministère pourrait ignorer ou dont il pourrait permettre la correction, au sens du second alinéa de la clause 10. Peut-être même pourrait-on parler de vice de forme, mineur également, dans le cas dont Mme Louise Dussault donne l'exemple dans son témoignage, à savoir que l'entrepreneur aurait fourni non pas les cinq exemplaires requis de sa demande, mais seulement quatre¹³.

[37] On voit tout de suite ce en quoi ces exemples diffèrent de la situation de l'espèce : l'omission de transmettre la page 3 de la « Demande de qualification », en raison de ses conséquences, ne peut être considérée comme un vice de forme au sens du second alinéa de la clause 10 de l'appel de qualification et elle ne peut davantage être considérée comme un vice mineur.

[38] Cela dit, peu importe en réalité que le vice soit qualifié de mineur ou de majeur, dans la mesure où le ministère, de façon claire et non équivoque, a expressément prévu qu'une omission de ce genre entraînerait péremptoirement le rejet de la demande de qualification¹⁴. C'est, pour paraphraser le juge Rochette dans l'affaire *Raby*, précitée,

¹² Ce qui s'était produit dans l'affaire *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, [2008] R.J.Q. 872 (C.A., requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2008-10-09), 32687. Dans cette affaire, la personne ayant fait l'appel d'offres avait permis à un soumissionnaire de remédier à un vice de sa soumission, tout en refusant la même faveur à un autre.

¹³ Témoignage de Mme Louise Dussault, 6 juillet 2010 (interrogatoire préalable), p. 20.

¹⁴ Voir par analogie l'arrêt *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation*, 2009 QCCA 880, notamment au paragr. 38 et 39. On y confirme le rejet péremptoire d'une soumission malgré une disposition de l'appel d'offres permettant la correction de certaines erreurs, excluant les erreurs relatives à la recevabilité. Selon la Cour, le défaut reproché à l'appelante se rattachant à la recevabilité de sa demande, cette disposition ne pouvait lui être d'aucun secours.

le droit et le privilège du propriétaire (en l'occurrence du ministère) de stipuler les conditions et les restrictions applicables à l'avis de qualification et c'est, pourrait-on ajouter, le devoir — et le fardeau — de celui qui répond à un tel avis de s'assurer d'en respecter les termes.

[39] Dans la mesure où ces conditions et restrictions, ce que signale à juste titre le juge (voir notamment les paragr. 4, sous-paragr. b), et 51 de son jugement), n'ont elles-mêmes pas été contestées par l'appelante, qui n'en demande pas la nullité, le ministère n'avait d'autre choix que de les appliquer, emportant ici le rejet de la demande de qualification.

[40] Dans un autre ordre d'idées, l'appelante reproche au ministère d'avoir rejeté sa demande sans même vérifier si l'irrégularité qui l'affectait était de nature à entraîner l'application du pouvoir discrétionnaire énoncé au second alinéa de la clause 10. Ce rejet automatique serait contraire à l'expectative légitime suscitée chez l'appelante par le texte du second alinéa de cette clause. Cet argument ne saurait être retenu : à supposer même que la demande ait dans un premier temps été rejetée de façon automatique — péremptoire serait un terme plus juste —, sa conformité a fait l'objet d'une réévaluation au terme de laquelle le ministère, qui a même consulté ses conseillers juridiques¹⁵, a maintenu sa décision de rejet. Si expectative légitime il pouvait y avoir que le ministère ferait un examen en quelque sorte personnalisé de la demande, elle a été satisfaite.

[41] Enfin, à supposer même qu'une intervention judiciaire soit envisageable ici, en théorie, la preuve ne permettrait pas de conclure que le ministère aurait dû exercer en faveur de l'appelante le pouvoir discrétionnaire que lui confère le second alinéa de la clause 10.

[42] À ce sujet, l'appelante, aux paragraphes 79 et 80 de son mémoire, écrit notamment que :

79. En rejetant la candidature de Demix sur la base d'une simple irrégularité mineure, le MTQ se prive peut-être, et par-delà prive également les contribuables, d'un entrepreneur qui pourrait être le plus bas soumissionnaire conforme en maintes occasions.

80. De même, la prise en considération de l'intérêt public milite donc pour que le MTQ analyse chaque Demande de qualification sur le fond, et adopte une attitude souple envers les conditions de non-conformité et une approche ciblée sur la qualification des entrepreneurs.

[43] Ces arguments, que l'appelante réitère à l'audience, ne convainquent pas.

¹⁵ Voir le second paragraphe de la lettre signée par Mme Louise Dussault, le 11 mai 2010, pièce IA-11, ainsi que la transcription de son témoignage du 6 juillet 2010 (interrogatoire préalable), p. 37 *in fine* et 38.

[44] D'une part, l'argument évoqué au premier de ces deux paragraphes est spéculatif et ne pourrait fonder une intervention de la Cour supérieure.

[45] D'autre part, l'argument qu'énonce le second paragraphe est de nature purement politique et ne saurait relever du domaine de l'intervention judiciaire, du moins dans un contexte factuel comme celui de l'espèce.

III. CONCLUSION

[46] Pour ces motifs, la Cour **REJETTE** l'appel, avec dépens.

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

GUY COURNOYER, J.C.A.(AD HOC)

M^e Mélisa Thibault
M^e Jean-Pierre Dépelteau
Fraser Milner Casgrain
Avocats de l'appelante

M^e Pierre Arguin
M^e Éric Dufour
Bernard, Roy (Justice-Québec)
Avocats de l'intimé

Date d'audience : le 24 septembre 2010