

## Note de service

<b>Expéditeurs</b>	Martin Masse Geoffrey Gilbert Stephen Natrass Benedict Wray	<b>Date</b>	Le 6 février 2017
<b>Ligne directe :</b>	+1 613.780.1547 +1 613.780.1544		
<b>Courriel</b>	Martin.Masse@nortonrosefulbright.com Geoffrey.Gilbert@nortonrosefulbright.com Stephen.Natrass@nortonrosefulbright.com Benedict.Wray@nortonrosefulbright.com	<b>Notre n° de référence</b>	01002392-0017
<b>Destinataire</b>	Ville d'Ottawa	<b>Votre n° de référence</b>	Étape 2 du projet de train léger sur rail

## Ville d'Ottawa - Étape 2 du projet de train léger sur rail - PE proposé avec RTG

La présente note de service fournit un résumé des questions juridiques relatives à l'approvisionnement pour l'Étape 2 du projet de train léger sur rail (LRT) géré par la Ville d'Ottawa (la **Ville**), et en particulier en ce qui concerne le protocole d'entente (**PE proposé**) que le Rideau Transit Group General Partnership (**RTG**) et la Ville se proposent de signer pour traiter certains aspects des prolongements prévus de l'Étape 1 du projet de TLR.

### 1 Les faits

Pour élaborer ce résumé des questions juridiques, nous nous sommes appuyés sur l'interprétation suivante des faits pertinents, sur la base de renseignements fournis par la Ville.

#### 1.1 Étape 1 du TLR et rôle de RTG

L'Étape 1 du projet de TLR d'Ottawa consiste en une ligne de train léger sur rail de 12,5 kilomètres passant au centre-ville d'Ottawa (connue sous le nom de la Ligne de la Confédération) qui est en cours de construction et qui devrait être achevée en 2018. À la suite d'un processus d'approvisionnement concurrentiel, RTG a obtenu une concession de 30 ans pour la conception, la construction, le financement et l'entretien (**CCFE**) de l'Étape 1 du réseau de TLR d'Ottawa. RTG est un consortium dont les partenaires comprennent SNC RTG Partner Inc., ACS RTG Partner Inc. et EllisDon RTG Partner Inc. Le parc de 32 trains Alstom inclus dans l'approvisionnement de l'Étape 1 sera entretenu par Rideau Transit Maintenance (**RTM**). L'installation d'entretien et de remisage est située sur le chemin Belfast (**installation de Belfast**).

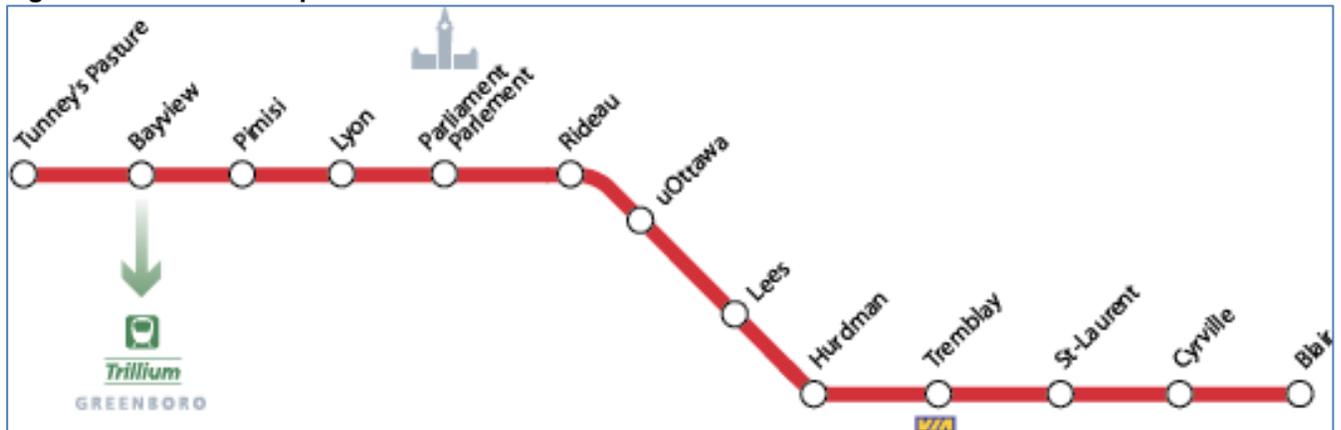
**AVIS DE CONFIDENTIALITÉ** : Cette note de service externe, y compris toute pièce jointe, est confidentielle et peut être fournie de manière privilégiée. Si vous n'êtes pas le destinataire prévu, veuillez aviser immédiatement l'expéditeur et détruire la note de service. Vous ne devez pas la copier ni l'utiliser à quelque fin que ce soit ou divulguer son contenu à toute autre personne.

Norton Rose Fulbright Canada s.r.l. est une société à responsabilité limitée établie au Canada.

Norton Rose Fulbright Canada s.r.l., Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright South Africa Inc et Norton Rose Fulbright US LLP sont des entités juridiques distinctes et sont toutes membres de Norton Rose Fulbright Verein, un Verein suisse. Norton Rose Fulbright Verein aide à coordonner les activités des membres, mais ne prodigue pas de conseils juridiques aux clients. Vous trouverez des détails sur chaque entité et certaines informations réglementaires sur nortonrosefulbright.com.

La Ville a retenu les services d'Infrastructure Ontario (IO) en tant que conseiller en approvisionnement pour l'Étape 1. IO fournit des conseils d'approvisionnement à la Ville, tandis que cette dernière est responsable des segments d'approvisionnement et de construction du projet.

Figure 1 : Carte de l'Étape 1 du TLR



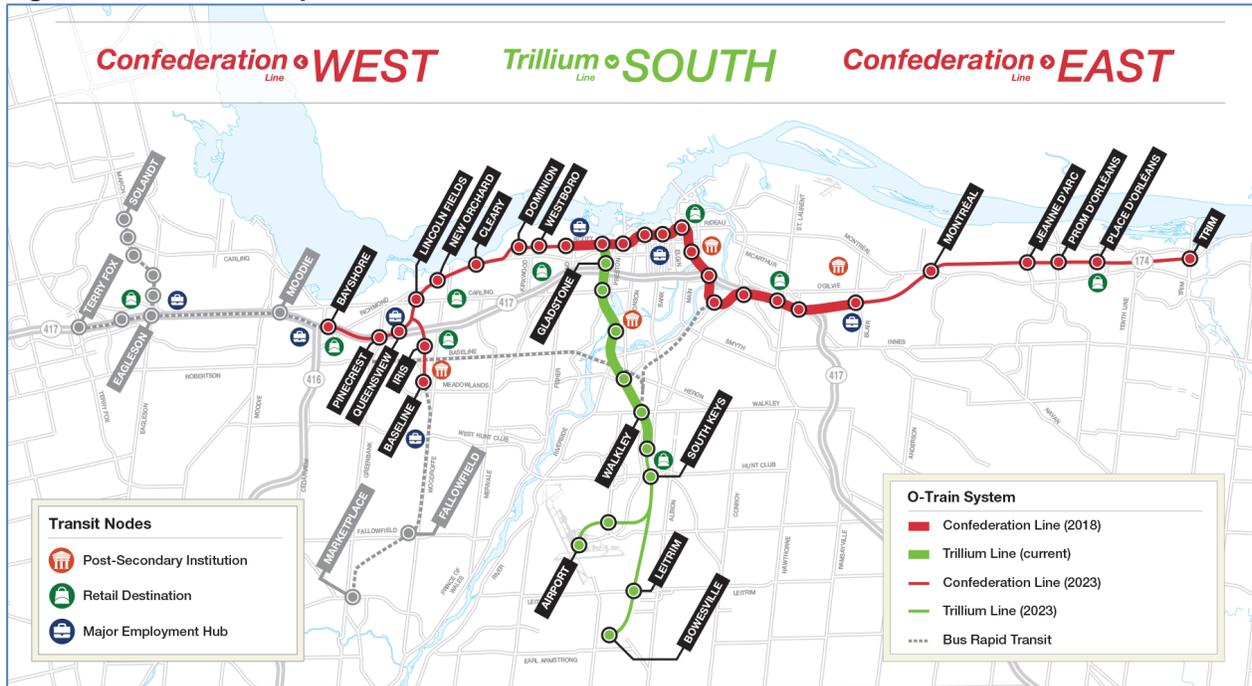
Il y avait trois promoteurs finaux lors du processus de DDP de l'Étape 1, qui ont tous reçu un exemplaire de l'accord du projet (AP) au moment où ils ont présenté leur offre finale et contraignante. RTG a finalement signé l'AP sensiblement dans la même forme que ce qui avait été fourni aux deux autres promoteurs finaux.

## 1.2 Prolongements prévus dans le cadre de l'Étape 2 du projet de TLR

L'Étape 2 du projet de TLR d'Ottawa prolongera l'Étape 1 plus à l'est, à l'ouest et au sud, plus précisément :

- à l'ouest jusqu'à la station Bayshore (prolongement vers l'ouest de la Ligne de la Confédération) et au sud-ouest jusqu'à la station Baseline;
- à l'est jusqu'à la station Place d'Orléans (prolongement vers l'est de la Ligne de la Confédération) et
- vers le sud jusqu'à Riverside-Sud à Bowesville (prolongement de la Ligne Trillium).

Figure 2 : Carte de l'Étape 2 du TLR



### 1.3 PE proposé entre la Ville et RTG

#### (a) Options envisagées

Un certain nombre d'options ont été envisagées par la Ville en ce qui a trait à l'approvisionnement pour l'Étape 2. En novembre 2016, un sondage préliminaire du marché a été effectué afin de déterminer la réaction du marché aux divers scénarios et options.

Des discussions préliminaires ont eu lieu entre la Ville et RTG dans le cadre de l'AP de l'Étape 1. Plus précisément, les discussions de la Ville et de RTG portaient sur l'Annexe 38 – Prolongement et phases supplémentaires, mais hors du cadre formel d'un prolongement de réseau lancé par un avis de prolongement (comme défini à l'Annexe 38) et en dehors du cadre formel d'une demande d'adaptation (comme définie à l'Annexe 22 – Procédure concernant les modifications).

Dans le cadre du PE proposé, la Ville attribuerait à RTG certaines responsabilités stratégiques concernant l'approvisionnement en véhicules, la construction et l'entretien par le biais d'une modification en vertu de l'Annexe 22 et d'un prolongement du réseau en vertu de l'Annexe 38. Le reste de l'Étape 2 du projet, y compris le prolongement de la Ligne Trillium, ferait l'objet d'un approvisionnement concurrentiel. À la suite de cet approvisionnement, on prévoit qu'une autre société de conception et de construction (**société de CC**) serait chargée des segments de conception et de construction du prolongement de la Ligne de la Confédération en vertu d'un accord de projet pour l'Étape 2.

#### (b) Portée du PE proposé

Le PE proposé sera à caractère contraignant, et la Ville et RTG intégreront ses modalités et principes dans des ententes définitives qui comprendront une ou plusieurs modifications qui seront introduites par la Ville au titre des modalités de l'Annexe 22 de l'AP de l'Étape 1 (collectivement, les **modifications de l'AP de l'Étape 1**) et conformément à celles-ci.

En vertu du PE proposé, RTG fournirait les produits et services suivants :

1. services de soutien en matière d'approvisionnement : services régissant le processus de finalisation du dossier d'approvisionnement de la société de CC, y compris préparer la demande de propositions, participer à certaines réunions de présentation de la conception, procéder à un examen juridique et technique de la demande de propositions, participer à des réunions commerciales confidentielles et participer à la vérification de conformité finale lors des négociations avec le promoteur privilégié; cependant, dans tous les cas, seulement dans la mesure nécessaire pour confirmer les scénarios d'entretien et de cycle de vie et le prix fixe prévus dans le PE proposé pour les services d'entretien de l'Étape 2;
2. agrandissement de l'installation de Belfast : concevoir, construire, mettre à l'essai, terminer et mettre en service l'agrandissement de l'installation de Belfast;
3. matériel roulant : se procurer, fournir, mettre à l'essai et mettre en service les véhicules légers sur rail identiques à la conception actuelle en vertu de l'AP de l'Étape 1;
4. systèmes de communications et contrôle ferroviaire pour le réseau prolongé : effectuer les travaux en matière de communications (fourniture de divers systèmes et acquisition de toutes les licences supplémentaires) et de contrôle ferroviaire (afin d'être entièrement compatible avec le système existant de la Ligne de la Confédération);
5. gestion de l'interface et de la conception pour le réseau prolongé : contrôle de la conception et de la construction pour les éléments de la portée de la société de CC qui influenceront sur l'entretien et le cycle de vie du réseau prolongé, notamment l'accès aux tests pertinents et les droits de vérification de la qualité et
6. service d'entretien dans le cadre de l'Étape 2 : services d'entretien du réseau prolongé, d'une manière compatible avec le devis descriptif de l'AP de l'Étape 1.

Le PE proposé comporte un prix fixe pour tous les éléments ci-dessus qui a été fixé à l'aide d'une analyse de « prix à livre ouvert », dans laquelle RTG a fait preuve d'une transparence totale quant à la provenance et à l'utilisation de tous les fonds, coûts et sommes qu'il dépensera et de tous les profits et marges qu'il enregistrera en lien avec les travaux et les services qu'il fournira. De plus, RTG a agi en toute transparence avec la Ville en ce qui a trait au prix concurrentiel original obtenu dans le cadre de l'AP de l'Étape 1 et à d'autres prix concurrentiels obtenus dans des projets de TLR similaires (sous réserve de certaines restrictions de confidentialité).

### **(c) Processus d'approvisionnement concurrentiel pour l'Étape 2**

À l'exception du prolongement de la Ligne Trillium (examiné ci-dessous), le reste des travaux et services de l'Étape 2 feraient l'objet d'un approvisionnement concurrentiel et seraient attribués à une société de CC afin d'assurer une tension compétitive maximale et le meilleur rapport qualité-prix. Les travaux suivants sont destinés à faire l'objet d'un approvisionnement concurrentiel (collectivement, les **travaux de la société de CC**) :

1. conception, fourniture, construction, mise à l'essai et mise en service des voies ferrées au-dessus du sous-ballast;
2. conception, fourniture, construction, installation, mise à l'essai et mise en service du poteau et des câbles pour le système de suspension caténaire;
3. pose du ballast de la voie;
4. toutes les stations, y compris l'intérieur et tous les systèmes et infrastructures de soutien nécessaires;
5. tous les tunnels, les portails et les infrastructures de soutien;
6. toutes les composantes de travaux civils, notamment tous les ouvrages de drainage et de gestion des eaux pluviales, les structures, les travaux routiers, les déviations, les services publics et toute autre structure de soutien;
7. tous les sondages, enquêtes, analyses et rapports techniques et toute surveillance nécessaires pour appuyer la conception et la construction et
8. les projets regroupés comprenant les améliorations apportées à l'autoroute 417 et les projets de la Ville.

Afin d'assurer un approvisionnement ouvert et compétitif, RTG et ses sociétés membres (et affiliées) ainsi que tous les sous-traitants participant aux services de soutien en matière d'approvisionnement ou à la gestion de l'interface et de la conception pour le réseau prolongé conviennent qu'ils ne seront pas admissibles à soumettre une proposition ou à autrement participer aux travaux de la société de CC. Cette restriction demeurera en place aussi longtemps que la Ville procédera aux modifications de l'AP de l'Étape 1 visées par le PE proposé, et si RTG manque à ses obligations aux termes du PE proposé.

Après l'achèvement de la construction de l'Étape 2, la société de CC remettrait la responsabilité de l'entretien à RTG qui effectuerait l'entretien au même titre que RTG effectue l'entretien pour l'Étape 1. Cela s'effectuera par le biais d'une modification apportée à l'AP de l'Étape 1 pour les services d'entretien de l'Étape 2.

#### **(d) Prolongement de la Ligne Trillium**

Le prolongement de la Ligne Trillium fera l'objet d'une portée distincte pour l'Étape 2 du projet de TLR, et le PE proposé ne couvre pas l'installation d'entretien et de remisage de la Ligne Trillium, le prolongement de la Ligne Trillium ou les unités multiples diesel. Il ne sera pas automatiquement interdit à RTG et à ses sociétés membres de participer à l'approvisionnement concurrentiel pour le prolongement de la Ligne Trillium. Toutefois, la Ville prendra des mesures visant à éviter tout conflit d'intérêts ou tout avantage injuste, réel ou perçu, y compris en divulguant aux autres promoteurs des renseignements que la Ville a communiqués à RTG et qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts ou à un avantage injuste. La Ville pourra également prendre d'autres mesures au besoin et dans la mesure du possible.

## **2 Enjeux**

Dans le cadre de l'examen des différentes options, on nous a demandé de résumer les questions juridiques relatives à l'approvisionnement applicables aux enjeux suivants.

1. Quels sont les enjeux relatifs à l'approvisionnement ou autres questions juridiques qui permettent à la Ville d'apporter des modifications à l'Étape 1 afin d'élargir la portée de l'AP de l'Étape 1?
  - (a) Quelles sont les modalités de l'AP qui autorisent généralement les modifications de l'AP proposées?
    - (i) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services envisagés dans les modifications de l'AP de l'Étape 1 s'inscrivent dans la portée de l'AP?
    - (ii) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services envisagés dans les modifications de l'AP de l'Étape 1 pour les services d'entretien de l'Étape 2 s'inscrivent dans la portée de l'AP?
    - (iii) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services de soutien en matière d'approvisionnement s'inscrivent dans la portée de l'AP?
    - (iv) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services d'interface envisagés dans le PE proposé s'inscrivent dans la portée de l'AP?
  - (b) Quels autres droits et obligations de la Ville touchent sa capacité à se procurer les services directement auprès de RTG?
  - (c) Quelles mesures la Ville a-t-elle prises pour s'assurer que les modifications apportées à l'Étape 1 sont conformes aux objectifs généraux des politiques d'approvisionnement municipales, à savoir, qu'elles sont équitables pour les fournisseurs et offrent une valeur maximale aux contribuables?
2. Quelles mesures la Ville a-t-elle prises et entend-elle prendre afin de garantir un processus d'approvisionnement équitable pour le prolongement de la Ligne Trillium et de répondre aux préoccupations des soumissionnaires potentiels au sujet de l'éventuelle participation de RTG?
3. Le processus d'appel d'offres concurrentiel visant les travaux de la société de CC soulève-t-il des préoccupations d'ordre juridique liées à l'approvisionnement?

### **3 Analyse**

#### **3.1 Quels sont les enjeux relatifs à l'approvisionnement ou autres questions juridiques qui permettent à la Ville d'apporter des modifications à l'Étape 1 afin d'élargir la portée de l'AP de l'Étape 1?**

Nonobstant toute autre exigence relative à l'approvisionnement, la Ville est généralement autorisée à obtenir des biens ou des services d'un promoteur lorsque la modification ou l'élargissement proposé est permis en vertu du contrat original, et les biens et services s'inscrivent dans la portée des biens et services obtenus au titre de l'approvisionnement original.<sup>1</sup> Dans ce cas-ci, l'AP faisait partie du processus de DDP de l'Étape 1, car elle a été fournie à tous les promoteurs avant les appels d'offres finales de l'Étape 1. Ainsi, afin d'évaluer le bien-fondé des modifications proposées dans le PE proposée, nous évaluerons : (i) si l'AP permet généralement des

---

<sup>1</sup> Voir Microsoft Canada Co. c. Canada (ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux), Doc. PR-2009-056, 2010 CanLII 15680 (TCCE), où Santé Canada a élargi un contrat existant pour inclure une nouvelle solution logicielle de portail unifié, qui, selon le TCCE, n'était pas une source unique, mais faisait partie des modalités de l'approvisionnement original.

modifications visant à étendre la portée des travaux de l'Étape 1 aux prolongements de la Ligne de la Confédération et (ii) si les produits et services visés par les modifications proposées peuvent être considérés comme s'inscrivant dans la portée de l'AP.

**(a) Quelles sont les modalités de l'AP qui autorisent généralement les modifications de l'AP proposées?**

L'AP prévoit un certain nombre de situations qui permettent d'apporter les modifications à l'AP proposées. Tout d'abord, les procédures relatives au prolongement et aux phases supplémentaires de l'Annexe 38 accordent un large pouvoir discrétionnaire à la Ville pour « effectuer un ou plusieurs prolongements de réseau pendant la durée du projet ou n'en faire aucun ». <sup>2</sup> La durée du projet est définie comme l'ensemble de la période de 30 ans sous réserve de toute résiliation antérieure.

La Ville peut choisir d'effectuer un prolongement du réseau en utilisant la procédure de modification à l'article 39 et l'Annexe 22 PA (Annexe 38, 2.1(b)), par approvisionnement (Annexe 38, 2.1(c)) ou par voie de négociation (Annexe 38, 2.1(c)).

Jusqu'à présent, les discussions initiales ont eu lieu en dehors du cadre formel d'un prolongement du réseau lancé par un avis de prolongement conformément à l'Annexe 38, article 2.2. Toutefois, la formalisation des négociations par l'entremise d'un avis de prolongement n'est pas exclue. Comme le stipule l'article 2.1(d) de l'Annexe 38 :

Dans le cas où la Ville a choisi de procéder à un prolongement du réseau conformément à l'article 2.1, elle peut, à tout moment avant de conclure un accord contraignant en ce qui a trait au prolongement du réseau, et à sa discrétion, choisir de ne plus procéder au prolongement du réseau aux termes du processus choisi et de procéder au même prolongement du réseau par le biais d'un autre processus.

En d'autres termes, entre RTG et la Ville, le choix quant à la méthode à utiliser pour procéder à un prolongement du réseau est entièrement à la discrétion de la Ville, et même si elle a déjà entamé un processus, elle peut choisir de passer à un autre processus à tout moment avant la conclusion d'un accord contraignant. La Ville a la possibilité d'émettre un avis de prolongement, si elle le désire, avant de conclure le PE proposé.

Il est en outre évident, étant donné le large pouvoir discrétionnaire accordé aux deux parties dans l'Annexe 38, qu'elles peuvent mutuellement convenir de modifier la procédure formelle lancée par un avis de prolongement. L'article 2.2(g) prévoit ce qui suit :

nonobstant toute disposition de l'Annexe 38, sauf s'il s'agit de l'objet d'un processus d'approvisionnement concurrentiel, aucun accord concernant l'objet de cette Annexe 38 n'entrera en vigueur à moins d'avoir été conclu par écrit par chacune des parties, et la conclusion de cet accord sera soumise à la discrétion de chaque partie. L'une ou l'autre des parties peut, à sa discrétion, choisir de cesser les négociations à tout moment lors du processus décrit dans cet article 2.2 avant la signature d'un tel accord écrit.

Le PE proposé, qui couvre l'objet de l'Annexe 38 dans la mesure où il concerne un prolongement du réseau, s'inscrit clairement dans les limites de l'accord écrit prévu à l'article 2.2(g). Étant donné que le PE proposé, dont

---

<sup>2</sup> Annexe 38, 2.1(a)

le caractère est contraignant, répond à la finalité de la procédure de l'Annexe 38, il doit être considéré comme modifiant – d'un commun accord – les échéanciers et les exigences de l'avis officiel de l'article 2.2

La procédure officielle établie à l'article 2.2 de l'Annexe 38 a été incluse afin de protéger les parties au contrat, soit RTG et la Ville. Du point de vue d'un processus d'approvisionnement, la question est de savoir si le prolongement du réseau était prévu par l'AP, et si l'accord contraignant qui lie RTG et la Ville s'inscrit dans la portée de l'AP. À notre avis, dans la mesure où la portée élargie du mandat de RTG s'inscrit dans la portée de l'AP, le PE proposé est conforme à la finalité envisagée à l'article 2.2, nonobstant la décision commune de négocier en dehors du cadre officiel. La question à savoir si la portée de chaque modification s'inscrit dans la portée de l'AP sera abordée de manière plus détaillée ci-dessous.

Comme mentionné précédemment, l'AP a été soumise aux trois promoteurs finaux du processus d'appel d'offres de l'Étape 1 et a été signée essentiellement sous la même forme par RTG. Il a été clairement indiqué aux promoteurs, dans le cadre du processus initial d'appel d'offres concurrentiel de l'Étape 1, que la possibilité d'exécuter des prolongements du réseau et d'autres travaux de l'Étape 2 par le biais des procédures de l'Annexe 38 était offerte à la Ville et au soumissionnaire retenu.

Dans ce cas-ci, la Ville entend mettre en œuvre les prolongements du réseau envisagés dans le PE proposé en ayant recours à la procédure de modification de l'Annexe 22 de l'. Ce recours est autorisé de manière explicite par l'article 2.1(b) de l'Annexe 38, à la discrétion de la Ville. La procédure établie à l'Annexe 22 est similaire à la procédure officielle pour avis de prolongement indiqué à l'Annexe 38, mais avec des échéanciers beaucoup plus courts. De notre point de vue, la Ville et RTG ont la possibilité d'utiliser une série de modifications en vertu de l'Annexe 22 afin de donner effet au PE proposé. Encore une fois, en partant du principe que la portée élargie du mandat de RTG et les modifications envisagées s'inscrivent dans la portée de l'AP, cet aspect aurait été prévu par les parties ayant participé au processus d'appel d'offres initial. En ce qui a trait à l'option de négociation inscrite à l'Annexe 38, les trois promoteurs retenus pour l'Étape 1 étaient au courant de la possibilité d'exécuter des prolongements du réseau en utilisant la procédure de modifications, de même que de la possibilité de modifications plus générales.

- (i) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services envisagés dans les modifications de l'AP de l'Étape 1 s'inscrivent dans la portée de l'AP?

Le PE proposé répond aux questions suivantes relatives à la portée de l'AP :

- (a) Agrandissement de l'installation d'entretien et de remisage de Belfast
- (b) Communications et contrôle ferroviaire
- (c) Acquisition et mise en service de matériel roulant additionnel

Comme mentionné précédemment, l'Annexe 38 de l'AP accorde un large pouvoir discrétionnaire à la Ville pour procéder à un ou plusieurs prolongements du réseau pendant la durée du projet avec RTG ou un autre entrepreneur et lui permet de négocier directement avec RTG, d'utiliser un contrat avec fournisseur unique, de recourir à un processus d'approvisionnement concurrentiel ou d'utiliser une autre structure de transaction, selon ce qui convient le mieux<sup>3</sup>. Compte tenu du fait que l'Annexe 38 est spécifiquement intitulée « Prolongement et *phases supplémentaires* » (caractères italiques ajoutés), il est clair que les éléments s'inscrivant dans la portée de l'Étape 2 du projet de TLR étaient prévus dans l'AP initial, par le biais de la méthodologie de prolongement du réseau.

- (A) Installation d'entretien et de remisage et communications et contrôle ferroviaire

---

<sup>3</sup> Annexe 38 de l'AP, article 2.1(a)

Le devis descriptif pour l'agrandissement de l'installation d'entretien et de remisage de Belfast à l'Annexe 15-2, section 6 de l'AP avait été fondé sur la portée géographique d'origine des exigences en matière de résultat de l'Étape 1, en particulier les exigences en matière de rendement opérationnel. Cela dit, l'Annexe 15-2 de l'AP établit clairement que l'installation d'entretien et de remisage doit être conçue et construite de manière à « **répondre à tous les scénarios opérationnels de l'accord** » [soulignement ajouté]<sup>4</sup>.

Par conséquent, il est clair que la possibilité d'agrandir l'installation d'entretien et de remisage pour recevoir les véhicules supplémentaires de tout prolongement du réseau réalisé aux termes de l'Annexe 38 était une possibilité dont RTG devait, par ses obligations contractuelles, tenir compte lors de la conception de l'installation d'entretien et de remisage. Il s'ensuit que les travaux d'agrandissement nécessaires pour exécuter un prolongement du réseau étaient prévus dans le cadre de l'AP de l'Étape 1. Il est aussi à prendre en compte que l'installation d'entretien et de remisage de Belfast a toujours été envisagée de manière à fournir un certain soutien au-delà des exigences de l'Étape 1. Le devis descriptif indique également que l'installation d'entretien et de remisage doit permettre :

**Toutes les fonctions nécessaires pour soutenir le réseau initial de TLR et plusieurs fonctions pour l'ensemble du réseau prévu (caractères italiques ajoutés)**<sup>5</sup>.

En ce qui a trait au contrôle ferroviaire et aux communications, RTG devait, conformément aux spécifications détaillées à l'Annexe 15-2, partie 4 de l'AP :

**fournir un système de commande des trains par télécommunications intégré à la portion du réseau en bordure de voie**<sup>6</sup>.

Encore une fois, le devis descriptif envisageait la possibilité d'un agrandissement et tenait compte des exigences en matière de contrôle ferroviaire qui devraient être intégrées à partir de l'Étape 1 :

**Le prolongement futur du réseau au-delà de ces stations dans des emprises ferroviaires partiellement séparées avec des passages à niveau nécessitera l'utilisation d'un système de protection automatique des trains dans ces secteurs seulement**<sup>7</sup>.

En ce qui concerne les communications, le devis descriptif indiquait que :

**Les systèmes de communications pour le TLRO fourniront un soutien essentiel et non essentiel aux activités quotidiennes et services d'urgence. Les systèmes de communications sont conçus pour être intégrés dans l'ensemble du réseau du TLRO [...] (caractères italiques ajoutés)**

Considérées dans leur ensemble, les dispositions de l'Annexe 38, les dispositions précises citées ci-dessus et la formulation de l'Annexe 15-2, partie 4 de l'AP appuient la position voulant que, si un prolongement ou un agrandissement du réseau est réalisé, il puisse inclure l'agrandissement de l'installation d'entretien et de remisage, de même que des dispositions relatives au contrôle ferroviaire et aux communications, afin de répondre aux besoins accrus du réseau, conformément aux exigences initiales.

#### (B) Matériel roulant additionnel

---

<sup>4</sup> Annexe 15-2 de l'AP, partie 6, article 1.2(a)(i)

<sup>5</sup> Annexe 15-2 de l'AP, partie 6, article 1.2(a)(ii)

<sup>6</sup> Annexe 15-2 de l'AP, partie 4, article 5.1(a)

<sup>7</sup> Annexe 15-2 de l'AP, partie 4, article 5.1(e)

En ce qui a trait au matériel roulant additionnel, dans la mesure où la Ville déciderait de réaliser un prolongement du réseau, cet aspect s'inscrit dans la portée de l'Annexe 38, puisque ces éléments sont nécessaires à tout prolongement et étaient inclus dans la portée de l'AP. Cependant, l'AP initial présentait également une disposition précise pour des véhicules supplémentaires devant être fournis par RTG en vertu de l'AP de l'Étape 1. L'Annexe 35 de l'AP établit trois options possibles pour la Ville : une option d'achat pouvant être exercée pendant sept ans à partir de la conclusion du contrat<sup>8</sup>; des achats négociés auprès de RTG<sup>9</sup>; et le droit de se procurer des véhicules supplémentaires en procédant à un appel d'offres, à un achat auprès d'un fournisseur unique ou à d'autres méthodes d'approvisionnement<sup>10</sup>.

Il est important de noter que, en vertu de l'article 29.7 de l'AP, les dispositions de l'Annexe 35 peuvent être exercées de manière indépendante de celles de l'Annexe 38, même si l'Annexe 38 prévoit également l'application de l'Annexe 35 dans le cadre du prolongement proposé du réseau.<sup>11</sup> Par conséquent, il était expressément envisagé à l'AP de l'Étape 1 que la Ville pouvait acquérir du matériel roulant additionnel de RTG, soit en exerçant son option d'achat, soit par des négociations avec le titulaire, RTG.

Les dispositions de l'Annexe 35 de l'AP précisent également que tout véhicule ainsi acheté pouvait être utilisé par la Ville pour tout prolongement. En vertu de l'option d'achat, il était prévu que :

Les véhicules additionnels achetés par la Ville en vertu de l'article 2.1(a) pourraient, à la discrétion de la Ville, être utilisés pour le réseau ou tout prolongement du réseau<sup>12</sup>.

Relativement à tout véhicule acheté par négociation, une clause identique était intégrée dans la partie 3 de l'Annexe 35<sup>13</sup>. En considérant cette clause avec les dispositions de l'Annexe 35, l'achat de matériel roulant additionnel envisagé dans le PE proposé peut par conséquent être considéré comme s'inscrivant dans la portée de l'AP de l'Étape 1.

- (ii) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services envisagés dans les modifications de l'AP de l'Étape 1 pour les services d'entretien de l'Étape 2 s'inscrivent dans la portée de l'AP et, par conséquent, peuvent être acquis auprès de RTG par le biais des modifications?

L'Annexe 15-3 de l'AP de l'Étape 1 définit comme suit les obligations de RTG relativement à l'entretien :

La Société responsable du projet aura le plein contrôle du réseau (sous réserve des droits et obligations de la Ville en vertu de l'Accord du projet) et la responsabilité de l'entretien du réseau pendant la durée du contrat d'entretien<sup>14</sup>.

Le réseau est défini comme suit :

[...] le réseau de train léger sur rail conçu, construit, fourni, mis à l'essai, mis en service et entretenu par la Société responsable du projet en vertu du présent Accord du projet [...]<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> Annexe 35 de l'AP, partie 2

<sup>9</sup> Annexe 35 de l'AP, partie 3

<sup>10</sup> Annexe 35 de l'AP, partie 4

<sup>11</sup> Annexe 38 de l'AP, article 2.3(a)

<sup>12</sup> Annexe 35 de l'AP, article 2.1(b)

<sup>13</sup> Annexe 35 de l'AP, section 3.1(b) : « (b) Les véhicules additionnels achetés par la Ville en vertu de l'article 2.1(a) pourraient, à la discrétion de la Ville, être utilisés pour le réseau ou tout prolongement du réseau. »

<sup>14</sup> Annexe 15-3 de l'AP, appendice A, article 1.2(a)

<sup>15</sup> Annexe 1 de l'AP, article 1.634

Lorsqu'un prolongement du réseau (dans le cadre de l'AP) est prévu, il élargit donc la signification du « réseau », de telle sorte que tout prolongement du réseau se conformant à l'Annexe 38 fera alors partie du « réseau ». Il est par conséquent possible pour la Ville et RTG de faire en sorte que l'élargissement correspondant des services d'entretien comprenne l'entretien du prolongement du réseau.

En outre, l'Annexe 38 contient une disposition explicite relative aux obligations d'entretien additionnelles soit sur une base autonome, soit dans le cadre d'un prolongement du réseau. L'article 2.1 de l'Annexe 38 du PE prévoit que:

La Ville pourra à sa discrétion décider de faire exécuter, par approvisionnement ou négociation, le cas échéant, les travaux de prolongement et les *services d'entretien relatifs au prolongement* en ce qui a trait à un prolongement du réseau par le biais de procédures d'approvisionnement ou de négociations regroupées ou séparées<sup>16</sup>. (caractères italiques ajoutés)

De même, l'article 2.2 de l'Annexe 38 permet expressément à la Ville de négocier avec RTG, si elle le décide, l'approvisionnement de services d'entretien additionnels de la même façon que pour un prolongement du réseau. À notre point de vue, considérant ces dispositions avec les points généraux discutés précédemment, l'élargissement de l'AP de manière à inclure les services d'entretien de l'Étape 2 était envisagé dans le processus d'approvisionnement de l'AP de l'Étape 1.

(iii) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services de soutien en matière d'approvisionnement s'inscrivent dans la portée de l'AP?

En vertu de l'Annexe 38, article III, RTG est tenu de coopérer avec la Ville et avec tout autre promoteur prenant part à un prolongement du réseau. Ainsi, RTG est dans l'obligation de « fournir à la Ville une telle assistance à la demande de la Ville, de manière raisonnable »<sup>17</sup>. Plus précisément, cette obligation comprend son assistance pour :

élaborer des devis techniques en ce qui concerne les travaux de prolongement ou les services d'entretien relatifs au prolongement et l'évaluation des concepts proposés par les promoteurs éventuels effectuant le prolongement afin d'assurer leur compatibilité avec les installations en place, les infrastructures électriques et mécaniques, l'installation d'entretien et de remisage, les véhicules et tous véhicules additionnels déjà fournis, et tous autres éléments précisés par la Ville<sup>18</sup>;

et :

conseiller la Ville sur des modifications potentielles des travaux de prolongement ou des services d'entretien relatifs au prolongement, s'il y a lieu, qui pourraient entraîner des économies ou d'autres avantages pour la Ville<sup>19</sup>.

Il est également prévu que la Ville paiera à RTG des frais raisonnables de consultation pour son assistance<sup>20</sup>. Il est par conséquent prévu que, dans l'éventualité où la Ville déciderait de s'approvisionner auprès d'un autre promoteur pour tout élément d'un prolongement de système, RTG est tenu de lui fournir l'assistance nécessaire permettant l'exécution d'un tel processus d'approvisionnement.

---

<sup>16</sup> Annexe 38 de l'AP, article 2.1(c)

<sup>17</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(a)

<sup>18</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(a)(i)

<sup>19</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(a)(iii)

<sup>20</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(b)

De plus, bien que cela ne relève pas vraiment de l'offre de services de soutien en matière d'approvisionnement pour l'Étape 2 dont il est ici question, l'AP exige que RTG fournisse des services analogues en vertu de l'Annexe 35, dans l'éventualité où la Ville déciderait de s'approvisionner auprès d'un tiers pour des véhicules supplémentaires.

Par conséquent, il était prévu à l'AP de l'Étape 1 et par les parties ayant pris part au processus d'approvisionnement initial que, dans l'éventualité d'un prolongement du réseau, RTG pouvait être retenue pour fournir les services de soutien en matière d'approvisionnement pour une partie ou l'ensemble des éléments du prolongement faisant l'objet d'un appel d'offres.

(iv) Quelles sont les modalités de l'AP démontrant que les services d'interface envisagés dans le PE proposé s'inscrivent dans la portée de l'AP?

L'accord relatif aux services d'interface de l'Étape 2 sera en grande partie fondé sur l'entente de services d'interface de l'Étape 1, avec certaines modifications nécessaires pour donner effet à l'intention générale du PE proposé.

L'Annexe 38 de l'AP de l'Étape 1 prévoit le développement d'un protocole d'interface entre la Ville, RTG et le promoteur qui réalise tout élément d'un prolongement du réseau. Dans le cadre de ses obligations d'assistance à tout élément d'un prolongement du réseau qui est fourni par un autre promoteur, RTG doit aider à « l'élaboration d'un protocole d'interface entre la Ville, la Société responsable du projet et le promoteur responsable du prolongement. »<sup>21</sup>. L'Annexe 38 stipule ensuite ce qui suit :

Dès qu'il sera possible à la Société responsable du projet de le faire, après qu'elle ait été avisée par la Ville de la conclusion d'un accord contraignant avec un promoteur pour le prolongement du réseau, la Ville et la Société responsable du projet devront rencontrer le promoteur retenu pour le prolongement et, en toute bonne foi et de manière raisonnable, négocier et exécuter une entente d'interface et/ou une entente relative aux procédures de construction qui régira les questions relatives à la coordination des activités de la Société responsable du projet en ce qui concerne la portée du projet et les activités du promoteur responsable du prolongement en ce qui a trait aux travaux de prolongement ou aux services d'entretien relatifs au prolongement, s'il y a lieu...<sup>22</sup>

Par conséquent, la Ville a la possibilité d'avoir recours à RTG pour les services d'interface comme l'envisage le PE proposé, mais en plus, RTG est tenu d'élaborer une entente d'interface et d'aider la Ville, autant qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire, sous réserve de son droit contractuel de recevoir des frais de consultation raisonnables<sup>23</sup>. En outre, à notre avis, compte tenu du fait que les exigences d'interface sont essentielles à tout prolongement du réseau intégré, il peut en découler que, pour des considérations d'efficacité commerciale, la prestation de services d'interface fasse partie de l'AP. En tout état de cause, par conséquent, les services d'interface pour l'Étape 2 étaient prévus dans l'AP de l'Étape 1.

(b) **Quels autres droits et obligations de la Ville touchent sa capacité à se procurer les services directement auprès de RTG?**

Comme discuté précédemment à la section (a), la portée élargie et les travaux de RTG inclus dans le PE proposé étaient considérés comme faisant partie de l'approvisionnement de la DDP et la capacité d'élargir la portée des travaux de RTG était précisée dans l'AP. Cela répond parfaitement à la préoccupation principale, en vertu de la législation en matière d'approvisionnement, selon laquelle les modifications proposées dans le cadre

<sup>21</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(a)(iv)

<sup>22</sup> Annexe 38 de l'AP, article 3.1(c)

<sup>23</sup> Voir l'Annexe 38 PA, section 3.1(b)

du PE proposé constitueraient une attribution de contrats à fournisseur unique inadmissible. Dans les prochaines sections, nous avons également abordé d'autres arguments dont pourrait se prévaloir la Ville advenant une contestation juridique du PE proposé.

(i) Common law

Advenant que le PE proposé soit contesté en vertu de la common law sous prétexte qu'il constitue un contrat à fournisseur unique inadmissible, le meilleur argument à faire valoir par la Ville est qu'il n'existe pas de règle en common law obligeant une instance publique à avoir recours à un appel d'offres concurrentiel.<sup>24</sup> Jusqu'au lancement d'un appel d'offres, règle générale, rien n'oblige à traiter équitablement les soumissionnaires éventuels. Traditionnellement, les tribunaux ont été réticents à accorder aux plaignants la qualité pour présenter une réclamation contestant un marché à fournisseur unique. Certaines provinces ont adopté des lois en matière d'approvisionnement qui lient les municipalités<sup>25</sup>, mais ce n'est pas le cas en Ontario. Plutôt, la *Loi de 2001 sur les municipalités* exige simplement de la Ville qu'elle se dote de règlements municipaux sur l'approvisionnement, mais elle ne prévoit pas de procédure de plainte à laquelle pourrait possiblement avoir recours un soumissionnaire frustré.<sup>26</sup> En ce qui concerne des questions d'approvisionnement, la *Loi de 2001 sur les municipalités* ne prévoit pas d'autres obligations pour la Ville, dont le non-respect pourrait constituer le fondement d'une poursuite.

Lorsqu'une instance publique comme la Ville adopte des règles d'approvisionnement internes, comme un règlement municipal sur les achats, on pourrait faire valoir que l'instance est assujettie aux règles qu'elle s'est fixées elle-même.<sup>27</sup> Toutefois, lorsqu'une loi ne fixe pas de critères obligatoires et laisse à la municipalité la discrétion de déterminer le contenu des règles alors, à moins de mauvaise foi, une violation technique de ces règles n'aura pas pour effet d'invalidier la décision de la municipalité.<sup>28</sup> Dans une décision récente de la Cour supérieure de l'Ontario (décision validée par la Cour d'appel de l'Ontario), il a été établi que le défaut technique de respecter le Règlement sur les achats de la Ville n'invalidait pas la décision de la Ville d'entreprendre un projet sans appel d'offres, pourvu qu'il soit déterminé que la Ville agit de bonne foi.<sup>29</sup>

Comme mentionné précédemment, pour tous les prolongements ou pour les travaux additionnels proposés compris dans la portée de l'AP, l'obligation de lancer un appel d'offres (ou une autre procédure) ne se pose pas. Les obligations à cet égard ont déjà été respectées dans la DDP de l'Étape 1. Même s'il est convenu qu'une partie des travaux additionnels proposés dépasse la portée de l'AP, la Ville peut faire valoir qu'elle a la discrétion, en vertu de la common law, de décider de la meilleure façon d'acquiescer ces services additionnels. En common law, elle n'a aucune obligation d'équité envers des soumissionnaires éventuels de l'Étape 2, à moins de lancer un appel d'offres et alors son obligation d'équité se limitera aux seuls éléments inclus dans l'appel d'offres.

---

<sup>24</sup> *Kamloops Office Systems Ltd. v Board of School Trustees of School District No. 73*, 34 BLR (3d) 129, 2003 BCSC 619, para 61; *Friends of Lansdowne Inc. v Ottawa (City)*, 107 OR (3d) 104, 2011 ONSC 4402.

<sup>25</sup> cf. à titre d'exemple la loi sur les appels d'offres dans le secteur public de Terre-Neuve et Labrador [*Public Tender Act*, RSNL 1990, c P-45] commentée dans *Exploits Valley Air Services v. Board of Governors of College of the North Atlantic*, 2005 NLTD 33

<sup>26</sup> *Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, chap. 25, art. 270(1)(3). En outre, le gouvernement de l'Ontario a produit un *Guide sur l'élaboration de règlements municipaux en matière d'approvisionnement* <http://govdocs.ourdigitalworld.org/node/19454>.

<sup>27</sup> *Friends of Lansdowne Inc. v Ottawa (City)*, 2012 ONCA 273, [2012] O.J. No. 1860, 110 O.R. (3d) 1 - Le Règlement sur les achats de la Ville a fait l'objet d'un examen et la cour s'est penchée sur la question de savoir si la Ville avait respecté les règles d'approvisionnement qu'elle s'était fixées elle-même. cf. Canada (Procureur général) c. Ripiscan Systems, Inc. 2015 C.A.F. 96 concernant le défaut de l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien d'avoir suivi ses propres procédures contractuelles édictées en vertu de la *Loi sur l'ACSTA* et de ne pas avoir fourni de raisons justifiant le recours à une autre procédure.

<sup>28</sup> *Blyth v. Northumberland (County)* (1990), 75 O.R. (2d) 576, 1990 CanLII 6752

<sup>29</sup> *Friends of Lansdowne Inc. v. Ottawa (City)* [2012] O.J. No. 1860, 110 O.R. (3d) 1 §96, confirmée en appel en 2012, Cour d'appel de l'Ontario 273. Dans la cause *Friends of Lansdowne*, la décision d'approvisionnement contestée a été prise en vertu d'un autre règlement municipal, mais le même raisonnement devrait s'appliquer lorsqu'une décision est prise par d'autres moyens, notamment par résolution du Conseil.

(ii) Règlement municipal sur les achats

En vertu du Règlement municipal sur les achats, la Ville peut faire des acquisitions non concurrentielles (c.-à-d. acheter d'un fournisseur unique) dans les situations suivantes :

22. ACQUISITIONS NON CONCURRENTIELLES

(1) Le directeur concerné et la Gestion des approvisionnements peuvent de concert déroger à l'exigence d'appels d'offres concurrentielles pour l'acquisition de biens, de services et de travaux de construction et procéder à des négociations si :

[...] (c) une seule source d'approvisionnement est acceptable et rentable;

(d) la concurrence est absente pour des raisons techniques ou autres et les biens, les services ou les travaux de construction ne peuvent être fournis que par un fournisseur précis sans autre solution de rechange;

(e) la nature du besoin est telle qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de faire un appel d'offres, par exemple, pour des motifs de sécurité ou de confidentialité;

(g) la possibilité d'un marché subséquent était désignée dans l'appel d'offres original. [...]

(A) Marchés subséquents

Une des exceptions relatives à des projets à fournisseur unique considérées dans le Règlement municipal sur les achats est lorsque « l'appel d'offres initial indiquait la possibilité de marchés subséquents ». <sup>30</sup> Le Règlement municipal sur les achats oblige la Ville à inclure dans l'appel d'offres initial une disposition relative aux marchés subséquents lorsqu'il « est raisonnable de prévoir [...] qu'il sera nécessaire d'octroyer un marché subséquent pour acquérir des biens ou des services auprès du fournisseur retenu ». <sup>31</sup> La définition de « marché subséquent » dans l'article 3 du Règlement municipal sur les achats se lit comme suit : « Les situations où la Ville, dans le marché initial ou le document de demande d'offres, a fait part de la possibilité que des phases subséquentes d'un projet soient confiées au fournisseur de services ayant obtenu le marché. Les frais concernant un marché subséquent sont fixés suivant les mêmes tarifs unitaires ou journaliers que ceux qui figurent dans l'offre ou le marché initiaux ».

Comme mentionné précédemment, l'AP prévoit explicitement des modifications et des prolongements du réseau au cours de sa durée de vie (c.-à-d. jusqu'à 30 ans<sup>32</sup>) en fonction d'une entente négociée fondée sur les tarifs contractuels. Cela étant, on peut faire valoir qu'au sens du Règlement municipal sur les achats, un marché subséquent était envisagé dans l'AP de l'Étape 1 et prévu explicitement dans les annexes 22, 35 et 38.

---

<sup>30</sup> Règlement municipal sur les achats, art. 22(1)(g).

<sup>31</sup> Règlement municipal sur les achats, art. 24(1) .

<sup>32</sup> cf. AP, annexe 38, 2.1(a) et annexe 1.

On pourrait opposer aux arguments de la Ville que la portée élargie de l'AP avec RTG n'est pas à proprement parler un marché subséquent, car cette exception s'applique uniquement à l'achèvement d'un contrat. Or, l'AP prendra fin seulement à son échéance ou si elle est résiliée par les parties.<sup>33</sup> Toutefois, cet argument tourne en rond : si les travaux de l'Étape 1 sont terminés uniquement lorsque l'AP prend fin, alors tous les travaux pour prolonger ou améliorer le réseau s'inscrivent par définition dans la portée de l'AP. Si les travaux de l'Étape 2 ne s'inscrivent pas dans la portée de l'AP de l'Étape 1, et bien l'AP de l'Étape 1 par définition a pris fin eu égard à ces travaux. Une interprétation téléologique de l'article 24 indiquerait que les travaux de l'Étape 2, s'ils ne s'inscrivent pas dans la portée de l'AP de l'Étape 1, sont un marché subséquent dans le sens que la partie discrète du projet global (Étape 1) qui a précédé l'Étape 2 a pris fin.

(B) Autres recours à fournisseur unique permis

On peut dans ce cas-ci invoquer les motifs définis aux paragraphes (c) à (e) de l'article 1 du Règlement municipal sur les achats. Premièrement, si l'attribution des travaux de prolongement de l'Étape 2 à une autre entité avait pour effet d'augmenter considérablement les coûts, alors il apparaît que le motif (c) « une seule source d'approvisionnement est acceptable et rentable » s'appliquerait. Le but ultime de l'approvisionnement demeure en fin de compte d'obtenir pleine valeur pour les contribuables.

Dans le cas qui nous concerne, compte tenu du niveau d'interrelations entre le TLR actuel et les prolongements de la Ligne de la Confédération de l'Étape 2, la puissance de l'argument voulant que la seule solution rentable soit que RTG fournisse les services en vertu du PE proposé est indéniable. Plus précisément, le PE proposé fournit à la Ville les économies de coûts suivantes, pour ne nommer que celles-ci :

- la capacité d'agrandir l'installation d'entretien et de remisage de Belfast plutôt qu'un nouveau promoteur construise son installation d'entretien et de remisage pour ses propres véhicules aux deux extrémités de la Ligne de la Confédération;
- la capacité d'acquérir en utilisant l'actuelle entente avec le fournisseur de matériel roulant des véhicules légers sur rail compatibles avec les exigences techniques de la Ligne de la Confédération;
- la capacité d'acquérir des systèmes de communications et de contrôle ferroviaire compatibles avec le réseau en place;
- l'entretien de la Ligne de la Confédération assuré en entier par un seul et même fournisseur.

Deuxièmement, comme l'ont démontré les consultations du marché menées par la Ville (voir plus loin), à cette étape du projet, une DDP pour l'Étape 2 en entier ne générerait pas de concurrence en raison des avantages perçus dont jouit RTG. Ou bien RTG est exclu de tout appel d'offres, ce qui pourrait engendrer une hausse de coûts, ou bien l'appel d'offres est restreint à des volets particuliers, sans quoi beaucoup de joueurs importants décideront de ne pas soumissionner. Selon nous, ce facteur serait suffisant à lui seul pour invoquer le motif (d).<sup>34</sup>

Troisièmement, en ce qui concerne le motif (e), nous constatons que les deux exemples fournis en matière de sécurité et de confidentialité ne sont pas exhaustifs. Par conséquent, lorsque la Ville juge raisonnable que « la nature du besoin est telle qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de faire un appel d'offres », elle devrait pouvoir

---

<sup>33</sup> Règlement municipal sur les achats, art. 24(1) .

<sup>34</sup> Dans la cause *Friends of Lansdowne*, un des motifs invoqués par le juge pour rejeter la plainte était que l'exemption relative à un fournisseur unique de l'article 22(1)(d) du Règlement municipal sur les achats s'appliquait et cela, dans des circonstances où les questions techniques étaient beaucoup moins complexes que dans ce cas-ci. cf. 2011 ONSC 4402 §94.

s'appuyer sur ce motif discrétionnaire pour avoir recours à un fournisseur unique. En adoptant une vue d'ensemble des divers facteurs décrits précédemment, notamment la question des coûts et les consultations du marché, et en considérant l'étape où en sont les négociations avec RTG et la nécessité de faire avancer le projet, on peut soutenir qu'il n'est pas dans l'intérêt public à cette étape-ci de lancer un appel d'offres concurrentiel pour le mandat élargi de RTG couvert par le PE proposé.

(iii) La bonne foi

Comme mentionné précédemment, nonobstant l'obligation aux termes de l'article 270 de la *Loi de 2001 sur les municipalités* en vertu de laquelle les municipalités sont tenues « d'adopter et de mettre en œuvre » des politiques eu égard à l'approvisionnement en biens et en services, les tribunaux de l'Ontario ont indiqué que la Ville peut déroger de son Règlement sur les achats si elle agit de bonne foi.<sup>35</sup> Selon notre point de vue, un argument similaire pourra être utilisé par la Ville en cas de contestation, car il existe des arguments convaincants voulant que le PE proposé n'ait pas été conclu ou ne sera pas conclu de mauvaise foi :

- premièrement, le fardeau de la preuve de mauvaise foi reviendrait au plaignant ou au demandeur, ce qui ne serait pas simple à faire; nous ne sommes pas au courant de faits qui démontreraient la mauvaise foi de la Ville dans ce dossier;
- deuxièmement, cette situation ne surviendra que si notre analyse de la portée de l'AP et des obligations en vertu de la common law et notre compréhension des dispositions relatives aux acquisitions à fournisseur unique du Règlement municipal sur les achats sont erronées;
- troisièmement, la Ville, pour faire la preuve de sa bonne foi, pourrait faire valoir : (1) qu'elle s'est raisonnablement fiée aux dispositions de l'AP et aux dispositions relatives aux acquisitions à fournisseur unique du Règlement municipal sur les achats; et (ii) qu'elle s'est raisonnablement fiée à des conseils juridiques confirmant qu'elle pouvait procéder selon les modalités décrites dans le PE proposé.

(iv) L'Accord sur le commerce intérieur

L'annexe 502.4 du chapitre 5 de l'Accord sur le commerce intérieur (**ACI**) s'applique aux municipalités et, de façon globale, à l'approvisionnement du projet du TLR.

Premièrement, le PE proposé se conforme en général aux exigences de l'ACI. Les principales exigences de l'Annexe 502.4 relativement aux appels d'offres se retrouvent aux paragraphes 1 et 5 de la partie G de l'annexe.

1. Les approvisionnements visés par la présente annexe sont assujettis à un processus d'appel d'offres.

[...]

5. Les entités visées par la présente annexe doivent veiller à ce que leurs besoins, au Canada, pour des produits, des services et des travaux de construction soient comblés en utilisant une procédure d'acquisition équitable qui vise l'atteinte du degré le plus élevé de concurrence, d'efficacité et d'efficacité tout en étant conforme aux articles D (Non-discrimination) et E (Transparence) de cette Annexe.

---

<sup>35</sup> *Friends of Lansdowne Inc. v. Ottawa (City)*, 2011 ONSC 4402, (2011) 107 O.R. (3d) 104, §96 confirmé en appel en 2012, ONCA 273, [2012] O.J. No. 1860, §§77 – 87

Comme mentionné précédemment, les travaux couverts par le PE proposé sont un élargissement autorisé du contrat actuel et ils s'inscrivent dans la portée des biens et services fournis en vertu du contrat initial de l'Étape 1. Par conséquent, ils constituent un élargissement autorisé d'un approvisionnement qui a fait l'objet d'un appel d'offres équitable et concurrentiel (DDP de l'Étape 1), conformément aux paragraphes 1 et 5 de la partie G de l'Annexe 502.4.

Deuxièmement, dans la mesure où un plaignant voudrait invoquer l'ACI, la Ville pourrait également faire valoir que les exceptions relatives aux fournisseurs uniques décrites dans l'ACI s'appliquent. Les dispositions pertinentes à cet égard se trouvent à l'Annexe 502.4, appendice D et comprennent notamment :

- b) lorsque, pour des raisons d'ordre technique, il y a absence de concurrence et que les produits ou services ne peuvent être fournis que par un fournisseur donné et qu'il n'existe pas de solution de rechange ou encore de produits ou services de remplacement; [...]

Cette exception est analogue au motif (d) que prévoit l'exception du fournisseur unique dans le Règlement sur les achats. Pour les raisons susmentionnées, nous estimons que la Ville pourrait également recourir à cette disposition.

Troisièmement, et surtout, les dispositions de recours prévues dans l'ACI sont généralement jugées inefficaces et n'offrent aucun remède avantageux sur le plan pratique. Les mesures correctrices énoncées dans la partie M de l'Annexe 502.4 ne permettent aux fournisseurs de bénéficier d'aucun recours direct. Si une entité fait l'objet de plaintes récurrentes, seul le gouvernement provincial (et non le fournisseur) peut en « informer la province d'où provient l'entité ». Ce mécanisme vise avant tout à ce que [les provinces], « de concert avec les fournisseurs et les entités, s'efforcent de résoudre la ou les plaintes de manière satisfaisante ». S'il est possible de nommer un groupe d'experts formé de trois personnes, ce droit a rarement été invoqué, s'il l'a jamais été, à l'égard d'une entité municipale. Le dernier recours n'est pas dirigé contre la municipalité, mais contre le gouvernement provincial. Il y a lieu de noter que le paragraphe 7 de la partie M de l'Annexe 502.4 indique clairement qu'en vertu de l'ACI, aucune plainte ne peut avoir d'incidence sur le moment de l'attribution d'un contrat : « Le règlement des différends ne doit pas retarder l'attribution d'un marché public par une entité visée par la présente annexe. »

Enfin, la capacité de recourir à ce mécanisme de règlement des différends limité est réservée aux fournisseurs canadiens tels que définis à l'article 518 de l'ACI. En effet, un fournisseur étranger ne peut revendiquer de droits au titre de l'ACI, car il s'agit d'un accord à portée nationale.

- (c) Quelles mesures la Ville a-t-elle prises pour s'assurer que les modifications apportées à l'Étape 1 sont conformes aux objectifs généraux des politiques d'approvisionnement municipales, à savoir, qu'elles sont équitables pour les fournisseurs et offrent une valeur maximale aux contribuables?

- (i) Consultations sur le marché

Du 14 au 16 novembre 2016, la Ville et Infrastructure Ontario, ainsi que différents conseillers municipaux concernés par l'Étape 2 du projet ont mené des consultations sur le marché auprès de partenaires potentiels du partenariat public-privé (PPP) à propos des options pour l'Étape 2 du projet (**consultations sur le marché**). L'objectif était d'engager des séances interactives confidentielles avec ces partenaires potentiels afin de savoir ce qu'ils pensaient des options envisagées par la Ville, des structures d'un éventuel contrat de PPP et de saisir l'incidence que les différentes options de prestation d'un PPP peuvent avoir sur la capacité du marché et l'intérêt manifesté pour le projet. Les consultations sur le marché visaient à solliciter leur avis sur des sujets clés tels que la portée du projet, la structure des transactions et la répartition des risques.

Étant donné la nature unique de l'Étape 2 du projet, à savoir le prolongement de la Ligne de la Confédération, dont la construction est actuellement exécutée par le Rideau Transit Group (RTG), nous avons jugé approprié d'organiser des consultations sur le marché à un stade antérieur à celui où nous les tenons habituellement afin de présenter les options pour l'Étape 2 du projet et de recueillir les avis du marché au sujet de leurs répercussions.

Les consultations préliminaires sur le marché indiquaient que, à l'heure actuelle, plusieurs projets d'infrastructure à grande échelle sont en cours au Canada, ce qui pourrait entraîner des problèmes de capacité du marché, en particulier sur le plan des besoins en ressources pour les éléments propres au transport en commun, les spécialistes du transport en commun n'étant pas si nombreux au Canada. Elles traduisaient également la réticence générale des promoteurs à s'engager dans les approvisionnements de l'Étape 2, compte tenu de l'avantage dont le titulaire RTG bénéficiait à leurs yeux. La désignation d'une « société de CC » à titre d'approvisionnement séparé a donc été ajoutée au PE proposé afin d'en exclure RTG et ses membres et d'accroître ainsi le nombre de promoteurs prêts à présenter une soumission pour une partie substantielle des travaux exigés par le prolongement de la Ligne de la Confédération.

(ii) Prix fixes pour les modifications de l'AP de l'Étape 1

Pour pouvoir profiter des gains d'efficacité de l'AP de l'Étape 1 et des infrastructures connexes, la Ville négociera une ou plusieurs modifications de l'AP de l'Étape 1 pour des éléments du projet démontrant l'optimisation des ressources, y compris par rapport aux prix concurrentiels originaux de l'Étape 1 du projet. RTG devra fournir certains éléments de l'Étape 2 du projet de TLR sans tension compétitive, sur la base de prix fixes (établis et définis en vertu des principes à livre ouvert décrits plus haut), et de droits de vérification appropriés et raisonnables pour la Ville jusqu'à ce que cette dernière convienne de la modification pertinente de l'AP de l'Étape 1.

Les prix fixes ont été définis de façon à ce que RTG fasse preuve d'une transparence totale quant à la provenance et à l'utilisation de tous les fonds, coûts et sommes qu'il dépensera et de tous les profits et marges qu'il enregistrera en lien avec les travaux et les services qu'il fournira. L'établissement des prix à livre ouvert vient s'ajouter aux économies qui pourraient être réalisées en vertu du PE proposé cité à l'article 3.1(b)(ii)(B).

De plus, RTG a agi en toute transparence avec la Ville en ce qui a trait au prix concurrentiel original obtenu dans le cadre de l'AP de l'Étape 1 et à d'autres prix concurrentiels obtenus dans des projets de TLR similaires.

**3.2 Quelles mesures la Ville a-t-elle prises et entend-elle prendre afin de garantir un processus d'approvisionnement équitable pour le prolongement de la Ligne Trillium et de répondre aux préoccupations des soumissionnaires potentiels au sujet de l'éventuelle participation de RTG?**

Le PE proposé envisage que le contrat de prolongement de la Ligne Trillium soit attribué séparément et ne fasse pas partie des services fournis par RTG à ce titre. En particulier, les services d'approvisionnement assurés par RTG dans le cadre du PE proposé n'incluent pas les services associés à la Ligne Trillium ou à son prolongement. Le PE proposé ne vise pas à interdire à RTG de présenter une soumission pour le prolongement de tout tronçon de la Ligne Trillium. D'ailleurs, le prolongement de la Ligne Trillium ne figure pas dans la définition des travaux de la société de CC (pour lesquels RTG et ses sociétés membres ne peuvent pas soumissionner). La Ville précise également dans le PE proposé que ni elle, ni l'un de ses conseillers (y compris Infrastructure Ontario), ne déclareront RTG ou l'une de ses sociétés membres inapte à participer au projet de la Ligne Trillium.

La Ville prévoit dans le PE proposé une disposition l'obligeant à organiser tout projet de prolongement de la Ligne Trillium d'une manière qui évite tout conflit d'intérêts ou tout avantage injuste, réel ou perçu. Cette mesure comprend la divulgation, à tous les promoteurs potentiels, des renseignements que la Ville a communiqués à RTG et qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts ou à un avantage injuste. Le PE proposé confère également à la Ville le droit d'utiliser tout autre moyen ou mesure pour remédier à tout manque d'équité susceptible de découler de l'éventuelle participation de RTG à l'Étape 1 ou 2.

Comme décrit ci-dessous, la Ville peut prendre des mesures pour corriger tout conflit d'intérêts ou tout avantage injuste réel ou perçu résultant de la participation de RTG au processus de soumission pour le projet de prolongement de la Ligne Trillium.

(a) **Correction d'un avantage du titulaire**

Le fait que RTG soit au courant du processus de l'Étape 1, des caractéristiques techniques de la Ligne de la Confédération et de ses trains, de la géologie du terrain ainsi que des avantages liés à la main d'œuvre constitue un avantage « naturel » qui est généralement autorisé par la loi. RTG connaît également la Ville, ses procédures ainsi que des représentants de la Ville. Or, une familiarité entre les parties ou des connaissances spécialisées constituent un avantage qui n'est pas nécessairement injuste. Plus particulièrement, le Tribunal canadien du commerce extérieur (« **TCCE** ») a jugé :

« Bien que l'application de ce genre de critères d'évaluation puisse être entachée d'une certaine subjectivité, cela n'est pas interdit par l'ACI et, en fait, de l'avis du tribunal, le jugement professionnel est parfaitement normal et est même prévisible pour tout type de marché public. Reste la question de savoir si le titulaire jouit ou non d'un avantage injuste dans ce marché public ou d'autres marchés similaires. Le Tribunal estime qu'effectivement, le titulaire bénéficie peut-être d'un avantage en raison de l'expérience qu'il a acquise dans le cadre de ses contrats antérieurs, mais cela est, en soi, normal et n'est pas jugé être injuste. Le fait d'être un titulaire constitue parfois un inconvénient, un fournisseur risquant de s'enfermer dans un mode particulier de fonctionnement assorti des coûts connexes, ce qui l'empêche de réagir lorsqu'un nouveau fournisseur soumet à l'examen une approche novatrice.<sup>36</sup>

Par conséquent, la Ville n'est pas tenue « d'uniformiser les règles du jeu » et de remédier aux avantages naturels que RTG pourrait avoir acquis en ayant agi à titre de promoteur pour l'Étape 1 du TLR. C'est notamment le cas ici, puisque l'étendue de l'avantage du titulaire est loin d'être évidente pour RTG en tant que soumissionnaire potentiel pour le prolongement de la Ligne Trillium. RTG n'était pas le promoteur de la Ligne Trillium actuelle; or, les caractéristiques techniques de la Ligne de la Confédération présentent des différences importantes (liées, entre autres, au type de wagon, diesel c. énergie électrique, et aux écarts entre les spécifications des voies et de la signalisation). Toute expérience acquise dans la réalisation de l'Étape 1 du TLR ne donnera pas nécessairement un avantage pour soumissionner dans le cadre du prolongement de la Ligne Trillium.

(b) **Minimiser l'avantage sur le plan de l'information**

Si la Ville n'est peut-être pas tenue de prendre des mesures pour remédier à tout avantage conféré à RTG découlant simplement de l'exécution, par RTG, de l'Étape 1 du TLR (dans la mesure où un tel avantage existe), elle doit s'employer à éviter toute injustice résultant de tout autre type d'avantage que ses liens avec la Ville sont susceptibles de conférer à RTG.

Si la Ville n'est pas tenue « d'uniformiser les règles du jeu », elle doit faire attention à ce que ses discussions avec RTG en lien avec le PE proposé ne donnent à RTG aucun avantage sur le plan de l'information par rapport à d'autres promoteurs. Pour y remédier, elle doit s'assurer que toute information pertinente sur le prolongement de la Ligne Trillium communiquée à RTG au cours des discussions préliminaires visant le PE proposé le soit également à tous les autres soumissionnaires d'une procédure de DDP ou de DDQ.<sup>37</sup> Dans l'une de ses décisions les plus souvent citées, le TCCE stipule que :

---

<sup>36</sup> *Array Systems Computing Inc. (Re)*, dossier PR-95-024, 1996 CanLII 7881 (TCCE).

<sup>37</sup> *Envoy Relocation Services Inc. c. Canada (procureur général)*, 2013 ONSC 2034. Voir également *Bureau d'études stratégiques et techniques en économique c. Agence canadienne de développement international*, dossiers PR-2007-010 et PR-2007-012, 2007 CanLII

[...] tous les soumissionnaires ont le droit de recevoir tous les renseignements susceptibles d'atténuer l'avantage naturel dont bénéficie un titulaire à cet égard. Le Tribunal n'est pas convaincu que le Ministère a atteint cet objectif en l'occurrence. En réalité, le Tribunal croit que le titulaire disposait de certains renseignements qui n'ont pas été mis à la disposition des autres soumissionnaires. Lorsque des marchés publics concurrentiels se déroulent dans le domaine de la recherche et du développement, où les nouveaux développements sont déterminés par les progrès récents, il est essentiel que ceux-ci soient raisonnablement bien documentés et mis à la disposition de tous les fournisseurs éventuels.<sup>38</sup>

Dans ce cas, il reste à savoir si des renseignements pertinents pour le prolongement de la Ligne Trillium ont été échangés avec RTG. Les discussions concernaient principalement les projets de prolongement de la Ligne de la Confédération et s'inscrivaient dans le cadre des annexes 22 (Procédure concernant les modifications) et 38 (Prolongation et phases supplémentaires).

Dans la mesure où il y a eu communication d'informations pertinentes, la Ville pourra l'inclure dans la DDP visant le prolongement de la Ligne Trillium. Avant de discuter du prolongement de l'Étape 1 avec RTG, les parties ont convenu que toute information que la Ville partagerait avec RTG pouvait être communiquée à tout soumissionnaire dans le cadre du processus d'approvisionnement de l'Étape 2. RTG s'est non seulement dit d'accord, mais a aussi insisté sur une disposition en vertu de laquelle la Ville accepte :

« dans la mesure du possible et dans les limites de ses compétences, d'organiser toute procédure d'approvisionnement public de l'Étape 2 d'une manière visant à corriger tout conflit d'intérêts ou avantage injuste, réel ou perçu, notamment en divulguant à d'autres promoteurs toute information, y compris des renseignements confidentiels, que la Ville a divulguée à RTG ou à l'une de ses parties et qui pourrait entraîner un conflit d'intérêts ou un avantage injuste au moment de répondre au processus d'approvisionnement public de l'Étape 2 ou à prendre toute autre mesure lorsque les circonstances le permettent. »

Nous croyons comprendre que la Ville tient également un registre de toute l'information qu'elle a communiquée à RTG dans le cadre de ses discussions. Cette mesure permettra d'identifier facilement toute information pertinente pour le prolongement de la Ligne Trillium qui a été transmise dans le cadre du processus de négociation du PE et qui doit être incluse dans la DDP visant le prolongement de la Ligne Trillium.

(c) **Autres mesures**

Étant donné que RTG a récemment noué et continue de nouer des relations de travail étroites avec la Ville, pour éviter tout sentiment d'injustice,<sup>39</sup> la Ville doit inviter une équipe indépendante et impartiale à évaluer toutes les demandes reçues dans le cadre de la procédure de DDP pour le prolongement de la Ligne Trillium.<sup>40</sup> Autrement dit, les employés et les experts-conseils de la Ville participant aux discussions sur le PE menées avec RTG ne doivent pas également évaluer les soumissions reçues dans le cadre de la DDP. Les personnes composant l'équipe chargée de l'évaluation ne doivent pas avoir entretenu d'importants rapports avec RTG au cours de l'Étape 1 du contrat. Nous suggérons également à la Ville d'insister auprès de RTG pour que l'équipe chargée de produire une soumission pour le prolongement de la Ligne Trillium soit irréprochable, autrement dit, que les personnes qui la composent n'aient participé ni aux discussions sur le PE, ni à l'exécution de l'Étape 1 du TLR.

---

55898 (TCCE), où l'adjudicataire « a eu en sa possession des renseignements qui n'étaient pas à la disposition [...] des autres soumissionnaires. »

<sup>38</sup> *Tactical Technologies Inc. (Re)*, dossier PR-97-037, 1998 CanLII 14546 (TCCE).

<sup>39</sup> *Bureau d'études stratégiques et techniques en économique c. Agence canadienne de développement international*, dossiers PR-2007-010 et PR-2007-012, 2007 CanLII 55898 (TCCE), où l'adjudicataire « avait des liens étroits et de longue date avec le service responsable » du projet.

<sup>40</sup> *Bureau d'études stratégiques et techniques en économique v Canada (Canadian International Development)*, dossiers PR-2007-010 et PR-2007-012, 2007 CanLII 55898 (TCCE), où le TCCE a estimé qu'un élément de partialité avait été le rôle clé qu'avait joué le responsable de l'évaluation, puisqu'il avait noué des relations antérieures avec l'adjudicataire et qu'il avait probablement influencé les autres évaluateurs.

En outre, la Ville doit faire attention à ne pas organiser la DDP pour le prolongement de la Ligne Trillium de telle sorte que les spécifications techniques ou financières qu'elle contient donnent l'impression de favoriser RTG. L'évaluation des soumissions doit également reposer sur des critères précis et établis et non sur des critères vagues et intangibles que seul RTG, en sa qualité de titulaire, peut déchiffrer.<sup>41</sup> RTG ne doit aucunement participer à l'élaboration de la DDP pour le prolongement de la Ligne Trillium. À cet égard, les services de soutien en matière d'approvisionnement envisagés dans le PE proposé ne doivent s'étendre en aucune manière au prolongement de la Ligne Trillium. Nous croyons comprendre que telle est bien l'intention des parties.

### **3.4 Le processus d'appel d'offres concurrentiel visant les travaux de la société de CC soulève-t-il des préoccupations d'ordre juridique liées à l'approvisionnement?**

Dans le cadre du PE proposé, RTG et ses membres accepteront de ne pas présenter de soumission pour les travaux de la société de CC, ce qui s'avère nécessaire. RTG se trouverait en situation de conflit d'intérêts manifeste s'il répondait à l'appel d'offres pour lequel il a fourni des services de soutien en matière d'approvisionnement et de gestion de l'interface et de la conception; en effet, ces deux services consistent à fournir de l'information sur l'élaboration de la DDP pour les travaux de la société de CC. Conformément à l'article 1.3 de la partie F de l'Annexe 3 (« Paramètres convenus »), les services de soutien en matière d'approvisionnement prévoient que RTG a été engagé pour « collaborer avec la Ville et l'aider dans le processus d'approvisionnement des travaux de la société de CC. » En outre, selon les travaux de gestion de l'interface et de la conception qui lui ont été confiés, RTG doit participer à la supervision de la conception et de la construction de certains éléments visés dans les travaux de la société de CC. L'entente par laquelle RTG et ses membres s'engagent à ne pas répondre à la DDP visant les travaux de la société de CC répond à cette crainte de conflit d'intérêts. Le PE proposé va encore plus loin et exclut non seulement RTG et ses sociétés membres, mais aussi tout autre sous-traitant travaillant avec RTG dans le cadre des services de soutien en matière d'approvisionnement et des services d'interface, puisque ces derniers risquent également d'exercer une influence sur la préparation de la DDP pour les travaux de la société de CC.

À l'instar de tous les approvisionnements, la Ville doit éviter d'organiser la DDP pour les travaux de la société de CC de telle sorte que les spécifications techniques ou financières qu'elle contient donnent l'impression de favoriser un promoteur particulier. L'évaluation des soumissions doit également reposer sur des critères précis et établis et non sur des critères vagues et intangibles.

---

<sup>41</sup> Bien que la Ville ne puisse accorder aucun avantage concurrentiel que ce soit au titulaire, elle peut décider de se procurer des services selon la combinaison de son choix même si cela a pour effet d'exclure certains fournisseurs. Voir *Daigen Communications (Re)*, dossier PR-2011-021, 2011 CanLII 93790 (CITT), para. 16-17.