

## **Article vedette: Juin 2008**

**3051226 CANADA INC. c. AÉROPORT DE MONTRÉAL**  
**NO : 500-09-017260-068**  
**17 avril 2008**

**© Dominique Zaurrini**  
**Zaurrini & Associates**

(English translation follows below)

**Full-text:** <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2008/2008qcca722/2008qcca722.html>

### **COUR D'APPEL**

### **R É S U M É**

#### **OCTROI ILLÉGAL D'UN CONTRAT D'ENTRETIEN MÉNAGER**

Dans cette affaire, la Cour d'appel casse le jugement de première instance et statue qu'en permettant à l'adjudicataire du contrat, Service d'entretien Advance (« Advance »), de remplacer le cautionnement d'exécution du contrat après la date limite du dépôt de la soumission, l'Intimée en l'instance, Aéroport de Montréal, permet une modification de soumission après la date limite, accordant ainsi à l'adjudicataire Advance, un avantage par rapport aux autres soumissionnaires sur le projet. Ce faisant, Aéroport de Montréal, a brisé l'équilibre entre les soumissionnaires.

En matière d'appels d'offres, l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires en est une essentielle et en l'espèce, l'Appelante, 3051226 Canada inc. (« Genesis »), a fait la preuve que si elle avait eu, comme l'adjudicataire du contrat Advance, l'occasion de remplacer sa garantie d'exécution pour la rendre conforme aux exigences spécifiées dans les documents d'appels d'offres, le contrat lui aurait été octroyé.

Les juges de la Cour d'appel, les Honorables Louise Otis, François Pelletier et Marie-France Bich, adressent les questions suivantes :

- Le juge de première instance a-t-il erré en décidant qu'Aéroport de Montréal pouvait permettre à l'adjudicataire du contrat de modifier sa soumission après la date limite de présentation et ce, sans offrir la même opportunité aux autres soumissionnaires;
- Le juge de première instance a-t-il erré en statuant que la clause de réserve et la clause d'exonération contenues dans les instructions aux soumissionnaires faisaient échec à la procédure introductive d'instance;
- Finalement, le juge de première instance a-t-il erré en fixant arbitrairement les dommages à une somme de 400 000\$.

#### **LES FAITS SONT LES SUIVANTS :**

- En 2001, Aéroport de Montréal dépose un appel d'offres relatif à un contrat d'entretien ménager d'une durée de trois ans, commençant le 1<sup>er</sup> septembre 2001.
- L'appel d'offres incluant les instructions aux soumissionnaires, le devis technique, ainsi que les formulaires est publié les 5 et 9 mai 2001 et la date limite de présentation des soumissions est le 5 juin 2001, à 15h00.

- Afin d'informer les éventuels soumissionnaires des exigences, Aéroport de Montréal prévoit une rencontre obligatoire, incluant une visite des lieux.
- Lors de cette rencontre, on insiste auprès des soumissionnaires sur l'importance de la garantie d'exécution de contrat et on y précise de plus que la garantie doit couvrir toute la durée du contrat, soit une période de trois ans.
- L'article 21 des instructions aux soumissionnaires prévoit que la garantie d'exécution de contrat doit accompagner la soumission et que son absence peut entraîner son « rejet automatique », à la discrétion d'Aéroport de Montréal.
- Il est également prévu à l'article 17 des mêmes documents qu'aucune soumission déposée ne pourra être retirée ou modifiée après la date et l'heure limite prévues à l'appel d'offres et que la soumission déposée demeurera en vigueur pour une durée de soixante jours pendant lesquels Aéroport de Montréal pourra l'accepter ou la rejeter.
- L'article 18 prévoit qu'Aéroport de Montréal n'acceptera pas nécessairement la plus basse ni aucune des soumissions et qu'elle aura entière discrétion pour évaluer et accepter une soumission.
- L'article 19 des instructions aux soumissionnaires prévoit qu'aucun de ceux-ci, qu'il soit ou non le plus bas soumissionnaire, n'aura de recours contre Aéroport de Montréal pour ne pas avoir été choisi comme adjudicataire du contrat et qu'aucun soumissionnaire n'aura le droit de requérir de l'Aéroport de Montréal qu'elle justifie le rejet de sa soumission.
- En dernier lieu, il est également prévu à l'article 23 des instructions au soumissionnaire, ainsi qu'à l'article 10 du spécimen de contrat de service que le soumissionnaire adjudicataire devra fournir un cautionnement d'exécution et un cautionnement de paiement de main-d'œuvre et matériaux, chacun équivalant à 20% du montant du contrat et ce, pour la durée totale du contrat de trois ans.
- L'appelante Genesis, fournit les cautionnements demandés, mais pour une période d'un an seulement, les deux autres années devant faire l'objet d'un renouvellement au bon vouloir de la caution. Genesis n'a cependant pas été informée de cette modalité par sa compagnie de caution. Advance, l'adjudicataire du contrat, produit également avec sa soumission le même genre de cautionnement, c'est-à-dire un cautionnement valable pour un an seulement et renouvelable au bon vouloir de la caution.
- Ainsi, avec sa soumission, Advance joint une lettre à Aéroport de Montréal, lui indiquant que puisqu'elle venait tout juste de constater que le cautionnement n'était valide que pour une période d'un an, il lui était impossible de remédier à la situation le même jour et qu'en conséquence, sur demande, elle verrait à rectifier la durée du cautionnement.
- À l'ouverture des soumissions, le 5 juin 2001, Genesis est en avance sur ADVANCE, relativement au prix de sa soumission. Trois jours plus tard, un représentant d'Advance se rend aux bureaux d'Aéroport de Montréal et remet à qui de droit une enveloppe contenant une nouvelle garantie destinée à remplacer celle qui avait été produite au soutien de sa soumission. Ce document est annexé à la soumission d'Advance en remplacement de la garantie originale d'un an.
- Aucun autre soumissionnaire et plus particulièrement l'appelante Genesis ne sera informé de ce fait et ne se verra offrir de remplacer ou de bonifier sa garantie.
- En conséquence, le comité d'évaluation de Aéroport de Montréal recommande donc l'octroi du contrat à Advance et cette recommandation est approuvée par le conseil d'administration de l'appelante.
- Il appert que si l'appelante avait été en mesure de rectifier sa garantie, elle se serait classée, aux termes de l'évaluation mise en place par Aéroport de Montréal, première soumissionnaire.

- L'appelante poursuit donc Aéroport de Montréal invoquant que celle-ci n'a pas agi équitablement envers tous les soumissionnaires en ayant permis à l'adjudicataire du contrat Advance, de modifier sa soumission après la date limite de présentation, sans en informer les autres soumissionnaires.

## LE DROIT

- Le juge de première instance a décidé qu'Advance n'avait pas modifié sa soumission puisqu'elle avait déjà annoncé, dans une lettre à Aéroport de Montréal, son intention de fournir une nouvelle garantie de trois ans.
- Sur cette question, les juges de la Cour d'appel décident que le raisonnement juridique du juge de première instance ne peut survivre à l'analyse puisque la lettre d'Advance, accompagnant sa soumission, ne peut en aucun cas constituer un engagement émanant d'une compagnie de caution ne s'agissant en fait que d'une manifestation unilatérale de la volonté du soumissionnaire adjudicataire de déposer une garantie conforme. Au soutien de leur décision, les juges de la Cour d'appel soulignent que les documents d'appels d'offres sont clairs quant au caractère impératif des délais fixés pour la présentation des soumissions, alors qu'il y était clairement prévu que les soumissions reçues après la date et l'heure limite prescrites ne seraient pas retenues et ce, quelle que soit la raison du retard et qu'au surplus, il y est prévu qu'aucune soumission ne peut être modifiée après la date et l'heure limite fixées.
- Après avoir spécifié que non seulement Aéroport de Montréal avait autorisé l'adjudicataire du contrat à modifier sa soumission hors délai à l'insu des autres soumissionnaires, la Cour d'Appel ajoute qu'en plus, c'est précisément le cautionnement de trois ans déposé en remplacement du premier cautionnement après la clôture des soumissions qui a permis à l'adjudicataire Advance d'obtenir le contrat d'entretien ménager. La Cour rappelle que la jurisprudence et les auteurs ont toujours établi l'obligation implicite des donneurs d'ouvrage d'agir équitablement envers tous les soumissionnaires et de les traiter également, afin de protéger l'intégrité du système de mécanisme d'appels d'offre.
- Le juge de première instance a également décidé que les clauses de réserve et d'exonération contenues dans les documents de soumission s'appliquent puisque la soumission de l'adjudicataire du contrat était conforme.
- Relativement à la clause d'exonération, laquelle prive les soumissionnaires de tous recours de quelque nature que ce soit contre Aéroport de Montréal, la Cour d'Appel décide que cette clause ne peut faire échec au recours en dommages de l'appelante contre Aéroport de Montréal, étant donné la violation par cette dernière de son obligation essentielle, dans le cadre des appels d'offres, de traiter équitablement tous les soumissionnaires.
- Quant à la clause de réserve, la Cour d'appel rappelle qu'aux termes de la jurisprudence antérieure, il a été établi, dans un tel cas, que les documents contractuels répondent à un contrat d'adhésion, et que le donneur d'ouvrage ne peut invoquer la clause de réserve pour se protéger des conséquences de son manquement à l'obligation d'agir équitablement. En effet écrit la Cour d'Appel en citant les auteurs Beaudoin et Jobin, ce n'est pas parce que l'article 1474 du Code civil permet l'inclusion dans les contrats de certaines clauses exonératoires, que celles-ci doivent échapper au contrôle de l'article 1437, signifiant ainsi qu'une clause exonératoire ne doit pas être une clause abusive.
- Sur la base de ces principes, la Cour d'appel juge que la clause de réserve prévue au document d'appels d'offres ne peut non plus permettre à Aéroport de Montréal de faire échec au recours en dommages et intérêts intenté par l'appelante.
- En dernier lieu, sur la question de la détermination des dommages, la Cour d'appel décide que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste en évaluant les dommages de l'appelante à une somme de 400 000\$, puisque celle-ci n'a pas pris les moyens raisonnables pour minimiser les dommages qu'elle a subis et d'autre part, que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en décidant que les deux années de renouvellement du contrat ne peuvent être prises en considération dans l'évaluation des dommages puisque le renouvellement de ce contrat demeure incertain.

---

## **Featured Article, June 2008**

### **3051226 CANADA INC. vs. AIRPORT OF MONTREAL**

NO: 500-09-017260-068

April 17th, 2008

**© Dominique Zurrini  
Zurrini & Associates**

**Full-text of**

**case: <http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2008/2008qcca722/2008qcca722.html>**

#### **COURT OF APPEAL**

#### **SUMMARY**

In this matter, the Court of Appeal quashed the judgment of first instance and ruled that by allowing the bidder, Advance Maintenance Service ("Advance"), to replace a bond after tender closing, the respondent, Airport of Montreal, allowed a modification of a tender after tender closing, which gave Advance an advantage over the other bidders on the project, consequently, breaching fairness among the bidders.

In regard to the call for tenders, the obligation to treat all bids fairly and equally is essential and in this case, the Appellant, 3051226 Canada Inc. ("Genesis"), proved that if it too had been given the opportunity to replace its bond, in order to render it in conformity with the specified requirements of the tender documents, it would have been awarded the contract.

The judges of the Court of Appeal, the Honourable Louise Otis, François Pelletier and Marie-France Bich, addressed the following issues:

- Whether the judge of first instance erred by deciding that the Airport of Montreal could allow the successful bidder to change its tender after tender closing time, without giving the same opportunity to the other bidders;
- Whether the judge of first instance erred by deciding that the Airport could rely upon the privilege clause and exoneration clause contained in the instructions to the bidders, to avoid liability; and
- Finally, whether the judge of first instance erred by arbitrarily setting the damages in the sum of \$400,0000.00.

#### **THE FACTS:**

- In 2001, the Airport of Montreal issued a call for tenders for a janitorial services contract, for a duration of three years, commencing on September 1<sup>st</sup>, 2001;
- The call for tenders, including the instructions to the bidders, the technical specifications and forms, was published on May 5<sup>th</sup> and May 9<sup>th</sup>, 2001, and the tender closing time was June 5<sup>th</sup>, 2001, at 3:00 pm;
- In order to inform the bidders of the project requirements, the Airport of Montreal required the bidders to attend a site inspection at the premises;

- At the time of the site inspection, the Airport of Montreal stressed to the bidders the importance of the performance bond and specified that the bond must cover the duration of the contract - a period of three years;
- Article 21 of the instructions to the bidders stipulated that performance bonds be included with tenders, failing which, bids would receive "automatic rejection" at the discretion of the Airport of Montreal;
- Article 23 of the instructions to the bidders, as well as the contract specimen, provided that a bidder must give a performance bond and labour and material payment bond equal to twenty percent (20%) of the amount of the contract, for the duration of the contract of three (3) years;
- Article 18 stipulated that the Airport of Montreal would not necessarily accept the lowest bid or any of the bids, and would have entire discretion to evaluate and accept any bid;
- Article 19 of the instructions to the bidders stipulated that no bidder, would have recourse against the Airport of Montreal if not chosen as the winning bid and that no bidder would have the right to request that the Airport of Montreal justify the rejection of a bid;
- The Appellant, Genesis, gave the required bond, but for a period of one (1) year only, with two (2) additional years being renewable at the sole discretion of its surety. Advance, the successful bidder also produced with its bid, the same type of bond as Genesis;
- With its tender, Advance included a letter addressed to the Airport of Montreal, advising that since it had just become aware that its bond was only valid for a period of one (1) year, it was impossible to remedy the bond duration before the tender closing, but that it would do so, on demand;
- At the opening of the bids, on June 5<sup>th</sup>, 2001, Genesis's bid was higher than Advance's. Three (3) days later, a representative of Advance attended at the offices of the Airport of Montreal and delivered a new bond intended for the extended duration, to replace the one (1) year bond filed with its bid. The new bond was annexed to Advance's bid, replacing the original bond;
- No other bidder, including Genesis, was informed about the replacement of Advance's bond, or offered the opportunity to replace or improve their security;
- The evaluation committee of the Airport of Montreal recommended that the contract be awarded to Advance;
- Evidence showed that if Genesis had been able to rectify its security, it would have ranked, according to the terms of evaluation established by the Airport of Montreal, as the first bidder;
- Genesis sued the Airport of Montreal, alleging that the latter did not act fairly in regards to all the bidders by allowing Advance to modify its bid after tender closing, without informing the other bidders;

#### **THE LAW:**

- The judge of first instance decided that Advance had not modified its bid since it had already announced, in the letter addressed to the Airport of Montreal, its intention to provide a new three (3) year term bond;
- On that issue, the judges of the Court of Appeal ruled that Advance's letter accompanying its tender did not constitute a commitment by the bonding company. In support of its decision, the Court of Appeal noted that the tender documents were clear as to the deadlines for the submission of the bids, and that it was clearly foreseeable that any bid received after the tender closing would not be considered, whatever the reason for delay, and that no tender could be modified after the tender closing;

- After finding that the Airport of Montreal had permitted Advance to modify its tender after tender closing, to the exclusion of the other bidders, the Court of Appeal further found that it was due to Advance's replacement bond for three (3) years, that Advance ranked first among bidders for the project contract. The Court further stated that it is established law that owners have an obligation to act fairly towards all bidders and to treat them equally, in order to protect the integrity of the bidding system;
- Concerning the exoneration clause in the tender documents, which deprived bidders of having recourse of any nature against the Airport of Montreal, the Court of Appeal held that this clause could not preclude Genesis's action for damages against the Airport of Montreal, given the breach by the latter of its essential obligation to treat all bidders fairly;
- In regard to the privilege clause, the Court of Appeal held that according to established case law, the contractual documents amounted to a contract of adhesion, and that the Airport could not rely upon that clause to protect itself from the consequences of its breach of a duty of fairness. The Court of Appeal held that although article 1474 of the Civil Code of Quebec allows the inclusion of some exoneration clauses in contracts, they cannot escape the control of article 1437, signifying that an exoneration clause cannot be an abusive clause;
- On the basis of these principles, the Court of Appeal ruled that the privilege clause could not be relied upon by the Airport to avoid liability for the action in damages by Genesis;
- Lastly, regarding the determination of damages, the Court of Appeal ruled that the judge of first instance did not commit a manifest error by evaluating the damages of the Appellant at a sum of \$400,000.00 on the basis that Genesis had not taken necessary measures to minimize its damages; nor was there an error in holding that the possibility of a two-year renewal of the project contract could not be taken into consideration in the evaluation of the Appellant's damages, since the renewal of the contract remained uncertain.