



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2013-041

Alcohol Countermeasure
Systems Corp.

c.

Gendarmerie royale du Canada

*Décision et motifs rendus
le jeudi 24 avril 2014*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
CONTEXTE	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC ET PLAINTÉ	2
POSITION DES PARTIES.....	4
ANALYSE.....	5
La plainte a-t-elle été déposée dans les délais?	5
La DOC a-t-elle favorisé le fournisseur titulaire?.....	7
MESURE CORRECTIVE	10
DÉCISION DU TRIBUNAL.....	11

EU ÉGARD À une plainte déposée par Alcohol Countermeasure Systems Corp. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.);

ET À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**ALCOHOL COUNTERMEASURE SYSTEMS CORP.****Partie plaignante****ET****LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA****Institution fédérale****DÉCISION**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal recommande que la Gendarmerie royale du Canada annule la demande d'offre à commandes – offre à commandes individuelle nationale, invitation n^o 201403094, ainsi que l'offre à commandes consécutive à cette demande adjugée à DAVTECH Analytical Services Inc., et qu'elle émette une nouvelle invitation élaborée selon des critères non discriminatoires. À cet égard, le Tribunal canadien du commerce extérieur suggère d'inclure dans la nouvelle invitation tous les renseignements y afférents, y compris les données historiques sur l'utilisation des étalons d'éthanol par les détachements pertinents de la Gendarmerie royale du Canada au cours de la période pour laquelle l'offre à commandes précédente était en vigueur, ainsi que toute autre information disponible concernant la transition aux étalons de gaz sec.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Gillian Burnett

Gillian Burnett

Secrétaire

Membre du Tribunal :	Ann Penner, membre président
Conseillers juridiques pour le Tribunal :	Anja Grabundzija Catalin Tripon (stagiaire en droit)
Agent du greffe :	Sara Pelletier
Partie plaignante :	Alcohol Countermeasure Systems Corp.
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Abe Verghis
Institution fédérale :	Gendarmerie royale du Canada
Conseiller juridique pour l'institution fédérale :	Abigail Martinez

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
15^e étage
333, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7
Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

CONTEXTE

1. Le 18 février 2014, Alcohol Countermeasure Systems Corp. (ACS) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, concernant une demande d'offre à commandes – offre à commandes individuelle nationale, invitation n° 201403094 (DOC), émise par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) pour l'acquisition d'étalons d'éthanol à être livrés à des détachements de la GRC à travers le Canada.

2. ACS soutient que le mécanisme de prix de la DOC a injustement favorisé le fournisseur titulaire (et, en fin de compte, le soumissionnaire retenu). Plus particulièrement, ACS allègue que la DOC a donné au titulaire un avantage indu puisqu'il était exigé des soumissionnaires qu'ils incluent tous les frais de transport dans leur offre financière, mais sans que soit précisée la répartition des expéditions aux divers détachements de la GRC au Canada. Étant donné que le titulaire avait une connaissance antérieure des besoins de la GRC, il était donc le seul en position de prévoir les besoins futurs et, par conséquent, les frais de transport à prendre en compte dans le prix total offert. ACS explique que, en raison du poids des étalons d'éthanol, les frais d'expédition peuvent représenter jusqu'à 20 p. 100 du prix total et que plusieurs expéditions vers des endroits éloignés peuvent avoir une incidence considérable sur le coût total.

3. À titre de mesure corrective, ACS demande l'annulation de la DOC et la publication d'une nouvelle DOC fondée uniquement sur le coût des étalons d'éthanol, tous frais de transport exclus. Si les coûts d'expédition doivent être inclus, ACS demande que tous les fournisseurs potentiels reçoivent les données antérieures sur les quantités expédiées au cours des trois dernières années pour leur permettre de participer équitablement au marché public. Elle ne demande pas le remboursement des frais qu'elle a engagés pour le dépôt de sa plainte. Cependant, elle demande le report de l'adjudication de tout contrat lié à la DOC jusqu'au prononcé de la décision du Tribunal, aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*.

4. Le 21 février 2014, le Tribunal a informé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisqu'elle satisfaisait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le même jour, le Tribunal a ordonné le report de l'adjudication de tout contrat (c'est-à-dire de contrats subséquents) relativement à l'invitation jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur le bien-fondé de la plainte.

5. Le 18 mars 2014, la GRC a déposé son rapport de l'institution fédérale (RIF) conformément à l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. ACS a déposé ses observations sur le RIF le 26 mars 2014.

6. Étant donné que les renseignements au dossier étaient suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.) [*Loi sur le TCCE*].

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. D.O.R.S./91-499.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC ET PLAINTE

7. La GRC a publié la DOC le 10 octobre 2013. La date de clôture des soumissions était le 20 novembre 2013.

8. La DOC donnait l'estimation suivante de la quantité totale d'étalons d'éthanol que la GRC avait l'intention d'acheter dans le cadre de l'offre à commandes :

2.3 Une offre à commandes sera émise suite à la présente sollicitation. La quantité estimée par année est la suivante :

Période initiale : 10 000 colis*

Année optionnelle 1 : 7 000 colis

Année optionnelle 2 : 3 500 colis

Année optionnelle 3 : 3 500 colis

*Chaque colis contient six bouteilles⁴.

[Traduction]

9. Il était exigé dans la DOC que les soumissionnaires proposent un prix unitaire ferme et un prix annuel total selon ces quantités. Le prix unitaire ferme devait comprendre tous les frais applicables, y compris les frais de transport vers diverses destinations de la GRC au Canada⁵, comme suit :

2.1 Les soumissionnaires doivent présenter leur offre financière conformément à l'annexe B, Base de paiement.

2.1.1 Les soumissionnaires doivent indiquer le prix unitaire ferme, DDP destinations, les frais de transport à destination, et tous les droits de douane applicables et les taxes d'accise doivent être inclus. Le montant total de la taxe sur les produits et services ou de la taxe de vente harmonisée doit être indiqué séparément, le cas échéant.

[...]

ANNEXE B BASE DE PAIEMENT

Le soumissionnaire doit être payé le prix unitaire ferme, rendu droits acquittés (DDP) (conformément à l'annexe D – Adresses de la GRC), les frais de transport à destination et tous les droits de douane et les taxes d'accise inclus. Le montant total des taxes applicables doit être indiqué séparément, comme spécifié ci-dessous pour le nombre d'articles et par période.

[Traduction]

10. Les critères d'évaluation indiquaient que l'offre recevable ayant le prix évalué le plus bas serait recommandée pour l'adjudication d'une offre à commandes⁶. En outre, il ressortait clairement de l'annexe B que le prix évalué de chaque soumission serait calculé en additionnant le prix annuel total pour chacune des années qui figuraient dans la DOC (c'est-à-dire la période initiale, plus trois années d'option).

11. Par conséquent, il était exigé dans la DOC que les soumissionnaires incluent les frais de transport à destination dans leur prix unitaire ferme et dans leur prix total, mais il n'était pas précisé comment les quantités annuelles totales seraient réparties parmi les détachements de la GRC.

4. DOC, partie 1, pièce PR-2013-041-01, vol. 1.

5. DOC, annexe D, pièce PR-2013-041-01, vol. 1.

6. DOC, partie 4, section 2.1, pièce PR-2013-041-01, vol. 1.

12. Le 18 novembre 2013, ACS a communiqué par courriel avec l'agent de négociation des contrats de la GRC pour lui demander ce qui suit :

La GRC pourrait-elle fournir *un volume approximatif des expéditions vers chacun des emplacements précisés à l'annexe D*? Ces informations sont nécessaires puisque l'expédition vers des endroits éloignés comme Whitehorse peut coûter beaucoup plus cher que vers de grands centres urbains. Une estimation de l'utilisation annuelle serait suffisante⁷.

[Nos italiques, traduction]

13. Bien que cette demande ait été reçue après la période de questions et réponses prévue dans la DOC, l'agent de négociation des contrats de la GRC a répondu à ACS le même jour de la façon suivante :

[...] puisqu'il s'agit d'une convention d'offre à commandes, [la GRC] ignore combien de colis approximativement chaque destination pourra demander au cours de l'année. Vous pouvez notamment estimer les frais d'expédition en tenant compte du fait que les divisions de grande envergure commanderont toujours de plus grandes quantités que les divisions de petite envergure situées dans le nord⁸.

[Traduction]

14. ACS a présenté sa soumission le 19 novembre 2013. Son offre financière était fondée sur les quantités selon les destinations, calculées au prorata de la population de celles-ci⁹.

15. Le 29 janvier 2014, la GRC a informé ACS que sa soumission n'avait pas été retenue, puisqu'elle ne proposait pas le prix évalué le plus bas. Elle l'a également informée que l'offre à commandes avait été adjugée à DAVTECH Analytical Services Inc. (DAVTECH)¹⁰. Comme indiqué ci-dessus, DAVTECH était également le fournisseur titulaire.

16. Le 6 février 2014, ACS a présenté à la GRC son opposition par téléphone concernant le fait que le processus de la DOC était inéquitable étant donné que la GRC n'avait pas divulgué les quantités relativement aux diverses adresses d'expédition. En réponse, la GRC a effectué un examen interne de la procédure de passation du marché public. Elle a informé ACS, le 7 février 2014¹¹, qu'aucune pratique déloyale n'avait été observée et que les résultats du marché public demeureraient les mêmes.

17. Le 18 février 2014, ACS a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Comme indiqué ci-dessus, sa plainte est fondée sur le fait que, en n'indiquant pas les quantités approximatives pour chaque destination visée, la DOC a injustement favorisé le fournisseur titulaire, qui avait une connaissance des quantités expédiées antérieurement à chaque détachement de la GRC, y compris aux détachements éloignés, lui permettant ainsi d'évaluer plus exactement les frais de transport à incorporer dans ses coûts.

7. Pièce PR-2013-041-10, onglet 4, vol. 1.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*, onglet 5. Voir aussi le tableau qu'ACS a soumis au Tribunal dans lequel est expliquée la méthode qui sous-tend son offre financière, pièce PR-2013-041-14, annexe 1, vol. 1.

10. Pièce PR-2013-041-10, onglet 6, vol. 1.

11. Bien qu'il soit indiqué sur le formulaire de plainte que le refus de réparation de la GRC a été émis le 7 février 2014, de plus amples explications données par ACS dans un courriel à l'intention du Tribunal, daté du 18 février 2014, indiquent que les discussions avec la GRC ont eu lieu entre les 7 et 10 février 2014. Quoiqu'il en soit, cela n'est pas contesté par la GRC (voir pièce PR-2013-041-10 au par. 10, vol. 1), et la date exacte du refus de réparation de la GRC en février n'est pas déterminante dans les circonstances en ce qui a trait au respect des délais pour le dépôt de la plainte.

POSITION DES PARTIES

18. La GRC a avancé deux arguments dans le RIF en réponse à la plainte déposée par ACS.

19. Premièrement, la GRC allègue que la plainte a été déposée après les délais prévus aux paragraphes 6(1) et 6(2) du *Règlement*. Elle est d'avis qu'ACS a déposé sa plainte presque trois mois après qu'elle eut découvert les faits à l'origine de celle-ci. Selon la GRC, ACS a demandé des renseignements sur l'utilisation annuelle antérieure le 18 novembre 2013, et l'agent de négociation des contrats a clairement indiqué, le même jour, que ces renseignements ne seraient pas fournis¹². Par conséquent, la GRC soutient qu'« ACS aurait pu et aurait dû présenter une opposition formelle à cette date »¹³ [traduction].

20. En réponse, ACS soutient avoir fait preuve de diligence en tout temps et que, par conséquent, sa plainte a été déposée dans les délais.

21. Deuxièmement, la GRC allègue que le fait de connaître les quantités livrées antérieurement à divers détachements de la GRC n'a pas donné au fournisseur titulaire un avantage indu puisque ces renseignements n'étaient pas pertinents pour la préparation d'une soumission gagnante.

22. Dans ce contexte, il est indiqué dans le RIF que la GRC délaisse progressivement l'utilisation des étalons d'éthanol pour adopter les étalons de gaz sec. Cependant, puisque « [l]es détachements de la GRC au Canada sont rendus à diverses étapes du processus de transition et continueront la transition à des rythmes imprévisibles »¹⁴ [traduction], et puisque « [l]es facteurs liés à la décision d'adopter les étalons de gaz sec sont propres à chaque détachement et sont pris en considération de manière distincte par chaque commandant de détachement »¹⁵ [traduction], il est impossible pour la GRC de prévoir l'utilisation annuelle approximative de chaque détachement. En outre, la GRC a expliqué que les renseignements sur l'utilisation antérieure n'étaient pas utiles et auraient même pu induire en erreur les fournisseurs potentiels dans leurs prévisions de l'utilisation future, étant donné les nombreuses inconnues¹⁶.

23. Par conséquent, la GRC soutient que tous les fournisseurs potentiels, y compris le titulaire, se trouvaient dans la même position. Tous devaient faire une « estimation éclairée » [traduction] quant à la fréquence des livraisons et à la quantité à livrer aux détachements de la GRC situés partout au pays, y compris dans les endroits éloignés.

24. La GRC ajoute que le gouvernement n'est pas tenu de prendre des mesures pour contrebalancer tout avantage légitime et naturel dont peut jouir un fournisseur titulaire dans le cadre d'une invitation¹⁷. De même, elle allègue que l'obligation d'offrir des conditions égales pour tous ne décharge pas les fournisseurs potentiels de leur responsabilité de s'appuyer sur leurs propres aptitudes pour obtenir tout renseignement supplémentaire qu'ils estiment pouvant leur être utile pour préparer une soumission concurrentielle. Enfin,

12. Le Tribunal fait remarquer que cette affirmation dans le RIF est erronée. Dans son courriel du 18 novembre 2013, ACS a demandé des renseignements sur le « volume approximatif des expéditions vers chacun des emplacements précisés » *sans* faire référence à l'utilisation annuelle antérieure.

13. Pièce PR-2013-041-10 au par. 15, vol. 1.

14. *Ibid.* au par. 7.

15. *Ibid.* au par. 21. Cette affirmation est appuyée par la déclaration écrite sous serment de M. Benny Wong, pièce PR-2013-041-10, onglet 3, vol. 1, par. 4, qui a affirmé que les décisions quant au rythme des remplacements sont propres à chaque détachement.

16. Pièce PR-2013-041-10 au par. 22, vol. 1.

17. La GRC se fonde sur *Corel Corporation* (26 octobre 1998), PR-98-012 et PR-98-014 (TCCE).

la GRC ajoute que, vu le poids et le volume mêmes des étalons d'éthanol, la capacité d'un fournisseur à prendre en compte la logistique et le transport lors de l'établissement de sa tarification constituait une partie importante du service pour lequel la DOC a été émise.

25. En réponse, ACS souligne que, selon elle, la GRC a non seulement structuré la DOC de façon à inclure les frais d'expédition, ce qui nécessitait clairement des renseignements sur l'utilisation antérieure à partir desquels établir des prévisions, mais a également caché des renseignements sur la transition vers les étalons de gaz sec, puisque celle-ci n'était aucunement mentionnée dans la DOC. Par conséquent, le titulaire était doublement avantage; il disposait non seulement de renseignements sur l'utilisation antérieure (y compris des renseignements sur les détachements qui ont passé le plus de commandes en général et sur les volumes d'expédition), mais également de renseignements sur quels détachements avaient adopté ou étaient à adopter les étalons de gaz sec. ACS explique que, dans la mesure où les détachements qui avaient adopté ou étaient déjà à adopter les étalons de gaz sec étaient également les plus éloignés (ceux ayant les coûts d'expédition les plus élevés), l'incidence sur le prix total pouvait être « monumentale » [traduction].

ANALYSE

26. Le rôle du Tribunal dans une affaire de ce genre consiste à déterminer le bien-fondé d'une plainte. Il le fera dans le contexte des deux principaux arguments avancés par la GRC : 1) déterminer si la plainte est forclore et 2) déterminer si la DOC a donné un avantage indu au fournisseur titulaire.

La plainte a-t-elle été déposée dans les délais?

27. Les délais pour le dépôt de plaintes concernant les marchés publics sont stricts et rigoureusement appliqués¹⁸. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* stipule qu'un fournisseur potentiel doit déposer sa plainte « [...] dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de [celle-ci] ». Le paragraphe 6(2) stipule qu'un fournisseur potentiel peut aussi choisir de premièrement présenter à l'institution fédérale concernée une opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de son opposition. Le fournisseur potentiel peut ensuite déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation de la part de l'institution fédérale.

28. La GRC soutient qu'ACS a découvert les faits à l'origine de sa plainte le 18 novembre 2013, lorsque l'agent de négociation des contrats de la GRC a refusé de fournir une répartition estimative par adresse d'expédition des quantités annuelles d'étalons d'éthanol nécessaires dans le cadre de la DOC. Par conséquent, la GRC allègue qu'ACS aurait dû présenter une opposition formelle dans les 10 jours suivant cette date.

29. Le Tribunal n'est pas d'accord avec cette position.

30. Rien dans l'échange de courriels du 18 novembre 2013 n'indique qu'ACS s'était alors penchée sur la question de l'avantage du titulaire. Contrairement aux allégations avancées dans le RIF¹⁹, ACS n'a pas demandé, le 18 novembre 2013, une estimation de l'utilisation annuelle antérieure de chaque détachement

18. Il est bien établi que dans les affaires de marchés publics le temps représente une condition essentielle. « On s'attend à ce [que les fournisseurs potentiels] soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure. » *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 (CanLII) au par. 20.

19. Pièce PR-2013-041-10 au par. 14, vol. 1.

de la GRC. Elle a plutôt demandé à la GRC de fournir des quantités estimatives relativement aux années qui figuraient dans la DOC. Par conséquent, même si ACS était au courant le 18 novembre 2013 que certains renseignements qu'elle considérait comme pertinents à l'égard de sa soumission étaient absents des documents de la DOC, il ne s'ensuit pas qu'elle ait découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir à cette date la question de l'avantage potentiel du titulaire.

31. En effet, le Tribunal est d'avis que la réponse fournie par la GRC le 18 novembre 2013 appuie la position selon laquelle ACS n'avait pas découvert, et ne pouvait vraisemblablement avoir découvert, les motifs de sa plainte à cette date. Comme mentionné dans le courriel du 18 novembre 2013, l'agent de négociation des contrats a indiqué qu'ACS pouvait « [...] estimer les frais d'expédition en tenant compte du fait que les divisions de grande envergure commanderont toujours de plus grandes quantités que les divisions de petite envergure situées dans le nord »²⁰. En fait, la GRC a suggéré à ACS une méthode pour déterminer les quantités par destination afin de préparer son offre financière. ACS a suivi cette suggestion. À cet égard, le Tribunal estime qu'au lieu d'indiquer à ACS que les renseignements concernant les expéditions antérieures par destination ne seraient pas fournis, contrairement à ce qui est prétendu dans le RIF²¹, la GRC a fourni à ACS les données pour établir des estimations pour les années qui figuraient dans la DOC. En fait, la réponse de la GRC s'apparentait à fournir précisément les renseignements demandés par ACS à cette date (c'est-à-dire le volume approximatif des expéditions pour les années qui figuraient dans la DOC).

32. En fait, le Tribunal considère que la GRC a répondu, de façon raisonnable, à toute préoccupation qu'ACS pouvait avoir eu relativement au mécanisme de prix de la DOC en novembre 2013. En effet, ACS a expliqué dans ses observations sur le RIF qu'elle a présenté sa soumission en utilisant la méthode suggérée par la GRC dans le courriel du 18 novembre 2013, « [...] selon l'hypothèse raisonnable que la GRC en tiendrait compte lors de l'adjudication du contrat »²² [traduction].

33. Il est à noter que rien dans l'échange du 18 novembre 2013 ni dans d'autres éléments de preuve versés au dossier n'indique qu'ACS était même au courant que le titulaire participait au concours avant le 29 janvier 2014, lorsqu'elle a découvert que le fournisseur titulaire avait obtenu l'offre à commandes.

34. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que c'est au moment où ACS a découvert qu'une offre à commandes avait été adjugée au titulaire qu'elle a réalisé que la DOC avait pu créer une inégalité entre les fournisseurs potentiels, en ne fournissant pas à tous les soumissionnaires les mêmes renseignements qui étaient nécessaires pour pouvoir présenter une soumission concurrentielle dans le cadre de cette procédure, dans un contexte où un fournisseur potentiel – le titulaire – avait probablement accès à ces renseignements. Le Tribunal conclut donc qu'ACS n'a découvert les faits à l'origine de sa plainte que le 29 janvier 2014. Étant donné qu'ACS a respecté tous les autres délais prévus au paragraphe 6(2) du *Règlement*²³, le Tribunal détermine que la plainte a été déposée dans les délais.

20. *Ibid.*, onglet 4.

21. *Ibid.* au par. 14.

22. Pièce PR-2013-041-14 au par. 8, vol. 1.

23. Après avoir découvert les faits à l'origine de sa plainte le 29 janvier 2014, ACS a présenté une opposition à la GRC à cet égard dans les 10 jours ouvrables suivants (c'est-à-dire le 6 février 2014). ACS a par la suite déposé sa plainte le 18 février 2014, c'est-à-dire dans les 10 jours ouvrables après le refus de réparation de la GRC du 7 février 2014. À ce titre, ACS a respecté tous les délais énoncés au paragraphe 6(2) du *Règlement*.

La DOC a-t-elle favorisé le fournisseur titulaire?

35. Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. À la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour un contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables.

36. La seule question à cet égard est celle de savoir si la DOC a conféré un avantage indu au fournisseur titulaire.

37. Tous les accords commerciaux²⁴ désignés à l'alinéa 7(1)c) du *Règlement* s'appliquent à la présente invitation et interdisent de façon semblable la discrimination entre les fournisseurs potentiels. À titre d'exemple, l'*AMP* prévoit que les procédures de passation des marchés suivies par les entités visées doivent être appliquées de façon non discriminatoire et que les entités contractantes ne doivent pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché d'une manière qui pourrait empêcher la concurrence²⁵. L'article VII de l'*AMP* prévoit ce qui suit :

Article VII : Procédures de passation des marchés

1. Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire et soient conformes aux dispositions des articles VII à XVI.
2. Les entités ne devront pas donner à un fournisseur des informations concernant un marché déterminé d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence.

-
24. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA]; *Accord sur le commerce intérieur*, 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI]; *Accord sur les marchés publics*, 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP]; *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [ALÉCC]. Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [ALÉCP]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&view=d>> (entré en vigueur le 15 août 2011) [ALÉCCO]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} avril 2013) [ALÉCPA].
25. La formulation de la disposition de non-discrimination du paragraphe 1008(1) de l'ALÉNA ressemble étroitement à celle de l'AMP. Le paragraphe 1403(3) de l'ALÉCP, le paragraphe 1403(3) de l'ALÉCCO et le paragraphe 16.04(3) de l'ALÉCPA prévoient que les entités contractantes doivent passer les marchés selon les « règles de transparence et d'impartialité », notamment selon les règles énoncées dans ces accords. Bien que la formulation soit différente, l'ACI interdit aussi la discrimination entre fournisseurs (articles 501 et 504). Voir par exemple le raisonnement du Tribunal à cet égard dans *AT&T Canada Corp.* (27 novembre 2000), PR-2000-024 (TCCE) à la p. 6. L'article Kbis 2 de l'ALÉCC est semblable à l'ACI à cet égard.

38. En outre, les accords commerciaux comprennent des règles explicites concernant les marchés publics afin de s'assurer que les procédures de passation des marchés sont conduites, en pratique, d'une manière non discriminatoire²⁶. Notamment, le principe central d'un mécanisme d'adjudication équitable et transparent est que tous les fournisseurs reçoivent tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter une soumission valable²⁷.

39. Le Tribunal a reconnu que les dispositions de non-discrimination des accords commerciaux ne sont pas automatiquement violées lorsqu'un fournisseur, y compris un titulaire, a un certain avantage commercial qui lui confère un avantage concurrentiel relativement à un marché public²⁸. Cependant, le Tribunal a également reconnu qu'il y a violation des accords commerciaux lorsque les entités acheteuses utilisent les documents d'invitation à soumissionner pour créer ou accentuer un avantage indu à l'égard d'un titulaire. À titre d'exemple, le Tribunal a conclu à une telle violation dans des affaires antérieures dans lesquelles, en raison des termes des documents d'invitation à soumissionner, un titulaire avait accès à des renseignements visant directement la procédure de passation du marché public auxquels les autres soumissionnaires n'avaient pas accès²⁹.

40. C'est dans ce contexte que le Tribunal doit examiner si le mécanisme de prix établi dans la DOC a conféré au titulaire un avantage concurrentiel indu (c'est-à-dire un avantage qui allait au-delà de tout avantage concurrentiel naturel qu'il pouvait déjà avoir). Si le Tribunal détermine qu'un avantage concurrentiel indu a été conféré par la DOC, il doit donc conclure que les dispositions de non-discrimination des accords commerciaux ont été violées³⁰.

41. La ventilation des quantités approximatives d'étalons d'éthanol qui seraient requises par chaque détachement n'était pas fournie dans la DOC³¹. Néanmoins, il était aussi indiqué clairement que l'adjudication de l'offre à commandes ne serait fondée que sur le prix total, y compris tous les coûts de transport. Par conséquent, il est évident que le manque de renseignements concernant la répartition des expéditions devait être complété d'une manière ou d'une autre par les soumissionnaires afin de préparer leur soumission. En effet, les distances d'expédition vers les détachements de la GRC au pays, et le fait que

26. Par exemple, les règles énoncées aux articles VI à XVI de l'AMP.

27. Voir en particulier le paragraphe XII(2) de l'AMP, le paragraphe 1013(1) de l'ALÉNA, le paragraphe 506(6) de l'ACI, le paragraphe Kbis-06(1) de l'ALÉCC, le paragraphe 1407(6) de l'ALÉCP, le paragraphe 1407(6) de l'ALÉCCO et le paragraphe 16.08(6) de l'ALÉCPA.

28. Dans *CAE Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2004), PR-2004-008 (TCCE) au par. 43, le Tribunal a conclu qu'il ne croyait pas qu'une « [...] procédure d'appel d'offres est nécessairement discriminatoire de façon inhérente lorsque les soumissionnaires ne sont pas sur un même pied d'égalité au moment de s'engager dans la procédure de soumission. [...] [D]e tels avantages concurrentiels peuvent découler du fait qu'une société est titulaire d'un contrat, de la [propriété intellectuelle], de [considérations de sécurité internationale (*International Traffic in Arms Regulation*)] ou de divers autres facteurs commerciaux. [...] [S]i un soumissionnaire se trouve dans une situation désavantageuse, il ne s'ensuit pas nécessairement que la procédure d'appel d'offres [...] présente un caractère discriminatoire. »

29. Voir par exemple *Tactical Technologies Inc.* (30 avril 1998), PR-97-037 (TCCE); *Telus Integrated Communications Inc.* (2 novembre 2000), PR-2000-017 et PR-2000-035 (TCCE) (infirmée pour des motifs de compétence non liés à l'espèce dans *BCE Nexxia Inc. c. Canada (Commissaire du service correctionnel)*, 2002 CAF 9 (CanLII)); *Trust Business Systems c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (13 mai 2005), PR-2004-058 et PR-2004-059 (TCCE) (infirmée pour d'autres raisons dans *Canada (Procureur général) c. Trust Business Systems*, 2007 CAF 89 (CanLII)).

30. Le Tribunal a abordé de la même façon des allégations de discrimination contre un certain type de fournisseurs dans *Acklands-Grainger Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 septembre 2011), PR-2011-007 aux par. 58-59. La décision du Tribunal a été confirmée lors d'un contrôle judiciaire par la Cour d'appel fédérale dans *Acklands-Grainger Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 298 (CanLII).

31. DOC, partie I, section 2.3, pièce PR-2013-041-01, vol. 1.

la GRC ait elle-même admis que « le poids et le volume mêmes des étalons d'éthanol » [traduction] sont des considérations importantes relativement aux prix³², ont fait des renseignements concernant la répartition des expéditions une variable importante de cette DOC.

42. La GRC allègue que tous les soumissionnaires étaient sur un même pied d'égalité pour déterminer la variable concernant la répartition des expéditions. Plus particulièrement, tous les soumissionnaires, y compris le titulaire, se trouvaient dans la même position, soit celle d'avoir à établir une « estimation éclairée » des quantités et de la fréquence des expéditions futures par détachement de la GRC et des coûts de transport connexes. La GRC ne nie pas le fait que le titulaire avait acquis des renseignements sur l'utilisation antérieure des étalons d'éthanol, qui n'ont pas été fournis aux autres soumissionnaires. De même, elle ne nie pas le fait que le titulaire était au courant de la transition vers les étalons de gaz sec, qui semble avoir été mentionnée pour la première fois dans le RIF. Toutefois, la GRC a indiqué que les renseignements sur l'utilisation antérieure des étalons d'éthanol et les renseignements concernant la transition seraient « inutiles » [traduction], voire même potentiellement trompeurs, pour l'établissement par les soumissionnaires de prévisions quant à l'utilisation future des étalons d'éthanol.

43. Le Tribunal n'accepte pas la position de la GRC.

44. Comme l'a souligné à juste titre ACS, les renseignements sur l'utilisation antérieure étaient un facteur pertinent pour prévoir l'utilisation future, en particulier pour les détachements qui n'avaient pas encore entrepris la transition vers les étalons de gaz sec ou qui en n'étaient qu'aux premières étapes de celle-ci³³. En outre, dans la mesure où les détachements éloignés étaient déjà avancés dans le processus de transition, le Tribunal accepte l'argument de ACS selon lequel la connaissance de ces renseignements aurait eu une incidence considérable sur les coûts de transport prévus par les soumissionnaires et sur leur estimation des coûts³⁴.

45. Par conséquent, le Tribunal conclut que le mécanisme de prix de la DOC a, de façon inhérente, avantage le titulaire, puisqu'il était le seul fournisseur potentiel au courant des renseignements concernant les besoins de la GRC. En ce sens, le Tribunal est d'avis que la mesure dans laquelle le titulaire a été avantage s'ajoute à tout avantage commercial normal qu'il a acquis en raison de son expérience antérieure, puisqu'elle découle des termes mêmes de la DOC.

46. Le Tribunal reconnaît que la GRC pouvait ne pas être en position d'établir avec certitude ses besoins futurs dans le contexte de la transition vers les étalons de gaz sec. Néanmoins, la GRC était tenue, en vertu des accords commerciaux, de formuler la DOC de manière à ne pas créer de discrimination entre les soumissionnaires. À tout le moins, la GRC devait fournir autant de renseignements que possible lors de l'établissement des conditions de la DOC, y compris le fait que la transition était en cours, afin d'aider tous les soumissionnaires à préparer une soumission valable et concurrentielle et d'atténuer toute disparité en matière de renseignements par rapport au titulaire³⁵.

47. Il n'y a aucun doute que les fournisseurs potentiels doivent assumer un élément de risque lorsqu'ils préparent une soumission dans le cadre d'un processus d'appel d'offres concurrentiel. Néanmoins,

32. Pièce PR-2013-041-10 au par. 27, vol. 1.

33. Il est affirmé dans le RIF que « [l]es détachements de la GRC à travers le Canada en sont à différentes étapes du processus de transition [...] ». Pièce PR-2013-041-10 au par. 7, vol. 1. Aucune indication quant au calendrier concernant la transition au gaz sec n'est donnée dans le RIF.

34. Pièce PR-2013-041-14 au par. 2, vol. 1.

35. À cet égard, le Tribunal a déjà conclu dans d'autres circonstances que, « [...] dans la mesure du possible, tous les soumissionnaires ont le droit de recevoir *tous* les renseignements susceptibles d'atténuer l'avantage naturel dont bénéficie un titulaire [...]. [...] [I]l est essentiel que [de nouveaux éléments concernant les conditions d'un appel d'offres] soient raisonnablement bien documentés et mis à la disposition de tous les fournisseurs éventuels » [nos italiques]. *Tactical Technologies* (30 avril 1998), PR-97-037 (TCCE) à la p. 10.

les entités acheteuses sont tenues de donner aux soumissionnaires les renseignements pertinents sur lesquels elles exercent un contrôle³⁶. Dans des cas comme l'espèce où la situation évolue au cours de la procédure de passation du marché public, il importe que les entités acheteuses structurent ou passent leurs marchés publics de manière à fournir aux soumissionnaires les renseignements pertinents auxquels tous ont également accès. Ainsi, les entités acheteuses s'assurent que les fournisseurs titulaires ne sont pas placés dans une catégorie indûment privilégiée, distincte de celle de tous les autres fournisseurs potentiels.

48. Les renseignements sur l'utilisation antérieure, ainsi que tous les autres renseignements disponibles relativement à la transition, quelle que soit la mesure dans laquelle ils pouvaient être limités au moment de la publication de la DOC, auraient aidé tous les soumissionnaires à prévoir l'utilisation future des étalons d'éthanol par les détachements de la GRC, en dépit de l'opinion contraire de la GRC. Ces renseignements auraient été directement pertinents pour tous les soumissionnaires qui tentaient d'élaborer une soumission concurrentielle et réaliste. Pour paraphraser les propos de la GRC, ce type de renseignements aurait permis aux soumissionnaires de s'assurer que leur « estimation éclairée » soit d'autant plus éclairée. Enfin, ces renseignements auraient permis de s'assurer que les soumissionnaires se livrent une concurrence équitable pour l'offre à commandes.

49. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que, en établissant le mécanisme de prix de la DOC comme elle l'a fait et en ne divulguant pas des renseignements pertinents qui auraient pu aider les soumissionnaires à estimer les coûts de transport, la GRC a passé ce marché public d'une manière qui a eu pour effet de discriminer entre les fournisseurs potentiels, violant ainsi les accords commerciaux. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

MESURE CORRECTIVE

50. Conformément aux critères énoncés au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la violation constatée ci-dessus est grave et cause préjudice à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication. L'irrégularité aurait non seulement causé un préjudice à ACS, mais également à tous les autres fournisseurs potentiels ayant participé à ce processus de DOC³⁷. Compte tenu de l'ordonnance qu'il a rendue le 21 février 2014 concernant le report de l'adjudication, le Tribunal s'attend à ce qu'aucun contrat (c'est-à-dire aucune commande subséquente) aux termes de l'offre à commandes n'ait été adjugé ou exécuté jusqu'à maintenant.

51. Dans ces circonstances, le Tribunal estime qu'il est indiqué de recommander, aux termes du paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE*, que la DOC soit annulée et que l'offre à commandes adjugée à DAVTECH soit résiliée.

52. En outre, le Tribunal recommande à la GRC de lancer un nouvel appel d'offres élaboré selon des critères non discriminatoires. À titre d'exemple, la GRC pourrait inclure tous les renseignements pertinents, y compris les données antérieures sur l'utilisation des étalons d'éthanol par ses détachements pendant la période de l'offre à commandes précédemment en vigueur ainsi que tous les renseignements disponibles relativement à la transition vers les étalons de gaz sec.

53. ACS n'a pas demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés pour préparer la présente plainte. Par conséquent, le Tribunal n'accordera pas le remboursement des frais, conformément à sa pratique habituelle.

54. Enfin, à titre d'observation générale, le Tribunal encourage la GRC à ne pas perdre de vue l'importance d'informer correctement les soumissionnaires de leur recours auprès du Tribunal lorsque

36. *Corel Corporation* (26 octobre 1998), PR-98-012 et PR-98-014 (TCCE).

37. Le nombre de soumissions qui ont été reçues dans le cadre de l'appel d'offres n'est pas indiqué dans le RIF.

les circonstances le justifient. En l'espèce, ni la lettre de refus datée du 29 janvier 2014 ni la DOC ne faisait mention d'un tel recours ou des délais applicables. En outre, il semble que la GRC n'ait pas informé ACS de la possibilité de déposer une plainte auprès du Tribunal lorsqu'elle a rejeté son opposition par téléphone entre le 7 et le 10 février 2014³⁸. Il semble plutôt qu'ACS ait été renvoyée auprès du Tribunal par une personne qui n'avait aucun lien avec la présente procédure de passation du marché public, à savoir un employé du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux avec lequel ACS avait déjà été en communication.

55. Bien que la présente plainte ait été déposée dans les délais prescrits par l'article 6 du *Règlement*, il est évident qu'il a fallu à ACS plus de temps pour déterminer ses options d'appel, n'ayant pas été pleinement informée par la GRC. Cela aurait pu donner lieu à un scénario dans lequel le Tribunal aurait décidé de ne pas enquêter sur la plainte d'ACS au seul motif du non-respect des délais, compte tenu des délais serrés pour déposer une plainte auprès du Tribunal. À cet égard, la GRC devrait envisager d'inclure le paragraphe ci-dessous dans le texte de ses invitations à soumissionner et lorsqu'elle informe les soumissionnaires de la possibilité de demander un compte rendu, ainsi que dans toute la correspondance informant les soumissionnaires qu'ils n'ont pas été retenus :

En règle générale, toute plainte concernant la présente procédure de passation des marchés publics doit être déposée auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) dans les **10 jours ouvrables** suivant la date où le soumissionnaire a découvert, ou aurait dû vraisemblablement découvrir, les faits à l'origine de sa plainte. Subsidiairement, dans ce délai, le soumissionnaire peut d'abord choisir de présenter à [la GRC] une opposition concernant son motif de plainte; si [la GRC] refuse la réparation demandée, le soumissionnaire peut alors déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant ce refus. Dans certaines circonstances exceptionnelles, un délai de 30 jours peut s'appliquer au dépôt d'une plainte auprès du Tribunal. Pour obtenir de plus amples renseignements, consultez le site Web du Tribunal (www.citt-tcce.gc.ca) ou communiquez avec le secrétaire du Tribunal au 613-993-3595. Référence : article 6 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics* (D.O.R.S./93-602).

DÉCISION DU TRIBUNAL

56. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

57. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que la GRC annule la DOC ainsi que l'offre à commandes consécutive à cette demande adjugée à DAVTECH et qu'elle émette une nouvelle invitation élaborée selon des critères non discriminatoires. À cet égard, le Tribunal suggère d'inclure dans la nouvelle invitation tous les renseignements y afférents, y compris les données historiques sur l'utilisation des étalons d'éthanol par les détachements pertinents de la GRC au cours de la période pour laquelle l'offre à commandes précédente était en vigueur, ainsi que toute autre information disponible concernant la transition aux étalons de gaz sec.

Ann Penner
Ann Penner
Membre président

38. Pièce PR-2013-041-02, vol. 1.