



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2013-048

Tyco Electronics Canada ULC

*Décision prise
le vendredi 21 mars 2014*

*Décision rendue
le lundi 24 mars 2014*

*Motifs rendus
le vendredi 4 avril 2014*

EU ÉGARD À une plainte déposée 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.).

PAR

TYCO ELECTRONICS CANADA ULC

CONTRE

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

DÉCISION

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. En vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴, à l'*Accord sur les marchés publics*⁵, au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange Canada-Chili*⁶, au chapitre quatorze de l'*Accord de libre échange Canada-Pérou*⁷, au chapitre quatorze de l'*Accord de libre-échange Canada-Colombie*⁸ ou au chapitre seize de l'*Accord de libre-échange Canada-Panama*⁹, selon le cas. Seul l'*ACI* s'applique au marché public en question dans la présente plainte.

3. La plainte porte sur un marché public (invitation n° W8476-134421/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour la fourniture d'assemblages de câbles de qualité militaire destinés au système d'aide au commandement terrestre (SACT) du MDN dans le cadre du projet de prolongation de la durée de vie du SACT. La demande de propositions (DP) liée à ce marché public a été publiée par TPSGC le 11 octobre 2013. Comme il en sera question plus en détail ci-dessous, TPSGC a fait certaines modifications à la DP après sa publication initiale, y compris deux modifications publiées le 25 novembre 2013 (modification n° 5) et le 29 novembre 2013 (modification n° 7) qui ont une pertinence particulière en l'espèce.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. *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*].

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [*ACI*].

5. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

6. *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). Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

7. *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).

8. *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).

9. *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).

4. La DP contenait une restriction conditionnelle fondée sur les attestations de contenu canadien. Plus précisément, l'article 2.2.1 de la partie 5 de la DP énonçait sans équivoque que le marché était conditionnellement limité aux produits canadiens, renvoyant les soumissionnaires à la clause A3050T du Guide des clauses et conditions uniformisées d'achat (Guide des CUA) de TPSGC quant à la méthode de calcul du contenu canadien. De plus, les « PROCÉDURES D'ÉVALUATION » [traduction] énoncées à la partie 4 de la DP indiquent spécifiquement ce qui suit :

- c) L'équipe d'évaluation déterminera d'abord si au moins trois (3) soumissions sont accompagnées d'une attestation valide de contenu canadien. Si c'est le cas, seules les soumissions accompagnées de l'attestation seront évaluées lors du processus d'évaluation. Dans le cas contraire, toutes les soumissions seront évaluées. Si certaines des soumissions accompagnées d'une attestation valide sont déclarées irrecevables ou sont retirées et qu'il reste moins de trois soumissions recevables accompagnées d'une attestation valide, l'équipe poursuivra l'évaluation des soumissions accompagnées d'une attestation valide. Si toutes les soumissions accompagnées d'une attestation valide sont ensuite déclarées irrecevables ou sont retirées, toutes les autres soumissions reçues seront alors évaluées.

[Traduction]

5. Tyco Electronics Canada ULC (Tyco) a soumis son offre en réponse à la DP le 11 décembre 2013, date de clôture de la période d'invitation à soumissionner. À la suite de l'adjudication du contrat par TPSGC le 16 janvier 2014, Tyco a demandé une réunion de compte rendu et une clarification concernant la méthode utilisée pour calculer le contenu canadien. Après avoir reçu certains renseignements additionnels de TPSGC, Tyco a déposé une plainte auprès du Tribunal le 18 mars 2014 relativement au marché public susmentionné.

IMPOSSIBILITÉ DE SATISFAIRE AUX EXIGENCES RELATIVES AU CONTENU CANADIEN

6. La principale objection de Tyco concerne la partie 4 de la DP qui permettait à TPSGC d'évaluer uniquement les soumissions indiquant que les produits contenaient au moins 80 p. 100 de contenu canadien, à la condition que TPSGC ait reçu au moins trois soumissions accompagnées d'une attestation de contenu canadien.

7. Puisque TPSGC a reçu au moins trois soumissions accompagnées d'une attestation de contenu canadien et que la soumission de Tyco n'était pas accompagnée d'une telle attestation, la soumission de Tyco n'a pas été évaluée.

8. Tyco soutient qu'il est déraisonnable que les évaluateurs se soient fiés aux attestations de contenu canadien accompagnant les autres soumissions reçues par TPSGC, ce qui a eu pour effet d'exclure la soumission de Tyco du processus d'évaluation. À cet égard, Tyco indique qu'il est de « notoriété publique » [traduction] dans l'industrie des câbles que les produits visés par le marché public ne pouvaient satisfaire à l'exigence selon laquelle ils devaient contenir 80 p. 100 de contenu canadien. De plus, Tyco allègue que TPSGC savait que les produits visés par le marché public ne pouvaient contenir 80 p. 100 de contenu canadien, étant donné, plus particulièrement, que TPSGC exigeait que les produits contiennent des composants de fabrication étrangère spécifiques, qui étaient énumérés dans une liste de pièces du dossier des données techniques, sans aucune substitution permise.

9. Dans la procédure de plainte concernant un marché public, la partie plaignante a le fardeau de démontrer au Tribunal, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation d'un accord applicable. En l'espèce, Tyco allègue qu'il y a eu violation de l'ACI, plus particulièrement du paragraphe 506(6) qui prévoit ce qui suit :

Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

10. En l'espèce, il incombait à Tyco de démontrer au Tribunal qu'aucune des entités ayant participé au processus d'appel d'offres ne peut avoir satisfait à l'exigence relative au contenu canadien au lieu de se contenter de déclarer simplement qu'il est de « notoriété publique » que cette exigence était impossible à satisfaire d'une manière ou d'une autre. De simples allégations ne suffisent pas, même au présent stade préliminaire de la procédure de plainte.

11. Au stade préliminaire de la procédure de plainte, durant lequel le Tribunal décide s'il enquêtera sur une plainte en se fondant sur le paragraphe 7(1) du *Règlement*, la partie plaignante jouit de beaucoup d'indulgence et de souplesse. Cependant, pour que le Tribunal exerce correctement son pouvoir discrétionnaire, il doit être convaincu que les allégations soulevées s'appuient sur des faits tangibles lui permettant de conclure que la plainte démontre, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation.

12. En l'espèce, Tyco allègue qu'il est impossible de satisfaire à l'exigence relative au contenu canadien. À part invoquer des échanges avec TPSGC à ce sujet, Tyco n'a pas démontré que l'exigence relative au contenu canadien de la DP ne pouvait être satisfaite par elle ni par aucun autre soumissionnaire.

13. En fait, la position de Tyco équivaut essentiellement à alléguer que les soumissionnaires ayant soumis une attestation de contenu canadien ont mal compris l'exigence ou ont fait preuve de malhonnêteté dans leur soumission. Cependant, Tyco ne fournit aucun élément de preuve indiquant que c'est effectivement le cas. De plus, les éléments de preuve sont insuffisants pour appuyer l'allégation de Tyco selon laquelle la DP a été conçue d'une façon empêchant la satisfaction des exigences relatives au contenu canadien en raison des spécifications de la clause A3050T, particulièrement en tenant compte de toute transformation possible au Canada.

14. Bien que Tyco prétende être le seul fabricant d'origine d'un grand nombre des composants énumérés dans la liste de pièces du dossier des données techniques, ce fait n'établit pas en soi que d'autres soumissionnaires ne peuvent avoir satisfait aux exigences relatives au contenu canadien.

15. Tyco soutient également que l'équipe d'évaluation aurait dû vérifier la validité des attestations avant de prendre une décision concernant le contenu canadien. Toutefois, le Tribunal a toujours conclu que les évaluateurs ne sont pas soumis à une telle obligation et peuvent plutôt accepter l'attestation telle quelle lorsqu'une attestation est fournie¹⁰.

16. Sans indication raisonnable de l'impossibilité de satisfaire à ces exigences, comme Tyco l'allègue, le Tribunal n'est pas disposé à spéculer sur l'impossibilité de se procurer ces produits ni à admettre cette impossibilité comme étant de « notoriété publique » dans le domaine du câblage électronique spécialisé en l'absence d'autres éléments de preuve positifs en ce sens.

10. *Marathon Management Company c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (26 avril 2007), PR-2006-041 (TCCE) au par. 26; *Sanofi Pasteur Limited* (12 mai 2011), PR-2011-006 (TCCE).

17. De l'avis du Tribunal, la plainte de Tyco équivaut à demander au Tribunal de vérifier si les trois soumissionnaires ou plus qui ont fourni des attestations de contenu canadien l'ont fait correctement. Le Tribunal ne peut entreprendre une telle enquête puisque cela reviendrait essentiellement, au mieux, à s'aventurer dans la sphère de l'administration des contrats (qui ne relève pas de sa compétence), voire, au pire, à se lancer dans une « expédition de pêche ».

18. Le Tribunal reconnaît que le document contenu à l'annexe G.1 ne fournit guère de garanties de la part du soumissionnaire quant au respect strict de l'exigence relative au contenu canadien prévue par la DP. Le formulaire est une simple attestation contenant des cases à cocher sans aucune déclaration sous serment ou autres formalités. Cependant, c'est là le document que TPSGC a fourni, dans une annexe spécifique des documents d'appel d'offres, et il n'appartient pas au Tribunal de substituer son jugement à celui de TPSGC pour déterminer quel type d'attestation ou de garanties devrait être acceptable. À cet égard, le Tribunal a maintes fois exprimé l'opinion que TPSGC, ou tout autre ministère, a le droit d'établir ses propres exigences et de déterminer si celles-ci ont été satisfaites¹¹.

19. La question de savoir si le soumissionnaire retenu en l'espèce pourra satisfaire aux exigences du contrat est une question qui sera déterminée au moment de la fabrication et de la livraison des produits et, par conséquent, relève de l'administration du contrat¹². Comme le Tribunal l'a déclaré à maintes occasions dans le passé, les questions d'administration des contrats échappent à sa compétence¹³.

MANQUE DE CLARTÉ DES CALCULS DU CONTENU CANADIEN

20. Tyco soutient également que TPSGC n'a pas évalué sa soumission correctement en raison d'une interprétation fautive de l'article 2.2.1 de la DP, qui énonce l'exigence relative au contenu canadien. Tyco allègue que ou bien les documents d'appel d'offres étaient ambigus à cet égard, ou bien TPSGC a évalué les soumissions d'une façon non conforme aux exigences de la DP, violant ainsi l'ACI.

21. Tout d'abord, le Tribunal fait remarquer que le processus d'appel d'offres semble avoir été long et rigoureux puisqu'il y a eu plusieurs modifications et échanges de questions et réponses entre TPSGC et ceux qui entendaient présenter des soumissions en réponse à la DP. Au total, il y a eu sept modifications aux documents d'appel d'offres, chacune accompagnée d'un échange de questions et réponses.

22. Dans la modification n° 5, TPSGC a précisé que l'adjudication du contrat pouvait être fondée sur l'ensemble des articles compris dans une famille de câbles, ce qui pouvait entraîner l'attribution de cinq contrats individuels distincts à la suite de la DP. Tyco allègue que cette modification a entraîné de la confusion quant à l'application de la règle relative au contenu canadien et a ensuite amené TPSGC à évaluer les soumissions d'une façon non conforme aux exigences de la DP.

11. Voir par exemple *IPSS Inc.* (1^{er} octobre 2007), PR-2007-056 (TCCE). Voir aussi *Novell Canada, Ltd.* (17 juin 1999), PR-98-047 (TCCE) à la p. 13, dans laquelle décision le Tribunal a maintenu que « [...] les entités, et non le Tribunal, sont les mieux placées pour déterminer leurs besoins ».

12. Voir par exemple *Flag Connection Inc.* (3 juillet 2009), PR-2009-018 (TCCE) au par. 16, dans laquelle décision le Tribunal a déclaré que « [t]oute divergence entre les modalités du contrat et les “livraisons” à proprement parler s'y rapportant devient une question d'administration du contrat et ne relève pas de la compétence du Tribunal ».

13. Voir par exemple *Computer Talk Technology* (26 février 2001), PR-2000-037 (TCCE) à la p. 11, dans laquelle décision le Tribunal a déclaré que « [...] c'est à DRHC, et non à un fournisseur donné ou à la collectivité des fournisseurs, qu'il incombe de définir ses exigences afférentes à une invitation à soumissionner, sous réserve du respect des règles applicables aux marchés publics ». Voir aussi *Auto Light Atlantic Limited* (20 janvier 2010), PR-2009-073 (TCCE) au par. 17; *Solartech Inc.* (16 octobre 2007), PR-2007-058 (TCCE).

23. Afin d'analyser convenablement cette question, le Tribunal doit examiner comment TPSGC a énoncé la règle relative au contenu canadien aux articles 2.2.1 et 2.2.2 de la DP. Il ressort assez clairement des documents d'appel d'offres que TPSGC comprenait que la règle relative au contenu canadien signifiait que le soumissionnaire attesterait qu'au moins 80 p. 100 du prix total de la soumission correspondait à des produits canadiens.

24. À cette fin, l'article 2.2.1 de la DP, en particulier, renvoie à la clause A3050T du Guide des CCUA et plus précisément au paragraphe 1 de cette clause, qui prévoit ce qui suit :

Produit canadien : Un produit entièrement fabriqué au Canada ou d'origine canadienne est considéré comme un produit canadien. Un produit dont des composantes sont importées peut aussi être considéré comme produit canadien aux fins de la politique, pourvu qu'il ait été suffisamment transformé au Canada pour être conforme à la définition des Règles d'origine établies par *L'Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA). Aux fins de cette détermination, il faut remplacer le terme « territoire », qui figure dans les Règles d'origine de l'ALENA, par celui de « Canada ». (Consulter l'Annexe 3.6(9) du *Guide des approvisionnements*.)

25. Ce paragraphe énonce clairement comment l'exigence relative au contenu canadien doit être interprétée.

26. De plus, l'article 2.2.1 de la partie 5 de la DP mentionne que « [...] au moins 80 p. 100 du prix total de la soumission [...] » [traduction] doit correspondre à des produits canadiens afin de satisfaire à l'exigence relative au contenu canadien de la DP.

27. Dans la modification n^o 7 à la DP, datée du 29 novembre 2013, un soumissionnaire a spécifiquement posé la question suivante à TPSGC :

Q.34 : **L'attestation du contenu canadien indique qu'au moins 80 p. 100 du prix total de la soumission doit correspondre à des produits canadiens. Tous nos assemblages de câbles seront fabriqués au Canada, mais la majorité des pièces et des matériaux nécessaires pour fabriquer ces assemblages de câbles proviennent des États-Unis. Nous sommes obligés d'acheter ces pièces auprès des fabricants indiqués dans le dossier des données techniques, lesquels sont situés, pour la plupart, aux États-Unis ou à l'étranger. Si ces pièces sont achetées auprès du distributeur canadien du fabricant, peuvent-elles, de ce fait, être considérées comme ayant un contenu canadien?**

[Traduction]

28. En réponse, TPSGC a indiqué ce qui suit :

A.34 : Conformément à la DP, PARTIE 5, articles 2.2.1 et 2.2.2 : veuillez consulter l'exemple 2 de l'annexe 3.6(9) du Guide des approvisionnements et la clause A3050T, Définition du contenu canadien, du Guide des CCUA.

[Traduction]

29. Comme indiqué ci-dessus, la réponse de TPSGC à cette question spécifique consiste à renvoyer les soumissionnaires à l'exemple 2 de l'annexe 3.6(9) du Guide des CCUA pour les aider à déterminer si les produits satisferont aux exigences relatives au contenu canadien. De l'avis du Tribunal, cette réponse n'entraîne pas une interprétation des exigences relatives au contenu canadien qui soit ambiguë ou s'éloigne

de la définition énoncée à l'article 2.2.1 de la DP. TPSGC tente de guider les soumissionnaires potentiels à l'aide d'exemples fournis dans des documents spécialisés de passation de marchés qui rejoignent les exigences prévues à l'article 2.2.1.

30. De plus, si cette explication de TPSGC était ambiguë de quelque façon ou soulevait de nouvelles questions quant à l'interprétation éventuelle de l'exigence relative au contenu canadien, Tyco aurait dû exprimer ses préoccupations plus tôt au lieu d'adopter une attitude attentiste. Le Tribunal a toujours soutenu qu'il incombe au soumissionnaire d'obtenir des précisions ou de s'opposer aux exigences d'une DP lorsque celles-ci comportent une ambiguïté ou manquent de clarté¹⁴.

31. Si Tyco était en mesure de respecter la règle relative au contenu canadien pour un des cinq contrats individuels, mais pas pour l'ensemble, elle avait la possibilité de présenter une soumission visant celui de ces contrats individuels pour lesquels ses produits satisfaisaient ou pouvaient satisfaire à l'exigence relative au contenu canadien. Le contraire est également vrai. Si Tyco était en mesure de respecter l'exigence relative au contenu canadien pour l'ensemble du contrat, elle avait la faculté de structurer sa soumission en conséquence.

32. Si Tyco a perçu une certaine forme d'ambiguïté à la suite des diverses modifications à la DP et des précisions fournies par TPSGC et a néanmoins présenté une soumission visant l'ensemble du contrat, connaissant l'existence d'une certaine confusion ou espérant obtenir un contrat individuel pour une des familles de câbles ou l'ensemble du contrat, cela revient à des spéculations qui ne peuvent être admises comme démontrant, dans une mesure raisonnable, la violation d'un accord commercial.

33. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que rien dans les documents fournis par Tyco n'indique que la décision d'exclure la soumission de Tyco du processus d'évaluation en raison des exigences relatives au contenu canadien ou de la méthode utilisée pour calculer ce contenu, telles qu'elles sont énoncées dans la DP et ses modifications, contrevient au paragraphe 506(6) de l'ACI.

34. Ainsi, le Tribunal conclut que les renseignements au dossier ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

35. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

36. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre président

14. Voir par exemple *Primex Project Management Ltd.* (22 août 2002), PR-2002-001 (TCCE).