



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2014-022

Shaw Industries Inc.

*Décision prise
le lundi 11 août 2014*

*Décision rendue
le mardi 12 août 2014*

*Motifs rendus
le lundi 18 août 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

SHAW INDUSTRIES INC.

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.

Pasquale Michaele Saroli
Pasquale Michaele Saroli
Membre président

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.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

2. La plainte porte sur un marché public pour la prestation de services de remplacement de carreaux de tapis, passé par Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd. (Ron Engineering) en tant que directeur de travaux pour Brookfield Office Properties LP (Brookfield), qui agit à son tour comme mandataire de BPO (Ontario Core) Ltd. (BPO), le propriétaire de l'immeuble où les travaux doivent être effectués³.

3. Selon la plainte, Brookfield agit à titre d'« intermédiaire » tiers au nom du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour l'acquisition de carreaux de tapis qui seront installés dans l'immeuble en question, qui est loué à bail pour l'usage exclusif de divers ministères fédéraux, y compris le ministère des Transports et l'Agence du revenu du Canada⁴.

4. Shaw Industries Inc. (Shaw) allègue que TPSGC a agi incorrectement en définissant les exigences techniques obligatoires dans les documents d'appel d'offres d'une manière qui n'est pas conforme aux obligations du Canada aux termes du chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁵. Plus particulièrement, Shaw conteste les spécifications techniques suivantes des carreaux de tapis à fournir⁶ :

10. Les carreaux de tapis doivent respecter ou surpasser les caractéristiques suivantes :

[...]

- .7 Fibre de la trame conforme à la norme CAN/CGSB 4.129 et comme suit :
100 p. 100 première qualité, nylon à filament continu gonflant, étampé et certifié, *extrudé à l'externe par un producteur de fibres offrant un programme d'essai conforme aux normes de construction et de rendement pour la moquette spécifiée* : type 6.6 ou 6, section transversale trilobée ou creuse carrée. *La forme des fibres doit présenter un rapport de modification d'au plus 2,6 pour les capacités d'élimination des salissures*. Identification des fibres : selon la méthode d'essai AATCC 20. Fournisseurs acceptables : Invista, Solutia, Universal, Aquafil, Nylene, Zeftron;

[...]

[Traduction, nos italiques]

-
1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.) [*Loi sur le TCCE*].
 2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].
 3. Plainte, pièce C-1, annexe D, « Instructions à l'intention des soumissionnaires » [traduction] (21 juillet 2014) à la p. 1.
 4. Plainte, « Plainte concernant un marché public déposée par Shaw Industries » [traduction], aux par. 1, 22, 26-27.
 5. *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^o 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].
 6. Plainte, « Plainte concernant un marché public déposée par Shaw Industries », aux par. 35-38, 42-43; voir aussi la plainte, pièce C-1, annexe D, « Carreaux et base de tapis » [traduction] (21 juillet 2014) au par. 10.7.

5. Shaw est d'avis que, en fait, elle a été empêchée de présenter une soumission recevable en réponse à l'offre parce qu'elle ne pouvait respecter deux des exigences techniques des carreaux de tapis, en particulier 1) que le nylon soit extrudé à l'externe par un producteur de fibres (l'exigence relative à l'extrusion à l'externe) et 2) que les fibres de tapis aient un « rapport de modification » d'au plus 2,6 pour les capacités d'élimination des salissures (l'exigence relative au rapport de modification maximal).

6. Shaw allègue que ces exigences vont à l'encontre de l'article 1007 de l'ALÉNA au motif qu'elles sont inutilement restrictives pour les raisons suivantes : 1) en ce qui concerne l'exigence relative à l'extrusion à l'externe, le fait que les fibres utilisées soient extrudées à l'externe ou à l'interne par un fabricant de tapis intégré n'a aucune incidence sur le rendement ou la qualité du tapis; 2) pour ce qui est de l'exigence relative au rapport de modification maximal, aucun élément de preuve indépendant n'appuie une corrélation entre le rapport de modification d'une fibre et le rendement d'un tapis en termes de résistance aux salissures⁷. Elle allègue également que les deux exigences ont été élaborées par TPSGC afin de l'empêcher de participer à l'invitation à soumissionner, étant donné que Shaw, en tant que fabricant de tapis intégré, extrude ses propres fibres et qu'elle ne peut produire de fibres présentant un rapport de modification inférieur à 2,8 en quantités requises pour ce contrat⁸.

7. À titre de mesure corrective, Shaw demande que le Tribunal rende une ordonnance de report d'adjudication du contrat et qu'un nouvel appel d'offres soit publié, sans les exigences techniques en question.

CONTEXTE

8. Selon la plainte, l'appel d'offres a été publié le 21 juillet 2014 et la date de clôture des soumissions était le 31 juillet 2014⁹.

9. Le 25 juillet 2014, Shaw a écrit à Ron Engineering pour s'opposer à l'exigence relative au rapport de modification maximal et pour lui demander si sa proposition serait acceptable avec un rapport de modification supérieur de 2,8¹⁰. Le même jour, Ron Engineering a fourni une réponse à Shaw, laquelle a été envoyée en copie conforme à Brookfield, indiquant que le changement proposé au rapport de modification avait été recommandé à TPSGC, mais qu'il n'avait pas été pris en compte dans la spécification révisée fournie par TPSGC pour ce projet¹¹.

10. Shaw n'a pas présenté de soumission en réponse à l'appel d'offres.

11. Le 6 août 2014, Shaw a déposé sa plainte auprès du Tribunal, dans laquelle elle soulevait deux motifs de plainte — le premier portant sur l'exigence relative au rapport de modification maximal et le deuxième, sur l'exigence relative à l'extrusion à l'externe.

7. Plainte, « Plainte concernant un marché public déposée par Shaw Industries », aux par. 39, 49.

8. *Ibid.* aux par. 43, 51.

9. Formule de plainte à la p. 3.

10. Plainte, pièce C-2, « Échange de courriels entre M^{me} Deanne Duncan de Shaw Industries Inc. et M. Bruce Thomas de Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd. daté du 25 juillet 2014 » [traduction].

11. *Ibid.*

ANALYSE

12. Après avoir reçu une plainte conformément au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit déterminer si les quatre conditions suivantes sont satisfaites avant d'entamer une enquête :

- 1) la plainte a été déposée dans les délais prescrits par l'article 6 du *Règlement*;
- 2) le plaignant est réellement un fournisseur ou un fournisseur potentiel;
- 3) la plainte porte sur un contrat spécifique;
- 4) les renseignements fournis par le plaignant démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*ALÉNA*, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*¹², à l'*Accord sur les marchés publics*¹³, au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange Canada-Chili*¹⁴, au chapitre quatorze de l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou*¹⁵, au chapitre quatorze de l'*Accord de libre-échange Canada-Colombie*¹⁶ et au chapitre seize de l'*Accord de libre-échange Canada-Panama*¹⁷ selon le cas.

13. En d'autres termes, le Tribunal doit examiner la plainte pour déterminer s'il y a indication raisonnable que l'entité acheteuse a mené la procédure du marché public d'une manière qui contrevient à l'un des accords commerciaux applicables.

14. Étant donné que le marché public a été publié par Ron Engineering¹⁸, une entité privée, et non par TPSGC, le Tribunal examinera d'abord si la plainte porte sur un contrat spécifique.

15. L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* définit l'expression « contrat spécifique » comme un « [c]ontrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé *par une institution fédérale* — ou pourrait l'être — , et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire » [nos italiques]. Le paragraphe 3(1) du *Règlement* prévoit ce qui suit : « [...] est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché de fournitures ou services ou de toute combinaison de ceux-ci, accordé *par une institution fédérale* — ou qui pourrait l'être — et visé, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie, [par les accords commerciaux] » [nos italiques].

16. L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* définit « institution fédérale » comme un « [m]inistère ou département d'État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement ». Cela comprend les entités et entreprises publiques fédérales énumérées dans les annexes pertinentes des accords commerciaux applicables, conformément au paragraphe 3(2) du *Règlement*.

-
12. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm>.
 13. *Protocole portant amendement de L'Accord sur les marchés publics*, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm> (entré en vigueur le 6 avril 2014).
 14. *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.
 15. *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).
 16. *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).
 17. *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).
 18. Plainte, pièce C-1, appel d'offres concernant le remplacement de carreaux de tapis, « Partie I – Appel d'offres » [traduction] à la p. 1.

17. Bien que TPSGC soit une entité publique visée par l'ALÉNA¹⁹, il ne fait aucun doute que Brookfield et Ron Engineering sont des entités privées, ni l'une ni l'autre n'étant considérée comme une « institution fédérale » aux termes de l'ALÉNA ou, d'ailleurs, d'un des autres accords commerciaux pouvant s'appliquer.

18. Cependant, selon Shaw, TPSGC est l'institution fédérale « régissant le marché public » [traduction] au nom des ministères fédéraux qui louent la propriété en question. Plus particulièrement, Shaw s'appuie sur le courriel de Ron Engineering daté du 25 juillet 2014 comme preuve que TPSGC a élaboré les exigences techniques relatives aux carreaux de tapis faisant l'objet du marché public et avait le pouvoir d'exercer son droit de veto pour modifier ces exigences²⁰. Selon Shaw²¹, TPSGC a délibérément structuré le marché public par l'intermédiaire d'une entité privée tierce afin de se soustraire à ses obligations aux termes du chapitre 10 de l'ALÉNA, ce qui constitue une violation du paragraphe 1001(4)²².

19. À la lumière de cette allégation, le Tribunal examinera la question de savoir si les éléments de preuve déposés avec la plainte appuient une conclusion selon laquelle ce marché public doit être évalué comme ayant été passé par TPSGC, quoique par l'entremise de Brookfield et/ou de Ron Engineering en tant que mandataires de TPSGC²³.

20. Les « Instructions à l'intention des soumissionnaires » contenues dans les documents d'invitation à soumissionner déposés avec la plainte définissaient les rapports juridiques entre les entités privées prenant part à ce marché public comme suit²⁴ :

3. Définitions

- .1 **Propriétaire.** Propriétaire de l'immeuble et des améliorations ou travaux que l'Entrepreneur effectuera.
- .2 **Mandataire du Propriétaire.** Le Propriétaire a accordé à Brookfield Office Properties LP le pouvoir d'agir comme Mandataire du Propriétaire.
- .3 **Directeur de travaux.** Le Mandataire du Propriétaire a accordé à Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd. le pouvoir, en qualité de Directeur de travaux, de conclure des contrats avec des Entrepreneurs. Toute communication entre l'Entrepreneur, le Propriétaire et le Directeur de travaux se fait par l'entremise du Directeur de travaux.
- .4 **Entrepreneur.** Entreprise employée par le Directeur de travaux et chargée d'exécuter les travaux.
- .5 **Sous-traitant.** Entreprise employée par l'Entrepreneur et chargée de l'exécution de portions des travaux visés par l'étendue des travaux de l'Entrepreneur.

[Traduction]

19. Liste du Canada à l'annexe 1001.1a-1 de l'ALÉNA.

20. Plainte, « Plainte concernant un marché public déposée par Shaw Industries », aux par. 5, 16.

21. *Ibid.* aux par. 26, 29.

22. Le paragraphe 1001(4) de l'ALÉNA prévoit ce qui suit : « Aucune des Parties ne pourra préparer, élaborer ou autrement structurer un projet d'achat dans le but de se soustraire aux obligations du présent chapitre ».

23. Dans *Canada (Procureur général) c. Canadian North Inc.*, 2007 CAF 93 (CanLII) aux par. 16-17, la Cour d'appel fédérale a conclu que lorsqu'il existe une relation mandant-mandataire, les activités du mandataire liées au marché public, y compris l'adjudication du contrat, sont, en droit, les activités du mandant et non celles du mandataire. Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Davis Pontiac Buick GMC (Medicine Hat) Ltd.*, 2008 CAF 378 (CanLII) au par. 11 et *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514.

24. Plainte, pièce C-1, annexe D, « Instructions à l'intention des soumissionnaires » (21 juillet 2014) à la p. 1.

21. Par conséquent, Ron Engineering était clairement autorisée par le mandataire du propriétaire de l'immeuble à conduire la procédure de passation du marché public et à conclure un contrat pour la prestation de services de remplacement de carreaux de tapis pour la propriété. En outre, les améliorations ou travaux à effectuer appartiendraient clairement au propriétaire de l'immeuble, BPO. Aucune mention de TPSGC ne se trouve dans les documents d'appel d'offres.

22. Le courriel de Ron Engineering daté du 25 juillet 2014 indique que TPSGC a fourni à l'entité acheteuse (à savoir Ron Engineering) les spécifications techniques du projet, que Ron Engineering et le mandataire du propriétaire (à savoir Brookfield) ont retenu les services d'un consultant privé, JVS, pour examiner et évaluer ces spécifications, que JVS a recommandé à TPSGC certaines modifications, et que, à la lumière du rejet par TPSGC du changement proposé à l'exigence relative au rapport de modification maximal, Ron Engineering a rejeté la demande de Shaw.

23. Cependant, le fait que TPSGC, en tant que représentant des locataires de l'immeuble, ait fourni à l'entité acheteuse les spécifications techniques et ait été consulté relativement aux modifications proposées de celles-ci n'établit pas, en soi, une relation mandant-mandataire qui signifierait que la procédure du marché public en cause a été conduite par TPSGC, quoique par l'entremise d'intermédiaires privés. D'ailleurs, le Tribunal remarque qu'il n'est pas rare pour des propriétaires d'immeubles commerciaux privés, dans le cadre de leurs propres activités d'approvisionnement, de collaborer avec des locataires fiables et de répondre à leurs besoins particuliers en effectuant des améliorations à un espace loué sans pour autant renoncer à leur rôle d'entrepreneur ou à leur propriété des améliorations conséquentes.

24. D'ailleurs, bien que Brookfield et Ron Engineering puissent avoir appliqué les spécifications techniques fournies par TPSGC, les documents contenus dans la plainte indiquent clairement que la procédure du marché public a été menée par une entité privée (Ron Engineering) afin de conclure un contrat avec une autre entité privée (le soumissionnaire retenu) pour l'acquisition de carreaux de tapis et que les améliorations conséquentes appartiendraient au propriétaire et locateur de l'immeuble, BPO, elle-même étant également une entité privée.

25. La plainte ne contient pas non plus de renseignements qui indiquent que TPSGC interviendrait dans l'évaluation des soumissions, dans l'adjudication du contrat ou dans le paiement des travaux à effectuer, ou que ceux-ci lui appartiendraient.

26. Puisque le marché public concerne un contrat conclu entre des entités privées et puisque la plainte n'indique pas, de façon raisonnable, qu'il existe une relation mandant-mandataire entre TPSGC et Brookfield ou Ron Engineering, le Tribunal conclut que le marché public en cause ne vise pas un « contrat spécifique » au sens de la *Loi sur le TCCE* et du *Règlement* et selon ce qui est exigé par le chapitre 10 de l'*ALÉNA*.

27. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'a pas compétence pour enquêter sur la plainte et considère la question comme réglée.

28. Bien que ce ne soit pas nécessaire pour statuer sur la présente plainte, le Tribunal remarque que même si, aux fins de la discussion, il avait conclu qu'il existait un contrat spécifique, la plainte aurait tout de même été rejetée, étant donné que le motif de plainte concernant l'exigence relative à l'extrusion à l'externe n'avait pas été déposé dans les délais prescrits par l'article 6 du *Règlement*.

29. À cet égard, le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit qu'un fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal « [...] *doit le faire* dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte » [nos italiques].

30. Le paragraphe 6(2) du *Règlement* prévoit, quant à lui, que le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition et à qui l'institution refuse réparation peut 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, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ».

31. Autrement dit, une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte, soit pour présenter une opposition auprès l'institution fédérale, soit pour déposer une plainte auprès du Tribunal. Si la partie plaignante présente une opposition auprès de l'institution fédérale dans le délai prévu, elle peut ensuite déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables à partir du moment où elle a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation de l'institution fédérale.

32. En l'absence d'éléments de preuve du contraire, le Tribunal considère que Shaw a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte concernant les exigences techniques obligatoires à la date de publication des documents d'appel d'offres (c'est-à-dire le 21 juillet 2014).

33. Bien que l'opposition de Shaw datée du 25 juillet 2014 concernant l'exigence relative au rapport de modification maximal ait été présentée dans le délai prévu, cette opposition ne visait pas l'exigence relative à l'extrusion à l'externe²⁵. Par conséquent, lorsque Shaw a déposé sa plainte le 6 août 2014, elle ne respectait pas le délai obligatoire de 10 jours prescrit par le paragraphe 6(1) du *Règlement* pour ce motif de plainte particulier.

34. Par conséquent, quelle qu'aurait été la conclusion définitive du Tribunal sur la question de savoir s'il y a indication raisonnable d'une violation des accords commerciaux applicables selon le motif de plainte soulevé dans les délais, c'est-à-dire celui qui concerne l'exigence relative au rapport de modification maximal, le Tribunal n'aurait eu aucun fondement pour accorder la réparation demandée puisque Shaw a reconnu²⁶ qu'elle aurait quand même été incapable de respecter l'exigence relative à l'extrusion à l'externe, qu'elle n'aurait pu contester dans les délais légaux.

DÉCISION

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

Pasquale Michaele Saroli

Pasquale Michaele Saroli

Membre président

25. Plainte, pièce C-2, « Échange de courriels entre M^{me} Deanne Duncan de Shaw Industries Inc. et M. Bruce Thomas de Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd. daté du 25 juillet 2014 ».

26. En fait, Shaw a admis dans la plainte que le non-respect de l'exigence relative à l'extrusion à l'externe aurait, en soi, été suffisant pour rejeter toute proposition qu'elle aurait pu présenter en réponse à l'invitation. Voir la plainte, « Plainte concernant un marché public déposée par Shaw Industries », au par. 38.