



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2015-060

HDT Expeditionary Systems Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le mercredi 6 juillet 2016*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ.....	1
HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	1
DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA DP	2
ACCORDS COMMERCIAUX APPLICABLES	3
ANALYSE.....	5
Respect des délais	5
Définition de « dommage ».....	7
Motif de plainte additionnel concernant l'évaluation.....	9
Vérification par un laboratoire d'essai indépendant.....	10
FRAIS	11
DÉCISION.....	11

EU ÉGARD À une plainte déposée par HDT Expeditionary Systems Inc. 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**HDT EXPEDITIONARY SYSTEMS INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****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 n'est pas fondée.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux le remboursement des frais raisonnables encourus pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par HDT Expeditionary Systems Inc. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, conformément à l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

Membre du Tribunal : Peter Burn, membre président

Conseiller juridique pour le Tribunal : Alexandra Pietrzak

Agent du greffe : Chelsea McKiver

Partie plaignante : HDT Expeditionary Systems Inc.

Conseiller juridique pour la partie plaignante : Gordon Cameron

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Ian G. McLeod
Roy Chamoun
David D'Angela
Kathleen McManus

Veillez adresser toutes les communications au :

Greffier
Secrétariat du 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 : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

RÉSUMÉ

1. Le 23 février 2016, HDT Expeditionary Systems Inc. (HDT) 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, au sujet d'une demande de propositions (invitation n° W8476-155245/A) émise par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN). La demande de propositions (DP) concernait l'acquisition de systèmes d'abri pour quartier général et la prestation des services de soutien connexes.

2. HDT allègue que TPSGC a incorrectement déterminé que son abri de planification ne satisfaisait pas aux critères obligatoires en matière de surcharge due à la neige. Plus particulièrement, HDT allègue que TPSGC a introduit un critère non divulgué en évaluant si son abri de planification avait subi une « déformation permanente » [traduction] en raison de la surcharge due à la neige et qu'il a adopté une définition déraisonnable du terme « dommage » [traduction]. HDT allègue aussi que le MDN et TPSGC se sont à tort ingérés dans le processus d'évaluation.

3. À titre de mesure corrective, HDT demande que sa soumission soit considérée comme ayant satisfait aux critères obligatoires en matière de surcharge due à la neige et que, par conséquent, elle soit retenue pour les étapes subséquentes du processus d'évaluation. De plus, HDT demande le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt de sa plainte.

HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

4. Le 15 avril 2015, TPSGC a émis la DP pour l'acquisition de systèmes d'abri pour quartier général et la prestation des services de soutien connexes au nom du MDN. La date de clôture initiale de l'appel d'offres était le 15 juillet 2015, mais après avoir apporté plusieurs modifications, la date de clôture a été reportée au 4 septembre 2015.

5. HDT a présenté une soumission en réponse à la DP le ou autour du 4 septembre 2015.

6. Le 3 novembre 2015, TPSGC a avisé HDT que sa soumission avait été jugée recevable dans le cadre de la première étape, qui consistait à évaluer sa soumission par rapport aux exigences obligatoires cotées. HDT a donc été invitée à participer à la deuxième étape du processus d'évaluation, qui comprenait de faire subir aux systèmes d'abri un essai de surcharge due à la neige.

7. Entre le 7 décembre et le 11 décembre 2015, le Conseil national de recherches du Canada (CNRC) a effectué des essais sur l'abri de planification proposé par HDT, y compris un essai de surcharge due à la neige².

8. Le 15 janvier 2016, TPSGC a avisé HDT par écrit que la feuille de données en matière de surcharge due à la neige n'avait pas été entièrement remplie, étant donné qu'aucune des cases des colonnes « respecté » et « non respecté » n'avaient été cochées. Par conséquent, TPSGC a joint une feuille de données remplie, qui indiquait que l'abri de planification proposé par HDT avait échoué l'essai de surcharge due à la neige.

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

2. Un autre essai sur l'appareil de chauffage proposé par HDT a été effectué le 18 février 2016; toutefois, cet essai ne concerne pas la présente plainte.

9. Le 22 janvier 2016, HDT s'est opposée par écrit aux résultats de l'essai de surcharge due à la neige. Plus particulièrement, HDT soutient que la « déformation » des goupilles et des montants constatée par les évaluateurs ne constitue pas un « dommage » subi par son abri de planification et que, pour cette portion de l'évaluation, il aurait dû être conclu que son abri de planification avait « respecté » ce critère.

10. Le 9 février 2016, TPSGC a écrit à HDT pour rejeter sa demande de revenir sur sa décision ayant trait aux résultats de l'essai de surcharge due à la neige et a confirmé sa conclusion selon laquelle la soumission de HDT n'avait pas satisfait aux exigences obligatoires de la DP.

11. Le 23 février 2016, HDT a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

12. Le 1^{er} mars 2016, le Tribunal a informé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisqu'elle satisfaisait aux exigences du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées dans le paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. De plus, le Tribunal a émis une ordonnance de report d'adjudication du contrat, comme l'avait demandé HDT dans sa plainte.

13. Le 11 mars 2016, TPSGC a déposé une demande de prorogation du délai pour déposer son Rapport de l'institution fédérale (RIF). Le Tribunal a accueilli la demande et, en raison de celle-ci, a informé les parties que la date limite pour rendre sa décision avait été reportée à 135 jours après le dépôt de la plainte, conformément à l'alinéa 12c) du *Règlement*.

14. Le 11 avril 2016, TPSGC a déposé son RIF auprès du Tribunal, conformément à l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴.

15. Le 21 avril 2016, HDT a déposé ses commentaires sur le RIF.

16. Étant donné que les renseignements au dossier étaient suffisants pour que le Tribunal puisse examiner la plainte en profondeur et se prononcer, il a conclu qu'une audience n'était pas nécessaire et a procédé à un jugement sur pièces.

DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA DP

17. La plainte a trait à l'évaluation du critère obligatoire suivant :

L'abri de planification doit être fonctionnel et résister, sans s'effondrer ni subir de dommages, à une surcharge de neige d'au moins 478,8 Pa plus une tolérance de 10 %, et ce, pour une période de douze (12) heures, et être démonté, en répondant à toutes les exigences de performance et sans faire appel à des structures de soutien additionnelles qu'on installe précisément pour répondre à cette exigence⁵.

[Traduction]

18. En ce qui concerne l'évaluation des exigences obligatoires cotées, il était indiqué ce qui suit dans la DP :

Le MDN a chargé un laboratoire d'essai indépendant d'élaborer et de mettre en œuvre un programme qui permettra de vérifier que les critères obligatoires cotés relatifs au système d'abri pour quartier général mentionnés à l'appendice A sont respectés⁶.

[Traduction]

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

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

5. Pièce PR-2015-060-01 aux pp. 129, 166.

6. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 147.

19. En ce qui concerne l'essai de surcharge due à la neige, le laboratoire d'essai indépendant devait effectuer ce qui suit :

1. calculer et consigner la surface du toit en considérant qu'il est horizontal;
2. pour mesurer la déformation, régler le système d'acquisition de données sur 0,1 Hz;
3. à l'aide de nacelles, appliquer une surcharge longitudinale de 478,8 Pa (10 lb/pi²) au centre du toit et de manière à ce que toute la surface du toit soit recouverte;
4. mesurer ensuite la déformation;
5. laisser la force s'exercer pendant 12 heures sur le toit de l'abri;
6. au bout des 12 heures, consigner la déformation finale et retirer progressivement la charge du toit;
7. *inspecter l'abri pour voir s'il a subi des dommages et consigner les preuves attestant la présence de dommages structuraux, de coutures ayant cédé ou de détériorations du tissu*⁷.

[Nos italiques, traduction]

20. Une fois la vérification achevée, la DP indiquait que le laboratoire d'essai indépendant devait remettre le document suivant :

[P]our chacune des configurations du système d'abri proposé par le soumissionnaire, [le laboratoire d'essai indépendant remettra] un tableau de vérification dûment rempli des critères obligatoires cotés des appendices A et B⁸.

[Traduction]

21. Le CNRC est le laboratoire indépendant qui a effectué les essais de performance.

ACCORDS COMMERCIAUX APPLICABLES

22. Les parties conviennent et le Tribunal est d'avis que l'*Accord sur le commerce intérieur* s'applique à l'appel d'offres⁹. TPSGC soutient que ni l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹⁰ ni l'*Accord sur les marchés publics*¹¹ de l'Organisation mondiale du commerce ne s'appliquent en l'espèce.

23. Bien que HDT ait initialement soutenu que les trois accords commerciaux mentionnés ci-dessus s'appliquaient à l'appel d'offres, dans ses commentaires sur le RIF HDT a limité ses arguments à l'*ACI*. À ce titre, il semble que HDT ait décidé de laisser tomber ses arguments selon lesquels les trois accords commerciaux s'appliquaient. Bien qu'il ne soit pas absolument nécessaire que le Tribunal détermine si

7. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 167.

8. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 151.

9. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.ait-aci.ca/agreement-on-internal-trade/?lang=fr>> [ACI].

10. *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, en ligne : le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

11. *Accord révisé 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) [AMP].

l'ALÉNA et l'AMP s'appliquaient à l'appel d'offres¹², le Tribunal fera néanmoins des commentaires sur les arguments de TPSGC selon lesquels ces accords commerciaux ne s'appliquaient pas.

24. Comme le fait remarquer TPSGC, les biens et les services faisant l'objet de l'appel d'offres sont visés au numéro N8340 (tentes et bâches) de la Federal Supply Classification¹³. L'ALÉNA (section B de l'annexe 1001.1b-1) et l'AMP (annexe 4 de l'appendice 1 du Canada) énumèrent de façon exhaustive les biens achetés par le MDN qui sont visés par ces deux accords. Les marchandises en cause ainsi que les services connexes ne figurent dans aucune des listes et, par conséquent, sont exemptés de l'application de l'ALÉNA et de l'AMP lorsque l'acquéreur est le MDN.

25. L'appel d'offres en question a été émis par TPSGC au nom du MDN. En ce qui concerne l'application des accords commerciaux, le Tribunal a affirmé à maintes reprises qu'une institution fédérale qui agit comme autorité contractante peut n'être simplement qu'un agent pour une autre institution fédérale. Dans de telles circonstances, la détermination de l'institution fédérale pertinente aux fins de l'application des accords commerciaux dépend de divers facteurs, comme par exemple le ministère qui acquiert les biens ou les services, qui a formulé les spécifications, qui a procédé à l'évaluation ou qui paiera pour les travaux, ainsi que d'autres indications dans les documents d'appel d'offres selon lesquels l'autorité contractante agit au nom d'une autre institution fédérale¹⁴.

26. Après avoir examiné la DP en question, le Tribunal conclut qu'il y a de multiples dispositions qui précisent que TPSGC agissait comme agent au nom du MDN. Par exemple, à l'appendice BB de l'annexe B des Instructions et exigences à l'intention des soumissionnaires est énoncé ce qui suit :

1.2 But et objectif

Le MDN a chargé un laboratoire d'essai indépendant d'élaborer et de mettre en œuvre un programme qui permettra de vérifier que les critères obligatoires cotés relatifs au système d'abri pour quartier général mentionnés à l'appendice A sont respectés.

1.3 Contexte

Le MDN cherche à acquérir un système d'abri pour quartier général pour remplacer partiellement un système d'abri tactique en service par un système d'abri plus performant qui appuiera le déploiement des Forces canadiennes dans tous les environnements opérationnels.

1.4 Contraintes

Il n'existe pas de dispositions quant à la répétition des vérifications. Seuls quelques observateurs seront autorisés sur les lieux des essais. Ces observateurs seront composés d'un nombre limité de membres du MDN, de membres de TPSGC et de représentants du soumissionnaire. C'est au gestionnaire de projet du MDN et à TPSGC à qui reviendra la tâche de décider en dernier ressort qui sera autorisé sur les lieux¹⁵.

[Nos italiques, traduction]

27. Tout compte fait, ces dispositions indiquent que la DP avait pour objet l'acquisition d'abris de planification et la prestation des services connexes pour et au nom du MDN. Par conséquent, c'est le MDN,

12. *Construction de Défense (1951) Limitée c. Zenix Engineering Ltd.*, 2008 CAF 109 (CanLII) au par. 24 [*Construction de Défense*].

13. Pièce PR-2015-060-010 au par. 58.

14. Voir par exemple *Construction de Défense; Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 RCF 514, 1999 CanLII 9343 (CAF); *National Airmotive Corporation* (3 juin 1999), PR-98-051 (TCCE).

15. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 147.

et non TPSGC, qui est l'institution fédérale pertinente aux fins de l'application des accords commerciaux. À ce titre, les exclusions qui figurent dans l'*ALÉNA* et dans l'*AMP* s'appliquent, et l'appel d'offres n'est visé par aucun de ces accords commerciaux.

28. Néanmoins, puisque l'*ACI* s'applique à l'appel d'offres, le Tribunal doit déterminer si les motifs de plainte de HDT sont fondés.

ANALYSE

29. 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, qui en l'espèce, tel qu'indiqué ci-dessus, est l'*ACI*.

30. L'article 506(6) de l'*ACI* stipule ce qui suit :

Dans l'évaluation des offres, une Partie peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec l'article 504. 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.

31. Dans les cas portant sur l'application du paragraphe 506(6), le Tribunal, en règle générale, ne substitue pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à l'évaluation de la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas, d'une autre manière, procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure¹⁶. De plus, le Tribunal est d'avis que la responsabilité de s'assurer qu'une proposition satisfait à tous les critères essentiels d'une invitation incombe en définitive au soumissionnaire¹⁷.

Respect des délais

32. HDT affirme que TPSGC, en évaluant si l'abri de planification proposé avait subi une « déformation permanente » lors de l'essai de surcharge due à la neige, a appliqué un nouveau critère d'évaluation qui n'était pas mentionné dans la DP ou qui n'avait pas été communiqué aux soumissionnaires. Puisque ce critère n'était pas mentionné dans la DP, HDT soutient n'avoir pas eu l'occasion de proposer un critère de substitution approprié, de faire subir au préalable à son système d'abri un essai de charge pour s'assurer qu'aucune déformation ne se manifesterait lors de l'essai de surcharge due à la neige ou de proposer un autre système d'abri qui aurait satisfait au nouveau critère.

33. Bien que HDT ait raison d'affirmer que ce terme ne figure pas dans la DP ni dans les modifications apportées à celle-ci, HDT reconnaît néanmoins que « [l]a première fois que nous avons entendu parler de ce critère est au cours de la séance d'information lors de l'essai de surcharge due à la neige [...] »¹⁸ [traduction]

16. *MTS Allstream Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 février 2009), PR-2008-033 (TCCE) au par. 26 [*MTS Allstream*].

17. *Integrated Procurement Technologies Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE).

18. Pièce PR-2015-060-12 au par. 5.

qui a eu lieu les 9 et 10 décembre 2015. HDT a effectivement confirmé qu'au cours de la séance d'information le représentant du CNRC « a indiqué pour la première fois que les éléments de la structure *ne devaient subir aucune déformation permanente* lors de l'essai de surcharge due à la neige »¹⁹ [nos italiques, traduction].

34. À ce titre, c'est au plus tard le 10 décembre 2015 (le dernier jour de l'essai de surcharge due à la neige) que HDT a pris connaissance que l'abri de planification qu'elle proposait serait évalué en fonction d'une déformation permanente.

35. Aux termes de l'article 6 du *Règlement*, un fournisseur potentiel dispose de 10 jours ouvrables après la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte pour soit présenter une opposition à l'institution fédérale concernée, soit déposer une plainte auprès Tribunal. La Cour d'appel fédérale dans *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.* a fait remarquer ce qui suit :

Les fournisseurs potentiels *ne doivent donc pas attendre l'attribution d'un contrat avant de déposer toute plainte* qu'ils pourraient avoir concernant la procédure. On s'attend à ce qu'ils soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure²⁰.

[Nos italiques]

36. Ses propres éléments de preuve indiquent que non seulement HDT a été mise au courant avant l'essai de surcharge due à la neige que l'abri de planification qu'elle proposait serait évalué en fonction d'une déformation permanente, mais que HDT a avisé le représentant du CNRC qu'« il y aurait probablement certaines déformations permanentes » [traduction] découlant de l'essai de surcharge due à la neige²¹.

37. En outre, dans sa déclaration écrite sous serment, M. Whittier, directeur technique chez HDT, a affirmé que, après que l'essai de surcharge due à la neige eut été effectué, il y a eu une discussion entre HDT, le MDN et TPSGC quant à la justesse de ce critère. M. Whittier soutient que considérer qu'une déformation permanente constitue un dommage équivaut « essentiellement à redéfinir les critères ayant trait au respect et au non respect des exigences »²² [traduction]. Selon les éléments de preuve de la déclaration sous serment de M. Whittier, cette objection a été communiquée directement aux représentants du CRNC, du MDN et de TPSGC ayant participé à l'évaluation et faisait clairement état des préoccupations de HDT au sujet de la modification alléguée des critères d'évaluation de l'essai de surcharge due à la neige. Le Tribunal considère que, ce faisant, M. Whittier a présenté une opposition concernant la décision d'évaluer son abri de planification en fonction d'une déformation permanente.

38. M. Whittier fait remarquer que le représentant du CNRC, en réponse à cette opposition, a affirmé qu'il ne rendrait pas de décision concernant le respect ou le non-respect des exigences, « mais qu'il consignerait les résultats de l'essai et qu'il remettrait le rapport au MDN et à TPSGC pour qu'ils prennent la décision finale »²³ [traduction]. Bien que M. Whittier affirme ne pas se souvenir de la réponse de TPSGC, il soutient que « [l]e MDN, à titre de responsable technique, avait une position différente, affirmant que toute

19. Pièce PR-2015-060-12 au par. 2.

20. 2002 CAF 284 (Can LII) au par. 20 [*IBM Canada*].

21. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 10.

22. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 15.

23. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 18.

déformation permanente était une indication de la déformation du plastique et démontrait que la structure était sur le point de s'effondrer »²⁴ [traduction].

39. À ce titre, lors de l'essai de surcharge due à la neige, non seulement HDT était au courant que le CNRC allait évaluer les systèmes d'abri en fonction d'une déformation permanente, mais que, selon le MDN, une déformation permanente était le signe d'une défaillance structurelle imminente. Par conséquent, l'opposition de M. Whittier a été rejetée.

40. De plus, M. Whittier, à titre de représentant de HDT, a signé la feuille de données ayant trait à l'essai de surcharge due à la neige datée du 9 décembre 2015, sur laquelle le CNRC a consigné ses observations au sujet de la déformation permanente des éléments structuraux de l'abri de planification de HDT²⁵. Par conséquent, il était clair que le CNRC n'allait pas seulement déterminer s'il y avait une déformation permanente, mais qu'il allait documenter ses observations dans ses commentaires sur la performance de l'abri de planification de HDT.

41. Malgré cette information, HDT n'a présenté d'opposition concernant la présumée utilisation d'un critère non divulgué que dans sa lettre du 22 janvier 2016²⁶.

42. Bien que HDT ne savait peut-être pas que son abri de planification avait échoué l'essai de surcharge due à la neige avant de recevoir la lettre de TPSGC datée du 15 janvier 2016,²⁷ les éléments de preuve indiquent que HDT a pris connaissance de son motif de plainte au cours de la séance d'information avant que l'essai de surcharge due à la neige ne soit effectué. Une fois que HDT a su avec certitude que la « déformation permanente » allait servir de critère d'évaluation lors de l'essai de surcharge due à la neige, HDT disposait de 10 jours ouvrables pour déposer une plainte auprès du Tribunal en ce qui concerne ce qu'elle croyait être l'introduction d'un critère non divulgué. Il n'appartenait pas à HDT d'adopter une attitude attentiste pour savoir si le présumé critère non divulgué allait avoir des conséquences négatives sur sa soumission²⁸.

43. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que le motif de plainte de HDT selon lequel TPSGC a utilisé un critère non divulgué lors de l'essai de surcharge due à la neige n'a pas été déposé dans les délais.

Définition de « dommage »

44. Le Tribunal a conclu que le motif de plainte de HDT selon lequel TPSGC a utilisé un critère non divulgué lors de l'essai de surcharge due à la neige n'a pas été déposé dans les délais. Il déterminera maintenant si la conclusion de TPSGC selon laquelle l'abri de planification de HDT a échoué l'essai de surcharge due à la neige est raisonnable.

45. Ce faisant, il est bien établi que le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à l'évaluation de la soumission d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux contenus dans une soumission, ont fondé leur évaluation sur des

24. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 16.

25. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 246.

26. Pièce PR-2015-060-010A (protégée), onglet 24, à la p. 91.

27. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 241.

28. *RadComm Systems Corp. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (9 février 2015), PR-2014-037 (TCCE) au par 5; *Sani Sport* (10 mars 2014), PR-2014-064 (TCCE) au par. 31.

critères non divulgués ou n'ont pas, par ailleurs, procédé à l'évaluation d'une manière équitable sur le plan de la procédure²⁹.

46. Lors de l'essai de surcharge due à la neige, le CNRC a constaté ce qui suit en ce qui concerne l'abri de planification de HDT :

Plus de la moitié des goupilles rattachant la structure du toit aux montants ont été courbées de façon permanente suite à l'application de la charge.

La partie inférieure d'au moins deux des montants a été déformée de façon permanente suite à l'application de la charge rendant l'emboîtement difficile au moment du démontage³⁰.

[Traduction]

47. À l'appui de sa conclusion selon laquelle l'abri de planification de HDT a échoué l'essai de surcharge due à la neige, TPSGC fait référence à la définition suivante du terme « *damage* » (dommage) qui figure dans l'*Oxford Dictionary* : « dégâts matériels portant atteinte à la valeur, à l'utilité ou au fonctionnement normal de quelque chose »³¹ [traduction]. En raison de la déformation permanente, il a été conclu que l'abri de planification de HDT avait subi un dommage et que, par conséquent, il avait échoué l'essai de surcharge due à la neige³².

48. HDT soutient que la conclusion de TPSGC est contraire à la définition de « dommage » qui figurait dans la DP. Plus particulièrement, HDT soutient que la définition qui figure dans la méthode d'essai 10-2-175 était incorporée par référence à la DP. Toutefois, comme le fait remarquer TPSGC, cette méthode d'essai ne s'appliquait qu'à une partie de la vérification³³. Il n'y a aucune indication dans la DP que cette méthode d'essai s'appliquait intégralement, ou que la définition de « dommage » qui figure dans cette méthode d'essai s'appliquait à la DP. Par conséquent, le Tribunal conclut que la définition de « dommage » qui figure dans cette méthode d'essai n'est pas déterminante en l'espèce.

49. HDT soutient aussi que la déformation qu'a observée l'évaluateur du CNRC fait « délibérément » [traduction] partie de la conception de l'abri de planification³⁴. HDT fait remarquer ce qui suit :

[P]lusieurs de nos abris à structure articulée, identiques à l'abri de planification pour quartier général, sont déjà utilisés par les Forces canadiennes dans le cadre de contrats qui nous ont été adjugés pour la fourniture d'abris climatisés³⁵.

[Traduction]

50. À ce titre, HDT soutient que TPSGC a utilisé une définition qui « n'était pas appropriée d'un point de vue technique »³⁶ [traduction].

51. Que des contrats aient ou non été adjugés antérieurement à HDT pour des abris de planification pour quartier général n'est pas pertinent en l'espèce en ce qui concerne l'interprétation raisonnable des critères de la DP qui nous concerne. Le Tribunal a maintes fois affirmé que les soumissionnaires doivent considérer chaque appel d'offres de façon indépendante, et les modalités d'un appel d'offres précédent ne

29. *MTS Allstream* au par. 26.

30. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 246.

31. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 359.

32. Pièce PR-2015-060-010A (protégée), onglet 25, à la p. 209.

33. Pièce PR-2015-060-01 à la p. 129.

34. Pièce PR-2015-060-01 au par. 54.

35. Pièce PR-2015-060-01 au par. 51.

36. Pièce PR-2015-060-01 au par. 60.

sont pas déterminantes en ce qui concerne les modalités d'un nouvel appel d'offres³⁷. L'acheteur a toute la latitude voulue pour définir ses besoins et établir les spécifications désirées, et il n'y a aucune obligation de sa part d'incorporer les modalités d'un appel d'offres antérieur à un nouvel appel d'offres³⁸.

52. Il est bien établi que les termes des documents d'un appel d'offres doivent être interprétés selon leur sens ordinaire et dans leur contexte³⁹. En outre, le Tribunal a déjà affirmé que le sens d'un terme dans un appel d'offres doit être logiquement lié aux travaux à effectuer ou aux produits demandés⁴⁰. À cet égard, comme le fait remarquer TPSGC, les exigences obligatoires de l'appel d'offres indiquaient ce qui suit :

Le système d'abri pour quartier général doit avoir une durée de vie utile (à partir de la date de sa première utilisation) d'au moins 15 ans lorsqu'il est utilisé selon les conditions climatiques et environnementales indiquées à l'article 1.40.

Il est prévu que le système d'abri pour quartier général sera déplacé et monté, puis démonté et déplacé 36 fois par année⁴¹.

[Traduction]

53. Par conséquent, la définition de « dommage » utilisée par TPSGC était raisonnable si elle correspond au sens ordinaire de ce terme dans le contexte des exigences et des conditions indiquées ci-dessus.

54. En l'espèce, HDT ne conteste pas que plus de la moitié des goupilles et deux des montants de son abri de planification ont été courbés ou déformés de façon permanente lors de l'essai de surcharge due à la neige. Le Tribunal conclut que, selon le sens ordinaire de « dommage » et compte tenu du contexte, des exigences et des objectifs de la DP, les évaluateurs ont agi raisonnablement en considérant qu'il s'agissait d'un dommage et, par conséquent, en concluant que l'abri de planification de HDT ne satisfaisait pas au critère obligatoire en question.

55. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que la plainte de HDT n'est pas fondée quant à ce motif de plainte.

Motif de plainte additionnel concernant l'évaluation

56. En plus des allégations ci-dessus, HDT allègue également que, lors de l'essai de surcharge due à la neige, l'abri de planification qu'elle proposait a été incorrectement évalué en ce qui concerne le désassemblage des montants, leur emboîtement et le démontage de l'abri selon la « méthode prévue »⁴² [traduction]. HDT soutient qu'aucun de ces critères ne figurait dans la procédure d'essai énoncée dans la

37. *Almon Equipment Limited c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 janvier 2012), PR-2011-023 (TCCE) au par. 30; *6979611 Canada Inc.* (18 août 2009), PR-2009-039 (TCCE) au par. 20 [6979611]; *La bande indienne de Spallumcheen* (26 avril 2001), PR-2000-042 (TCCE).

38. *6979611* au par. 20; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 RCS 860, 2000 CSC 60 (CanLII) à la p. 908.

39. Voir *StenoTran Services Inc. et Atchison & Denman Court Reporting Services Ltd. c. Service administratif des tribunaux judiciaires* (15 avril 2016), PR-2015-043 (TCCE) au par. 39; *Microsoft Canada Co., Microsoft Corporation, Microsoft Licensing, GP et Softchoice Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (12 mars 2010), PR-2009-056 (TCCE) au par. 50; *Bergevin c. Canada (Agence canadienne de développement international)*, 2009 CAF 18 (CanLII) aux par. 17-22; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] 1 RCS 69, 2010 CSC 4 (CanLII) aux par. 64-65; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 RCS 633, 2014 CSC 53 (CanLII) aux par. 47-48, 56-58.

40. *Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au par. 28.

41. Pièce PR-2015-060-010, onglet 9, à la p. 224.

42. Pièce PR-2015-060-012 au par. 15.

DP, qui indiquait simplement que le démontage devait pouvoir ce faire en 30 minutes par six personnes au moyen de marteaux et d'arrache-piquets.

57. La conclusion du Tribunal selon laquelle les évaluateurs ont agi raisonnablement en déterminant que l'abri de planification de HDT avait subi un dommage et que, par conséquent, il avait échoué l'essai de surcharge due à la neige fait que ce motif de plainte est sans portée pratique. L'examen de ces présumés critères non divulgués additionnels ne changerait rien aux résultats de l'essai de surcharge due à la neige et à la conclusion des évaluateurs selon laquelle l'abri de planification de HDT n'a pas satisfait aux critères obligatoires pour passer aux étapes suivantes de l'évaluation.

58. Le Tribunal analysera maintenant le dernier motif de plainte de HDT.

Vérification par un laboratoire d'essai indépendant

59. Comme mentionné par HDT, le représentant du CNRC n'a coché aucune des cases des colonnes « respecté » et « non respecté » sur la feuille de données de HDT lors de l'évaluation. Bien que le représentant du CNRC ait consigné ses observations sur l'état de l'abri de planification, il n'a fait aucun commentaire en ce qui concerne le respect ou le non respect des critères. En fait, TPSGC reconnaît que la case « non respecté » n'a pas été cochée au moment de l'essai, et qu'elle ne l'a été qu'après que le technicien du CNRC et le responsable technique du MDN se soient consultés⁴³.

60. En ayant prétendument modifié la feuille de données pour indiquer que son abri de planification avait échoué l'essai de surcharge due à la neige, HDT soutient que le MDN est intervenu de façon irrégulière dans l'évaluation effectuée par le laboratoire d'essai indépendant, soit le CNRC. HDT affirme que le MDN s'est donc ingéré dans le processus de prise de décision contrairement aux termes de la DP et que, par conséquent, la conclusion selon laquelle son abri de planification a échoué l'essai de surcharge due à la neige n'est pas valide.

61. Bien que les termes de la DP puissent suggérer que le CNRC devait déterminer si l'abri de planification avait en définitive réussi ou échoué l'essai de surcharge due à la neige, le Tribunal constate que, selon ses propres éléments de preuve, HDT était au courant que le MDN et TPSGC participeraient activement à l'évaluation dès l'étape de l'essai de surcharge due à la neige. Dans sa déclaration écrite sous serment, M. Whittier affirme que, après que l'abri de planification a été démonté lors de l'essai de surcharge, le représentant du CNRC a consigné ses commentaires, mais n'a pas coché les cases des colonnes « respecté » et « non respecté » sur la feuille de données⁴⁴. Au lieu de cela, le représentant du CNRC a fait part de ce qui suit (après en avoir discuté avec les représentants de HDT, du MDN et de TPSGC) :

[L]e CNRC ne rendra pas de décision concernant le respect ou le non-respect des exigences, mais consignera les résultats de l'essai et remettra le rapport au MDN et à TPSGC pour qu'ils prennent la décision finale⁴⁵.

[Nos italiques, traduction]

62. Par conséquent, HDT était au courant au plus tard le 10 décembre 2015 (date à laquelle l'essai de surcharge due à la neige a été achevé) que la décision quant à savoir si l'abri de planification avait réussi ou non l'essai de surcharge allait être prise par le MDN et TPSGC, et non par le CRNC.

43. Pièce PR-2015-060-010A (protégée), onglet 23, à la p. 85.

44. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 15.

45. Pièce PR-2015-060-12, onglet 1, au par. 18.

63. Comme indiqué ci-dessus, il est bien établi que les soumissionnaires doivent présenter une opposition ou déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables après avoir pris connaissance de leur motif de plainte⁴⁶. Les éléments de preuve de M. Whittier indiquent que HDT a pris connaissance de son motif de plainte le 10 décembre 2015, mais que son opposition n'a été présentée que dans sa lettre du 22 janvier 2016⁴⁷. Cela est bien au-delà des 10 jours ouvrables stipulés dans le *Règlement*.

64. À ce titre, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'a pas été déposé dans les délais prescrits.

FRAIS

65. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables encourus pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par HDT. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1, étant donné que la partie de l'appel d'offres qui faisait l'objet de la plainte était relativement simple et que celle-ci n'avait trait qu'à l'évaluation appropriée d'un seul critère. De plus, la procédure était simple et n'a donné lieu à aucune complication.

66. À ce titre, le Tribunal détermine provisoirement que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, conformément à l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif de l'indemnité.

DÉCISION

67. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la plainte n'est pas fondée.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

46. *IBM Canada* au par. 20.

47. Pièce PR-2015-060-010A (protégée), onglet 24, à la p. 91.