



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2016-001

The Access Information
Agency Inc.

c.

Ministère des Affaires mondiales

*Décision rendue
le vendredi 19 août 2016*

*Motifs rendus
le mercredi 24 août 2016*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
CONTEXTE	1
L'OFFRE À COMMANDES POUR DES SERVICES D'AIDE TEMPORAIRE	2
PROCÉDURE DE MARCHÉ PUBLIC SOUS EXAMEN	3
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	3
Motifs de l'ordonnance du Tribunal datée du 10 mai 2016 rejetant la requête d'AMC du 21 avril 2016 demandant au Tribunal de mettre fin à l'enquête.....	3
La plainte n'est pas prématurée	8
Nouvel argument d'AMC voulant que la plainte est dénuée de tout intérêt eu égard au fait qu'AIA s'est vu octroyer un contrat le 3 juin 2016	9
FONDEMENT DE LA PLAINTÉ	10
La proposition d'AIA n'a pas été évaluée conformément aux critères énoncés dans la DD.....	10
L'ACI ne contient pas d'obligation relative à la communication de renseignements aux soumissionnaires non retenus	12
AMC avait droit d'annuler la procédure de passation du marché public	14
MESURE CORRECTIVE	16
Gravité des irrégularités constatées dans la procédure de passation du marché public	17
Préjudice causé à AIA ou à tout autre intéressé.....	17
FRAIS	23
DÉCISION	23

EU ÉGARD À une plainte déposée par The Access Information Agency 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

THE ACCESS INFORMATION AGENCY INC.

Partie plaignante

ET

LE MINISTÈRE DES AFFAIRES MONDIALES

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 en partie.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande qu'Affaires mondiales Canada prenne les mesures nécessaires pour s'assurer dans l'avenir de respecter la procédure pour l'attribution de commandes subséquentes en vertu de l'Offre à commandes pour les services d'aide temporaire de la région de la capitale nationale, y compris en ce qui a trait à l'énoncé des critères, à l'évaluation des soumissions, à la documentation du dossier de marché public et à l'adjudication des contrats.

Aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à The Access Information Agency Inc. le remboursement des frais raisonnables entraînés par la préparation de sa soumission en réponse à la demande de disponibilité « DCP Advanced Privacy ATIP Officer – May 2, 2016 ». Le Tribunal canadien du commerce extérieur demande que The Access Information Agency Inc. et Affaires mondiales Canada négocient le montant des frais accordés aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* et lui fassent rapport du résultat dans les 30 jours suivant la date de la présente décision.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant des frais accordés aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, The Access Information Agency Inc. devra déposer auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, ses observations sur la question des frais entraînés par la préparation de sa soumission. Affaires mondiales Canada disposera alors de 20 jours après la réception des observations de The Access Information Agency Inc. pour déposer sa réponse. À moins qu'il n'ait besoin de renseignements additionnels, le Tribunal canadien du commerce extérieur avisera les parties de la nature et du montant des frais adjugés dans les plus brefs délais possibles suivant la réception de la réponse d'Affaires mondiales Canada.

Chaque partie assumera ses propres frais relatifs à l'enquête.

Jean Bédard
Jean Bédard
Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal : Jean Bédard, membre président

Conseiller juridique pour le Tribunal : Anja Grabundzija

Agent principal du greffe : Julie Lescom

Agent de soutien du greffe : Jennifer Gribbon

Partie plaignante : The Access Information Agency Inc.

Conseiller juridique pour la partie plaignante : Thomas Dastous

Institution fédérale : Affaires mondiales Canada

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Alexandre Kaufman
Daniel Caron

TÉMOIN :

Warren Mucci
Directeur
Affaires mondiales Canada

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

CONTEXTE

1. Le 6 avril 2016, The Access Information Agency Inc. (AIA) 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 la demande de disponibilité « DCP Advanced Privacy ATIP Officer – May 2, 2016 » (ci-après, la DD) émise par Affaires mondiales Canada (AMC)². La DD était émise en vertu de l'offre à commandes pour les services d'aide temporaire de la région de la capitale nationale et visait à passer une commande subséquente auprès d'un des fournisseurs détenteurs d'une offre à commandes. Les services recherchés étaient ceux d'un agent, niveau avancé, dans la catégorie de services professionnels portant sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels.

2. AIA allègue que sa soumission n'a pas été évaluée conformément aux critères énoncés dans la DD et qu'AMC a négligé de lui fournir des explications concernant l'évaluation de sa proposition et les avantages relatifs de la soumission retenue. AIA conteste également la décision d'AMC d'annuler la DD et d'en émettre une nouvelle.

3. À titre de mesure corrective, AIA demande que les soumissions soient réévaluées et que le contrat de commande subséquente lui soit attribué. À titre de mesure subsidiaire, AIA demande qu'une indemnité lui soit versée pour perte de profit, et pour le préjudice porté à l'intégrité et l'efficacité du processus d'achat concurrentiel. Elle demande aussi les frais liés à cette enquête.

4. Le 11 avril 2016, le Tribunal a décidé d'enquêter sur la plainte d'AIA, ayant déterminé que la plainte répondait 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*³.

5. Les parties ont déposé une documentation volumineuse auprès du Tribunal, dont un Rapport de l'institution fédérale (RIF) et les observations d'AIA sur le RIF, déposés aux termes des articles 103 et 104 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*.⁴

6. Le Tribunal a tenu une audience publique le 10 août 2016 à Ottawa (Ontario). L'audience visait à mettre en preuve le témoignage de M. Warren Mucci, Directeur, AMC, concernant la question de savoir si un contrat attribué à AIA le 3 juin 2016 concernait la réémission du même contrat qui fait l'objet de cette plainte. Le Tribunal a également entendu de brèves plaidoiries orales portant sur ce point.

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

2. Le 4 novembre 2015, le gouvernement du Canada a annoncé que le nom du ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement sera changé pour Affaires mondiales Canada. En date des présentes, le nom juridique d'AMC demeure le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

L'OFFRE À COMMANDES POUR DES SERVICES D'AIDE TEMPORAIRE

7. Afin de comprendre le fonctionnement de la DD, il est utile de décrire sommairement l'offre à commandes en vertu de laquelle elle a été émise⁵.

8. L'offre à commandes, dont les clauses étaient incorporées par référence à la DD, encadrait tout le processus d'émission des commandes subséquentes.

9. L'offre à commandes, qui est gérée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), permet à des utilisateurs désignés, tels qu'AMC, d'acquérir des services d'aide temporaire dans divers domaines professionnels en passant des commandes subséquentes auprès d'un des fournisseurs détenteurs d'une offre à commandes. Ces commandes subséquentes sont limitées généralement à une valeur maximale de 400 000 \$ et/ou à une durée de 48 semaines consécutives de contrat⁶.

10. Selon les procédures de l'offre à commandes, les utilisateurs désignés ont accès à un système en ligne pour les services d'aide temporaire maintenu par TPSGC, le « Système en direct pour les services d'aide temporaire » (Système en direct des SAT), dans lequel ils effectuent des recherches afin d'établir des listes d'offrants admissibles pouvant potentiellement répondre au besoin identifié et leurs prix.

11. Aux termes de l'offre à commandes, les offrants ont la possibilité de déterminer leurs tarifs horaires fermes une fois par semaine, chaque semaine, en les indiquant dans le Système en direct des SAT. Ce tarif horaire ferme établit le rang des offrants admissibles pour le type de service recherché, allant du tarif le plus bas au tarif le plus élevé⁷.

12. Par ailleurs, l'offre à commandes en vigueur stipule que sauf certaines exceptions, l'attribution des commandes subséquentes doit se faire suivant la méthode du « droit de premier refus ». Cette méthode requiert que les utilisateurs désignés accordent la commande subséquente à l'offrant admissible qui propose le prix le plus bas et répond à toutes les exigences obligatoires décrites par l'utilisateur désigné⁸.

13. Afin d'obtenir toute l'information nécessaire à l'émission d'une commande subséquente — c'est-à-dire, pour identifier l'offrant qui répond à tous les critères obligatoires de l'utilisateur désigné et qui offre le prix le plus bas —, l'offre à commandes prévoit que les utilisateurs désignés doivent procéder en émettant un formulaire de DD. Ce formulaire identifie les exigences de l'utilisateur désigné, telles que la durée de la commande subséquente, les qualifications que la ressource doit posséder et l'énoncé des tâches. Ce formulaire peut être envoyé soit à l'offrant admissible proposant le prix le plus bas ou à de nombreux offrants proposant les prix les plus bas, selon la liste des résultats de la recherche obtenue sur le Système en direct des SAT⁹. Les réponses reçues sont ensuite évaluées et la commande subséquente est émise selon la méthode du droit de premier refus.

5. Le Tribunal prend acte du fait qu'une confusion a perduré une bonne partie de cette enquête sur la version du document d'offre à commandes en vigueur au moment de l'émission de la DD et dont les clauses étaient incorporées par référence à la DD. Des versions à certains égards divergentes ont été déposées par AIA, alors qu'aucun document d'offre à commandes n'a été déposé par AMC dans son RIF. Le Tribunal a dû demander aux parties de clarifier quel document d'offre à commandes s'appliquait à la DD. À la suite des observations des parties, le Tribunal a conclu que les clauses pertinentes de l'offre à commandes en vigueur se retrouvent à la pièce A jointe à la lettre d'AMC du 23 juin 2016 (pièce PR-2016-001-27, pièce A, vol. 1D). Le Tribunal prend acte des remarques d'AIA (pièce PR-2016-001-32, vol. 1E) selon lesquelles ce document ne contient toutefois pas la partie B, c'est-à-dire, les clauses du contrat subséquent.

6. Pièce PR-2016-001-27, pièce A, articles 11, 11.1, vol. 1D.

7. *Ibid.*, pièce A, article 8.

8. *Ibid.*, pièce A, article 9.

9. *Ibid.*, pièce A, article 9.4.

PROCÉDURE DE MARCHÉ PUBLIC SOUS EXAMEN

14. Le 9 mars 2016, AMC a invité 32 fournisseurs potentiels à répondre à la DD. La date limite de soumission était le 11 mars 2016 à 15 h. Les fournisseurs potentiels invités à participer à la DD avaient été identifiés par AMC par le biais d'une recherche en date du 9 mars 2016 effectuée sur le Système en direct des SAT¹⁰.

15. AIA, classée au 19^e rang selon les prix en vigueur en date du 9 mars 2016, a proposé une ressource en réponse à l'invitation. Au total, AMC a reçu sept soumissions.

16. Le 21 mars 2016, AIA a été informée qu'une commande subséquente avait été adjugée à LRO Staffing, le fournisseur classé au 24^e rang. Par le même courriel, AMC avisait AIA qu'elle a déterminé que sa proposition ne satisfaisait pas à tous les critères obligatoires de la DD.

17. AIA a présenté des oppositions à AMC, contestant notamment l'évaluation de sa proposition et l'absence d'explications de la part d'AMC concernant l'évaluation et les avantages relatifs de la proposition retenue.

18. Le matin du 6 avril 2016, à 8 h 41, AIA a déposé la présente plainte auprès du Tribunal.

19. Le 10 avril 2016, AIA a déposé des pièces additionnelles au dossier. Celles-ci incluaient notamment un courriel horodaté du 6 avril 2016 à 13 h 36, envoyé par AMC aux soumissionnaires pour annoncer que la demande de soumission était annulée. Le message se lisait comme suit :

AVIS AUX SOUMISSIONNAIRES : La présente demande de soumissions pour un Agent en AIPRP-Avancé (voir en pièces jointes la DD) est par la présente annulée. AMC entend publier de nouveau la demande de soumissions afin de corriger des erreurs commises par inadvertance et des omissions qui figurent dans la DD et pour apporter d'autres changements afin de répondre à certaines lacunes dans la description des exigences faite par le Canada¹¹.

20. De plus, AIA déposait un courriel daté du 7 avril 2016 par le biais duquel elle s'était objectée de nouveau auprès d'AMC, cette fois concernant la décision d'annuler la DD et d'émettre une nouvelle demande de disponibilité. La réponse d'AMC, datée du 8 avril 2016, se lisait comme suit :

Affaires mondiales Canada a reçu votre courriel daté du 7 avril 2016. Veuillez noter que, le 6 avril 2016, Affaires mondiales Canada a donné un avis à l'effet que la sollicitation pour un agent de niveau avancé/de l'AIPRP avait été annulée (voir la pièce jointe), et nous considérons que cet avis répond entièrement aux préoccupations soulevées dans votre courriel¹².

21. Le 11 avril 2016, le Tribunal a décidé d'enquêter sur la plainte d'AIA.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Motifs de l'ordonnance du Tribunal datée du 10 mai 2016 rejetant la requête d'AMC du 21 avril 2016 demandant au Tribunal de mettre fin à l'enquête

22. Le 21 avril 2016, AMC a déposé une requête aux termes de l'article 24 des *Règles* demandant au Tribunal de rejeter la plainte au motif qu'il n'a pas compétence pour enquêter. Selon AMC, la plainte ne

10. Pièce PR-2016-001-11, onglets 1, 2, 4, vol. 1A.

11. *Ibid.*, onglet 12.

12. Pièce PR-2016-001-01B à la p. 1, vol. 1.

porte pas sur un « contrat spécifique » puisqu'AMC a annulé la procédure de passation du marché public avant que le Tribunal n'ait ouvert son enquête. À titre subsidiaire, AMC a fait valoir que le Tribunal devrait mettre fin à l'enquête aux termes du paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE*, au motif qu'elle est dénuée de tout intérêt en raison de l'annulation de la DD.

23. AIA a contesté la requête soutenant que toutes les conditions de la compétence du Tribunal étaient réunies. Selon AIA, il appert du courriel d'AMC du 21 mars 2016 qu'un contrat a été accordé et que ce contrat satisfaisait la définition d'un « contrat spécifique » au sens de la *Loi sur le TCCE*.

24. Le Tribunal a rejeté la requête d'AMC le 10 mai 2016 et a indiqué qu'il fournirait les motifs à l'appui de l'ordonnance en même temps que ceux sur le fond de la plainte. Ces motifs suivent.

Le Tribunal a compétence pour enquêter

25. Pour déterminer s'il a compétence pour enquêter sur la plainte d'AIA malgré le fait qu'AMC ait annulé le marché public avant l'ouverture de l'enquête, le Tribunal applique la règle moderne d'interprétation des lois, suivant laquelle « [...] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »¹³. En particulier, en interprétant sa loi habilitante et en l'appliquant aux faits, le Tribunal tient compte des fins poursuivies par le régime de marchés publics en vertu de la *Loi sur le TCCE* et des accords commerciaux¹⁴. La Cour d'appel fédérale a identifié ces fins comme étant l'équité de la procédure de passation de marchés publics pour les concurrents, la concurrence entre soumissionnaires, l'efficacité et l'intégrité du mécanisme de passation des marchés publics.

26. Aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*, « [t]out fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. »

27. L'expression « contrat spécifique » est définie à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* comme suit : « [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 »¹⁵ [nos italiques].

28. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, « sous réserve des règlements, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter ». Le paragraphe 7(1) du *Règlement* prévoit certaines conditions au sujet de la plainte qui doivent être remplies afin que le Tribunal puisse enquêter. Notamment, ce paragraphe stipule que « dans les cinq jours ouvrables suivant la date du dépôt d'une plainte, le Tribunal détermine si [...] b) la plainte porte sur un contrat spécifique. »

29. Finalement, le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que « [s]'il estime que la plainte est dénuée de tout intérêt ou entachée de mauvaise foi, le Tribunal peut refuser de procéder à l'enquête ou y mettre fin [...] ».

13. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, 1998 CanLII 837 (CSC) au par. 21; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, [2015] 3 RCS 300, 2015 CSC 47 (CanLII) au par. 18.

14. *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193 (CanLII) [*Almon*] aux par. 21-23.

15. Un contrat précisé par règlement ou faisant partie d'une catégorie réglementaire est, en somme, un contrat visé à l'un des accords commerciaux listés au paragraphe 3(1) du *Règlement*, condition qui est remplie en l'espèce.

30. Ayant examiné la requête d'AMC et les observations des parties, le Tribunal a déterminé que la plainte satisfait aux conditions réglementaires, notamment, qu'elle porte sur un contrat spécifique.

31. Le libellé des articles 30.1 et 30.11 de la *Loi sur le TCCE* et du paragraphe 7(1) du *Règlement* indique que le Tribunal a compétence, sous réserve des autres conditions applicables, concernant un marché public visant un contrat « qui a été accordé » ou « qui pourrait l'être ». Or, en l'espèce, les éléments de preuve au dossier indiquent qu'AMC a accordé un contrat à la suite de la DD. Le Tribunal s'en tient particulièrement au courriel d'AMC envoyé à AIA le 21 mars 2016, lequel indique qu'AMC a accordé une commande subséquente à un fournisseur spécifique, pour un montant précis, comme suit :

Une commande subséquente a été accordée à LRO Staffing pour sa proposition gagnante. La valeur totale est de 158 095,19 \$ (TPS/TVH comprises)¹⁶.

[Traduction]

Le Tribunal retient de cette preuve qu'un contrat « a été accordé par une institution fédérale ».

32. De l'avis du Tribunal, dès lors, le premier élément de la définition d'un « contrat spécifique » aux termes de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* est rempli : la plainte concerne la procédure de passation des marchés publics suivie relativement à un contrat « qui a été accordé »¹⁷, c'est-à-dire, un contrat spécifique. Par le fait même, l'accord du contrat cristallise la compétence du Tribunal.

33. A cet égard, ni l'annulation subséquente de la procédure de passation du marché public ayant conduit à l'attribution du contrat, ni l'annulation potentielle du contrat accordé lui-même, ne nie le fait qu'un contrat a été accordé, et ne prive le Tribunal de compétence pour examiner la procédure de passation du marché public suivie relativement à l'attribution de ce contrat. En effet, la définition de « contrat spécifique » ne prévoit pas d'effet extinctif de la compétence du Tribunal si de telles circonstances interviennent à la suite de l'accord d'un contrat. Si le législateur avait voulu que de telles circonstances privent le Tribunal de compétence, il l'aurait clairement indiqué.

34. De plus, l'interprétation avancée par AMC ne s'harmonise pas avec les buts recherchés par le régime réglementaire des marchés publics en vertu de la *Loi sur le TCCE* et des accords commerciaux. Comme indiqué plus haut, ce régime vise précisément à veiller à ce que la passation des marchés publics soit équitable, concurrentielle, efficace et intègre¹⁸. Le Tribunal a également souligné dans le passé l'importance de la transparence dans l'ensemble de la procédure de passation du marché public pour l'atteinte de ces objectifs¹⁹.

16. Pièce PR-2016-001-01, vol. 1.

17. Puisque les faits en l'espèce portent sur un contrat qui a été accordé, le Tribunal ne se prononce pas sur l'interprétation du deuxième élément de la définition d'un « contrat spécifique », soit celui portant sur le contrat qui n'a pas été accordé, mais « qui pourrait l'être ».

18. *Almon* au para. 23. Dans *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 RCF 292, 2001 CAF 241 (CanLII) au para. 22, la Cour d'appel fédérale a affirmé ce qui suit : « La législation a été édictée en vue d'assurer que les marchés publics soient passés d'une façon ouverte et équitable, et le TCCE est chargé de surveiller toutes ces activités. »

19. *Saskatchewan Institute of Applied Science and Technology* (9 janvier 2014), PR-2013-013 (TCCE) au par. 112; *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (27 août 2014), PR-2014-006 (TCCE) [CGI] au par. 47; *The Access Information Agency Inc. c. Ministère des transports* (16 mars 2007), PR-2006-031 (TCCE) [Access Information Agency] au par. 37.

35. Or, l'annulation d'une procédure de passation du marché public ne répond pas nécessairement à la question fondamentale de savoir si cette procédure a été exécutée ou passée en conformité avec les accords commerciaux. De plus, l'annulation d'une procédure de passation du marché public, particulièrement à la suite de l'adjudication d'un contrat, n'efface pas automatiquement les obligations qui pourraient en découler en vertu des accords commerciaux²⁰. Elle ne prend pas non plus nécessairement en compte toutes les conséquences des violations alléguées des accords commerciaux, ni, le cas échéant, ne remplace nécessairement de façon adéquate les recommandations que le Tribunal pourrait faire dans l'exercice de son rôle réglementaire en vue de préserver la confiance en l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics²¹.

36. Dans ce contexte, rien dans la *Loi sur le TCCE* ou dans le *Règlement* n'indique que le législateur ait envisagé qu'une décision de l'institution fédérale d'annuler une procédure de passation du marché public puisse mettre fin à la *compétence* du Tribunal d'ouvrir une enquête aux termes de la loi ou de poursuivre celle-ci.

37. Ceci ne veut pas dire pour autant que le Tribunal ouvrira une enquête ou continuera de mener une enquête dans les cas où un marché public est annulé et il appert du dossier qu'il serait inutile d'enquêter. Dans de tels cas, le Tribunal pourra exercer son pouvoir de refuser d'enquêter sur une plainte ou de mettre fin à une enquête, en conformité avec le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* et les objectifs du régime réglementaire. La question de savoir si une plainte est dénuée d'intérêt et si le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de mettre fin à l'enquête est distincte toutefois de celle de savoir si le Tribunal a *compétence* pour enquêter sur une plainte.

20. En effet, certains accords commerciaux balisent les circonstances dans lesquelles une institution fédérale peut mettre fin à une procédure de passation du marché public. Par exemple, l'alinéa 1015(4)c) de l'*Accord de libre-échange nord-américain, 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 : Affaires mondiales Canada <<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], prévoit que « sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché [...] », une entité adjudgera le marché au fournisseur dont la soumission est la plus basse ou la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés pour l'appel d'offres. Il s'agit d'une autre indication que le législateur, en habilitant le Tribunal à enquêter sur les plaintes portant sur la procédure de passation du marché public suivie relativement à un contrat spécifique qui a été accordé, n'envisageait pas que le Tribunal puisse être privé de cette compétence du fait de la décision d'une institution fédérale de mettre fin à la procédure.

21. Les conséquences des violations alléguées des accords commerciaux pourraient inclure, par exemple, leur impact sur l'intégrité du système ou le préjudice qui pourrait avoir été subi par des soumissionnaires dans certaines circonstances. De plus, la Cour d'appel fédérale a confirmé que le Tribunal joue un rôle réglementaire au sein du régime de passation des marchés publics, qui vise entre autres à faire des recommandations dans le but de préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, [2008] 1 RCF 291, 2007 CAF 176 (CanLII) aux par. 3, 21, 22, 26, 27. Le Tribunal risquerait d'être empêché d'exercer ce rôle dans certains cas si l'annulation d'une procédure de passation du marché public par l'institution fédérale à la suite de l'accord d'un contrat peut le priver de compétence. Voir aussi *Adélarde Soucy (1975) Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (24 juin 2009), PR-2008-062 (TCCE) [Adélarde Soucy] au par. 25; *R.P.M Tech Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (24 février 2014), PR-2013-028 (TCCE) [R.P.M Tech] au par. 9; *Lanthier Bakery Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (24 juin 2009), PR-2014-047 (TCCE) [Lanthier Bakery] au par. 25.

38. Le Tribunal souhaite également clarifier un point soulevé par la requête. Celle-ci était basée sur le fait qu'AMC a annulé le marché public avant que le Tribunal n'ait ouvert son enquête. Le Tribunal conclut que cette circonstance n'a pas d'impact sur sa compétence pour enquêter sur une plainte portant sur une procédure de passation du marché public suivie relativement à un contrat qui a été accordé. Les décisions dans *Adélarde Soucy* et *R.P.M. Tech*, sur lesquelles s'appuie AMC, doivent être lues dans leur contexte. Notamment, aucune de ces affaires ne portait sur une procédure de passation du marché public suivant laquelle un contrat a été accordé. De plus, dans ces affaires, le Tribunal a ouvert des enquêtes après avoir constaté que toutes les conditions relativement à la plainte étaient réunies, y compris le fait que la plainte déposée portait sur un aspect de la procédure de passation du marché public suivie relativement à un contrat spécifique. L'institution fédérale a ensuite annulé la procédure de passation du marché public en cours de route de l'enquête du Tribunal. C'est dans ce contexte que le Tribunal a indiqué que l'annulation d'une procédure de passation du marché public ne le prive pas de compétence de poursuivre une enquête sur une plainte qui rencontrait les conditions réglementaires de la compétence au moment de son dépôt et qui a été ouverte aux termes de la loi. Le Tribunal n'interprète pas ces décisions comme établissant une limite dans le temps à sa compétence pour enquêter sur une procédure de passation du marché public suivie relativement à un contrat qui a été accordé.

39. En effet, le Tribunal conclut que, dans le cas d'un contrat qui a été accordé, la question de la prescription de sa compétence par le temps a été réglée par le législateur à l'article 6 du *Règlement* et dépend normalement de la question de savoir si une plainte est déposée dans les 10 jours ouvrables suivant le moment où la partie plaignante a découvert ou aurait dû découvrir les faits à l'origine de la plainte ou a subi un refus de réparation à une opposition dûment faite à l'institution fédérale. Dans la mesure où la plainte est déposée dans les délais réglementaires, la compétence du Tribunal n'est pas tributaire du moment où une institution fédérale décide d'annuler une procédure de passation du marché public relativement à un contrat qui a été accordé, ni du moment auquel le Tribunal décide d'enquêter sur la plainte.

40. Dans le cas présent, AMC a indiqué aux soumissionnaires qu'elle avait accordé un contrat. L'accord de ce contrat cristallisait aussi la compétence du Tribunal, sous réserve du respect des autres conditions préalables relativement à une plainte, y compris celles des délais législatifs de l'article 6 du *Règlement*.

41. Finalement, AMC a également fait référence à une décision de la Cour d'appel fédérale²² pour appuyer sa position selon laquelle le Tribunal ne peut s'autoriser du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* pour mener une enquête sur l'ensemble de la procédure de passation des marchés publics suivie par le gouvernement en l'absence d'un contrat spécifique. Comme le Tribunal l'a déjà indiqué dans *Adélarde Soucy*, cette décision doit être comprise à la lumière de ses faits particuliers. La Cour d'appel fédérale était devant une demande de révision judiciaire demandant le renvoi au Tribunal de la décision de ce dernier de ne pas enquêter sur certaines allégations d'une plainte. Cette demande de révision judiciaire survenait alors que le Tribunal, après avoir mené une enquête, ait recommandé la résiliation d'un contrat accordé par l'institution fédérale et la tenue d'une nouvelle procédure de passation du marché public. De plus, il n'était pas contesté que l'institution fédérale avait déjà indiqué ne pas avoir l'intention de mettre en œuvre la recommandation du Tribunal puisqu'elle n'avait plus aucun besoin des services visés et s'était départie des licences acquises précédemment. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel fédérale a indiqué que le Tribunal n'avait pas compétence pour mener une enquête sur l'ensemble de la procédure de passation des marchés publics suivie par le gouvernement en l'absence d'un contrat spécifique. Étant donné les différences factuelles, cette décision n'appuie pas les prétentions d'AMC.

22. *Novell Canada Ltd. c. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2000 CanLII 15324 (CAF).

42. Pour ces raisons, le Tribunal a compétence pour enquêter sur la plainte malgré le fait qu'AMC a mis fin à la DD.

La plainte n'est pas dénuée de tout intérêt

43. AMC a fait valoir à titre subsidiaire que la plainte était dénuée de tout intérêt et que le Tribunal devrait mettre fin à l'enquête aux termes du paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE*.

44. Le Tribunal a conclu à cette étape que les faits pertinents aux questions en litige n'étaient pas clairs, y compris ceux relatifs à l'évaluation de la soumission d'AIA, aux circonstances et conséquences de l'annulation de la procédure de passation du marché public et à la question de savoir si l'annulation du processus de DD donnait pour l'essentiel à AIA la mesure corrective recherchée. Dans ces circonstances, et tenant compte du fait qu'AMC avait exprimé l'intention de relancer le processus, que ce processus et d'autres processus du genre pourraient être entrepris sous l'égide de la même offre à commandes, le Tribunal a conclu qu'il y avait intérêt à clarifier les questions soulevées par les motifs de plainte.

45. Pour ces motifs, le Tribunal a décidé de rejeter la requête d'AMC et de poursuivre l'enquête.

La plainte n'est pas prématurée

46. Dans son RIF, AMC avance que la plainte est prématurée au motif qu'AIA n'a pas attendu une réponse définitive d'AMC avant de déposer sa plainte le 6 avril 2016 et invite le Tribunal à « [...] sanctionner cette façon de procéder [...] afin d'encourager la résolution raisonnable de plaintes avant leur dépôt et afin d'assurer l'utilisation équitable des ressources publiques »²³.

47. Le Tribunal est d'accord sur le fait que les paragraphes 6(1) et 6(2) du *Règlement* prévoient un processus d'opposition qui sert à la résolution des plaintes de manière informelle entre les parties et sans l'intervention du Tribunal²⁴. Afin que ce mécanisme soit efficace, une opposition doit permettre à l'institution fédérale d'y donner suite de manière considérée.

48. Toutefois, de l'expérience du Tribunal, il existe souvent une ligne très mince entre les plaintes prématurées, le comportement d'une partie plaignante proactive et attentive aux délais, et les plaintes déposées en dehors des délais stricts édictés par la loi. Le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont d'ailleurs réitéré à maintes reprises que le régime d'examen des marchés publics en vertu de la *Loi sur le TCCE* impose une obligation aux parties plaignantes potentielles d'être proactives et de soulever les objections et plaintes avec la plus grande vigilance, sans quoi, leurs préoccupations risquent d'être jugées irrecevables puisque soulevées tardivement²⁵.

49. En l'espèce, les faits particuliers devant le Tribunal dénotent plutôt le comportement d'une partie plaignante proactive, vigilante au respect des délais imposés par la loi. AIA a donné à deux reprises des délais précis à AMC et a clairement annoncé ses intentions de déposer une plainte auprès du Tribunal le cas échéant²⁶. Contrairement à ce qu'elle avait fait une première fois, AMC a choisi de ne donner aucune

23. Pièce PR-2016-001-11 au par. 42, vol. 1A.

24. *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux Publics et des Services Gouvernementaux)*, 2000 CanLII 16572 (CAF) au par. 74; *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 (TCCE) au par. 47.

25. *Flag Connection Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2005 CAF 177 (CanLII) au par. 3; *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 FCA 284 (CanLII) aux par. 18-20.

26. Voir les courriels d'AIA des 24 et 29 mars 2016, pièce PR-2016-001-01, vol. 1.

réponse à AIA avant l'échéance du deuxième délai indiqué par celle-ci, soit le 5 avril 2016. Dans les circonstances, AIA pouvait raisonnablement estimer, par déduction, qu'elle venait de subir un refus de la part d'AMC et que le délai de 10 jours pour déposer sa plainte venait de s'ouvrir, en vertu du paragraphe 6(2) du *Règlement*. Rien n'empêchait AIA de déposer sa plainte dès la première occasion, ce qu'elle a fait le 6 avril 2016.

50. En outre, même si l'on considère qu'AIA n'avait pas encore reçu de refus de réparation d'AMC au moment du dépôt de sa plainte le 6 avril 2016, ce refus de réparation était évident plus tard cette même journée et était réitéré le 8 avril 2016, tel qu'il appert des documents additionnels déposés au Tribunal par AIA le 10 avril 2016²⁷. À toutes fins pratiques, AIA a alors parfait le dossier en déposant ces documents additionnels et en ajoutant un motif de plainte, avant que le Tribunal ne décide d'enquêter le 11 avril 2016.

51. Le Tribunal conclut donc que la plainte a été déposée dans les délais règlementaires.

Nouvel argument d'AMC voulant que la plainte est dénuée de tout intérêt eu égard au fait qu'AIA s'est vu octroyer un contrat le 3 juin 2016

52. Le 15 juin 2016, AMC a informé le Tribunal qu'à la suite de l'émission d'une nouvelle demande de disponibilité (invitation n° DCP-2016-002) en remplacement de la DD, un contrat a été attribué à AIA le 3 juin 2016. AMC réitère donc l'argument selon lequel la plainte est devenue dénuée de tout intérêt et a demandé au Tribunal de mettre fin à l'enquête.

53. AIA a fait valoir que les deux processus d'acquisition sont entièrement différents. AIA a également réitéré sa demande de mesures correctives, notamment qu'un contrat lui soit octroyé en vertu de la DD, et subsidiairement, qu'elle soit compensée par un montant tenant compte de sa perte de profits et du préjudice porté à l'intégrité du processus d'acquisition.

54. À l'initiative des parties, le Tribunal a tenu une audience publique pour entendre le témoignage de M. Mucci sur la question de savoir si le contrat émis à AIA le 3 juin 2016 représente la réémission du contrat qui devait être octroyé à la suite de la DD et auquel AIA prétend avoir droit. Les parties ont présenté de brèves plaidoiries sur cette question, et le Tribunal a pris la cause en délibéré.

55. Sur la question préliminaire, le Tribunal conclut que dans les circonstances particulières de cette plainte, le fait qu'AIA ait obtenu un contrat le 3 juin 2016 (et la signification de ce contrat sera abordée en profondeur plus loin) ne dénie pas la plainte de tout intérêt. Le Tribunal tient compte notamment du fait que les mesures correctives demandées par AIA ne touchaient pas uniquement à l'annulation de la DD et que des questions débattues au fond au cours de l'enquête restent pendantes et méritent à cette étape d'être abordées. À cet égard, les causes sur lesquelles s'appuie AMC²⁸ se différencient sur les faits.

56. Ainsi, le Tribunal ne met pas fin à l'enquête pour absence d'intérêt de la plainte. Le Tribunal note toutefois que le fait qu'AIA a obtenu le contrat du 3 juin 2016 sera significatif pour la question de la mesure corrective appropriée.

27. Pièce PR-2016-001-01B, vol. 1.

28. Pièce PR-2016-001-47, vol. 1E.

FONDEMENT DE LA PLAINTE

57. Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* exige que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. De plus, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte, à savoir si les procédures et autres critères prescrits relativement au contrat spécifique ont été respectés. L'article 11 du *Règlement* prévoit également que le Tribunal doit décider si la procédure de passation du marché public a été suivie conformément aux exigences des accords commerciaux pertinents, c'est-à-dire, en l'espèce, l'*Accord sur le commerce intérieur*²⁹.

58. Les motifs de plainte acceptés pour enquête sont les suivants :

- la soumission d'AIA n'a pas été évaluée correctement, notamment parce qu'AMC a utilisé des critères d'évaluation non divulgués;
- AMC a négligé de donner à AIA des explications relatives à l'évaluation de sa proposition et n'a pas communiqué à AIA de renseignements concernant les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue;
- AMC n'était pas en droit d'annuler la DD et d'en émettre une nouvelle.

La proposition d'AIA n'a pas été évaluée conformément aux critères énoncés dans la DD

59. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit en partie que « [l]es 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. »

60. Il est bien établi qu'une entité acheteuse satisfera à ces obligations lorsqu'elle procédera à une évaluation raisonnable conforme aux critères d'évaluation et modalités énoncés dans l'appel d'offre. Comme il l'a indiqué par le passé, le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs à moins que ceux-ci ne se soient pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils aient donné une interprétation erronée de la portée d'une exigence, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission ou qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non mentionnés³⁰.

29. 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*]. Les parties étaient toutes deux d'avis que l'*ACI* est le seul accord applicable en l'espèce. Pièce PR-2016-001-16 au par. 17, vol. 1C; pièce PR-2016-001-27, vol. 1D. Le Tribunal est d'accord. Les services faisant l'objet de commandes subséquentes sous l'offre à commandes pour des services d'aide temporaire tombent pour l'essentiel dans la catégorie R201 « Recrutement du personnel civil » (y compris les services des bureaux de placement), une catégorie de services qui est exclue de l'*ALÉNA* et des autres accords potentiellement applicables qui contiennent la même exclusion. Quant à l'*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), l'annexe 5 de l'Appendice I du Canada, qui énumère les services visés par cet accord, ne comprend pas de services du type de ceux en question. Le marché en question est par conséquent exclu de ces accords commerciaux.

30. *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) au par. 33; *Northern Lights Aerobatic Team, Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au par. 51; *Marcomm Inc.* (11 février 2004), PR-2003-051 (TCCE) à la p. 10.

61. La DD énonçait un certain nombre de critères obligatoires, soit des qualifications que les ressources « devaient » rencontrer. De plus, elle énonçait certaines qualifications considérées comme des atouts.

62. Tel que mentionné, selon les termes de l'offre à commandes, l'évaluation devait s'effectuer selon la méthode du droit de premier refus, suivant laquelle la commande subséquente devait être octroyée à l'offrant qui propose le prix le plus bas et répond à toutes les exigences obligatoires décrites dans la DD³¹.

63. En l'espèce, dans le RIF, AMC admet qu'il a évalué les propositions de façon non conforme aux critères énoncés dans la DD. Spécifiquement, AMC a admis avoir erronément appliqué comme critère obligatoire une qualification qui était identifiée comme un atout dans la DD et avoir disqualifié sur cette base les deux propositions les plus basses, soit celles de Maxsys et d'AIA³².

64. Par conséquent, AIA alléguait à bon droit que sa proposition n'a pas été évaluée conformément aux critères énoncés dans la DD. Le premier motif de plainte est donc fondé.

65. Certaines autres irrégularités semblent toutefois avoir également affligé la procédure de passation de ce marché public. Elles n'entrent pas dans le cadre des motifs de plainte d'AIA et ne sont pas en soi pertinentes à la détermination du fondement de celle-ci. Toutefois, ces irrégularités ayant été mises en lumière durant l'enquête, le Tribunal ne peut les ignorer; il s'agit dans certains cas de lacunes qui pourraient dans certaines circonstances être contraires aux accords commerciaux et qui mettent ici en contexte la violation de l'ACI liée à l'évaluation que le Tribunal a constatée.

66. Ainsi, outre l'apparente confusion d'AMC quant à l'application des critères d'évaluation, il semble également y avoir eu confusion sur d'autres aspects du processus. Par exemple, AMC a également admis, eu égard au fait que le contrat accordé à LRO Staffing correspondait à une durée de 48 semaines, que « [...] la demande de disponibilité précisait que le contrat subséquent serait d'une durée de 7 semaines avec possibilité de prolongation, tandis que ceci aurait dû lire 48 semaines »³³. De plus, l'énoncé même des critères de la DD s'est avéré être en contravention de la méthodologie d'attribution des commandes subséquentes prescrite aux termes de l'offre à commandes en vigueur; l'utilisation de critères constituant des atouts n'était *pas* prévue par les modalités décrites dans l'offre à commandes, l'attribution des commandes subséquentes devant se faire sur la base du prix et de critères obligatoires uniquement³⁴. De plus, la tenue du dossier de marché public par AMC semble avoir manqué de rigueur. Certains documents étaient apparemment absents du dossier, alors que d'autres documents relatifs à un marché public distinct s'y retrouvaient. Par ailleurs, AMC semble avoir entièrement omis d'aviser un des soumissionnaires de l'adjudication du contrat à LRO Staffing dans le cadre de cette DD³⁵. Enfin, et ce point sera abordé plus loin, il semble également, à la face du dossier présenté, qu'AMC a pris en compte une soumission qu'elle

31. Le courriel d'invitation du 9 mars 2016 indiquait aux soumissionnaires potentiels que la méthode du droit de premier refus serait appliquée. Cette méthodologie était prescrite et décrite dans l'offre à commandes. Pièce PR-2016-001-27, pièce A, article 9.3, vol. 1D.

32. Pièce PR-2016-001-11 aux par. 18, 19, 45-48, vol. 1A.

33. *Ibid.* au par. 48.

34. Pièce PR-2016-001-27, pièce A, article 9.3, vol. 1D; pièce PR-2016-001-01, vol. 1 (courriel de TPSGC daté du 4 avril 2016); *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, à la p. 84.

35. Par exemple, AMC n'a pas été en mesure de produire, à la suite de l'ordonnance du Tribunal datée du 8 juin 2016, les communications adressées à Maxsys, le soumissionnaire avec le prix le plus bas. AMC a expliqué qu'elle ne retrouvait aucun courriel envoyé à MaxSys pour l'informer du résultat de la DD. Toutefois, un document erroné semble avoir été envoyé à MaxSys dans le cadre d'un marché public distinct qu'AMC menait en même temps. De plus, des courriels en lien avec la DD ont été envoyés à deux sociétés qui n'ont pas déposé de soumissions en réponse à la DD. Pièce PR-2016-001-23, vol. 1C; pièce PR-2016-001-11, onglet 8, vol. 1A.

aurait dû mettre de côté dès le départ puisqu'elle n'avait pas été déposée en conformité avec les échéances et les modalités établies prévues dans la DD.

L'ACI ne contient pas d'obligation relative à la communication de renseignements aux soumissionnaires non retenus

67. AIA soutient qu'AMC a négligé de lui fournir les renseignements relatifs à l'évaluation de sa soumission et aux avantages relatifs de la soumission retenue, renseignements auxquels AIA soutient avoir droit en vertu du paragraphe 511(7) de l'ACI. Selon AIA, ces renseignements auraient dû comprendre essentiellement toute la documentation relative à l'évaluation de sa soumission et celle des soumissions la précédant en rang.

68. Le paragraphe 511(7) de l'ACI prévoit ce qui suit :

Article 511 : Information et rapports

[...]

7. La Partie qui estime que, dans le cadre d'un marché public d'une autre Partie, les droits que lui garantit le présent chapitre ont pu être violés peut, en vue d'éviter un différend, demander à la Partie dont l'entité est responsable du marché public en question tout renseignement pertinent concernant ce marché public. Dès réception d'une telle demande, cette Partie communique promptement ces renseignements.

69. Le 17 juin 2016, le Tribunal invité AIA à présenter des observations sur la question de savoir si le paragraphe 511(7) de l'ACI pose effectivement une obligation pour les entités fédérales de fournir de tels renseignements aux fournisseurs, étant donné notamment que ce paragraphe prévoit le droit d'une « Partie » de demander des renseignements sur un marché public d'une autre « Partie », et que le terme « Partie » est défini à l'article 200 comme « Partie au présent accord ». Les parties à l'ACI sont le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux (mis à part le Nunavut).

70. AIA a reconnu que les fournisseurs ou les parties plaignantes devant le Tribunal ne sont pas des « Parties au présent accord ». Elle a néanmoins fait valoir qu'ils sont englobés dans ce terme tel qu'utilisé au paragraphe 511(7) de l'ACI. Elle soutient que le paragraphe 511(7) de l'ACI doit se lire de pair avec plusieurs autres dispositions de l'ACI, ainsi qu'en harmonie avec la *Loi sur le TCCE* et les règlements attenants, avec la *Loi d'interprétation*³⁶ et les diverses politiques et guides d'approvisionnement du Canada. AIA a également fait ressortir qu'une interprétation restrictive du paragraphe 511(7) de l'ACI aurait des conséquences néfastes pour le régime de marchés publics.

71. Selon AMC, le paragraphe 511(7) de l'ACI ne peut être interprété de la façon proposée par AIA. De plus, AMC soutient qu'AIA a eu accès aux renseignements auxquels elle avait droit aux termes des accords commerciaux. Elle ajoute qu'il aurait de toute façon été inutile de fournir des renseignements à l'égard d'un processus qui impliquait des erreurs et qui a été annulé³⁷.

72. Le Tribunal n'est pas convaincu à la lumière des arguments d'AIA que le sens voulu du paragraphe 511(7) de l'ACI était de garantir un droit aux fournisseurs de services ou aux parties plaignantes devant le Tribunal de recevoir des renseignements du type demandé par AIA. L'article 511 dans son

36. L.R.C. (1985), ch. I-21.

37. Le Tribunal ne commentera pas cet argument subsidiaire compte tenu de sa décision sur l'interprétation du paragraphe 511(7) de l'ACI. Ceci étant dit, le Tribunal n'aurait pas nécessairement été d'accord avec AMC s'il y avait effectivement eu une obligation de fournir des renseignements.

ensemble porte sur les droits et les obligations que les parties à l'ACI se doivent entre elles. Vu dans ce contexte, ainsi qu'à la lumière des définitions de l'article 200, le paragraphe 511(7) porte lui aussi sans ambiguïté sur les droits et obligations que se sont donnés les Parties à l'ACI à elles-mêmes. Ce paragraphe ne prévoit pas de droits pour un fournisseur.

73. En effet, si l'ACI a pour objectif entre autres de favoriser un régime des marchés publics équitable, intègre et transparent, les diverses dispositions invoquées par AIA expriment en grande partie des principes généraux qui ne peuvent servir à donner un sens au paragraphe 511(7) qui est contredit par son texte et son contexte précis. Ainsi, suivant une interprétation aussi bien textuelle que contextuelle, rien ne supporte la conclusion d'AIA voulant que le mot « Partie » tel qu'utilisé au paragraphe 511(7) englobe les fournisseurs de services ou les parties plaignantes devant le Tribunal. Par conséquent, aucun droit ne peut être directement invoqué par un fournisseur en vertu de ce paragraphe.

74. Le Tribunal fait remarquer que les renseignements auxquels AIA prétend avoir droit sont généralement du type de ceux qui peuvent, selon les circonstances et avec certaines exceptions, être demandés par les fournisseurs non retenus en vertu des dispositions des accords commerciaux tels que l'ALÉNA³⁸. Ces renseignements se rapportent essentiellement aux raisons pour lesquelles la soumission du fournisseur non retenu n'a pas été sélectionnée, ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de la soumission gagnante. Or, le Tribunal a fait observer à plusieurs reprises que l'ACI ne contient pas d'obligation spécifique similaire³⁹.

75. En l'absence de preuve montrant une intention contraire des parties à l'ACI, le Tribunal constate encore une fois que ces dernières n'ont pas voulu inclure dans cet accord une obligation autonome de communiquer aux fournisseurs potentiels des renseignements du type de ceux demandés par AIA. En effet, l'absence d'une telle obligation du texte de l'ACI contraste avec son inclusion expresse dans d'autres accords commerciaux auxquels le Canada est partie, et avec les droits que les parties à l'ACI se sont réservés entre elles en vertu du paragraphe 511(7) de cet accord. Ces éléments contextuels sont importants et soutiennent le constat du Tribunal. L'ACI est un accord négocié, fondé sur la réduction mutuelle des obstacles commerciaux entre les parties à l'accord et reflète nécessairement le compromis auquel sont arrivées les parties négociantes⁴⁰. A cet égard, le Tribunal souligne que l'ACI est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995; le texte de l'ALÉNA, qui contient une telle obligation, était alors disponible aux parties négociant l'ACI, étant entré en vigueur plus d'un an auparavant, soit le 1^{er} janvier 1994. Le Tribunal ne peut imposer au gouvernement fédéral des obligations auxquelles il ne s'est pas astreint dans le cadre de l'entente négociée avec les gouvernements provinciaux et territoriaux.

76. Ceci étant dit, même si elle ne constitue pas une obligation du gouvernement pouvant être directement mise à exécution par un fournisseur en vertu de l'ACI, le Tribunal souligne que la divulgation

38. À titre d'exemple, le paragraphe 1015(6) de l'ALÉNA prévoit que « [u]ne entité devra, [...] b) sur demande, communiquer aux fournisseurs dont la soumission n'a pas été retenue des renseignements pertinents concernant les raisons du rejet, et les informer des caractéristiques et des avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que du nom de l'adjudicataire. » Le paragraphe 1015(8) prévoit des limites à cette obligation de divulgation.

39. *Ecosfera Inc. c. Ministère de l'Environnement* (11 juillet 2007), PR-2007-004 (TCCE) au par. 20; *Med-Emerg International Inc. c. Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux* (15 juin 2005), PR-2004-050 (TCCE) au par. 39; *Giamac Inc. s/n Autorail Forwarders c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 novembre 2009), PR-2009-037 (TCCE) au par. 28; *Krista Dunlop & Associates Inc. c. Ministère du Patrimoine canadien* (14 avril 2010), PR-2009-064 (TCCE) au par. 30; *Access Information Agency* au par. 30.

40. *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2009] 3 RCS 309, 2009 CSC 50 (CanLII) aux par. 18, 31.

de l'information pertinente aux soumissionnaires non retenus est une pratique qui contribue à renforcer la transparence, et par ce fait, l'équité, la concurrence, l'efficacité et l'intégrité du système d'attribution des marchés publics. Elle favorise ainsi le respect des obligations particulières prévues par l'*ACI* et l'atteinte de ses objectifs généraux⁴¹. À ce titre, la divulgation de renseignements pertinents pouvant permettre au soumissionnaire de comprendre l'évaluation de sa soumission et l'issue d'une procédure de marché public, quoique non requise aux termes de l'*ACI*, doit néanmoins être encouragée, dans le respect de limites légitimes, notamment celles liées au caractère confidentiel de certains renseignements.

77. Contrairement à ce qui est le cas dans d'autres marchés publics, en l'espèce, AMC ne s'était pas non plus engagé par le biais des documents de marché public à fournir de l'information aux soumissionnaires retenus, puisque la DD ne prévoyait ni directement, ni par renvoi, de clause contenant une telle obligation⁴². Ainsi, l'allégué refus d'AMC de fournir les renseignements demandés ne peut contrevenir à aucune disposition de l'*ACI*. Le Tribunal tient toutefois à souligner également que dans le contexte particulier de la DD, AIA a eu accès à certains renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission a été mise de côté et concernant la soumission retenue. Force est de constater par ailleurs que ces renseignements lui ont permis de présenter sa plainte au Tribunal.

78. En conclusion, puisqu'il ne se rattache à aucune obligation spécifique du gouvernement en vertu de l'*ACI*, ce motif de plainte n'est pas fondé.

AMC avait droit d'annuler la procédure de passation du marché public

79. AIA soutient qu'AMC ne pouvait annuler la DD et devait octroyer le contrat au soumissionnaire conforme le moins disant. S'appuyant principalement sur les décisions de la Cour suprême dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*⁴³ et *Martel Building Ltd. c. Canada*⁴⁴, elle prétend qu'un « contrat A » ne pouvait être annulé unilatéralement par AMC. Elle souligne aussi le principe selon lequel en cas de doute, un contrat s'interprète contre celui qui a stipulé l'obligation.

80. AMC soutient qu'il avait l'autorité d'annuler la DD ainsi que tout contrat émis à la suite de la DD. Sa position s'appuie sur plusieurs dispositions incorporées à la DD. De plus, AMC argumente aussi qu'elle pouvait annuler la DD pour des raisons d'intérêt public, ici, corriger des erreurs dans les critères employés, s'appuyant par exemple sur l'alinéa 1015(4)(c) de l'*ALÉNA*⁴⁵.

81. La question de savoir si AMC pouvait annuler la DD et en émettre une nouvelle soulève une question d'interprétation des clauses incorporées à la DD, soit celles de l'offre à commandes, et des procédures qui y étaient prévues pour l'attribution des commandes subséquentes. AIA souligne à bon droit

41. Voir par exemple l'article 501 de l'*ACI*, lequel précise que l'objet du chapitre cinq « [...] vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat [...] dans un contexte de transparence et d'efficacité »; *Almon* au par. 23; *CGI* au par. 47.

42. AIA a fait référence dans ses observations à l'article « 5- Compte rendu », du document identifié comme pièce no. 13 d'AIA. Pièce PR-2016-001-12A, vol. 1A. Toutefois, cet article ne se rapportait pas à la DD, qui visait l'attribution d'une commande subséquente à l'offre à commandes, mais concerne, selon ses termes, la possibilité de demander un compte rendu concernant le processus de *demande d'offres à commandes* dans les 15 jours suivant réception des résultats de ce processus. De plus, de l'avis du Tribunal, cette disposition spécifique n'était pas incorporée à la DD.

43. [1999] 1 RCS 619, 1999 CanLII 677 (CSC).

44. [2000] 2 RCS 860, 2000 CSC 60 (CanLII).

45. Le Tribunal n'abordera pas ce dernier argument, étant donné que l'*ACI* est le seul accord applicable, ce qui est reconnu par ailleurs par AMC.

que les principes d'interprétation des contrats s'appliquent. Toutefois, AIA n'a pas présenté, à l'appui de sa position, d'argument spécifique ancré dans l'interprétation de ces dispositions⁴⁶.

82. Or, à la lecture des dispositions applicables de l'offre à commandes dans leur ensemble, les clauses en vigueur laissaient à AMC le droit de ne pas octroyer de contrat à la suite de l'émission d'une demande de disponibilité. Le Tribunal retient notamment la clause suivante, selon laquelle les offrants détenant une offre à commandes reconnaissent que l'émission d'une offre à commandes n'obligeait pas le Canada à établir un contrat pour les services visés par l'offre à commandes :

2005 02 (2006-08-15) Généralités

L'offrant reconnaît qu'une offre à commandes n'est pas un contrat et que l'émission d'une offre à commandes et d'une autorisation de passer une commande subséquente n'oblige ni n'engage le Canada à acheter les biens, les services, ou les deux énumérés dans l'offre à commandes ou à établir un contrat à cet effet. L'offrant comprend et convient que le Canada a le droit d'acheter les biens, les services ou les deux précisés dans l'offre à commandes au moyen de tout autre contrat, offre à commandes ou méthode d'approvisionnement.⁴⁷

83. Le Tribunal conclut que la portée de cette clause est suffisamment large pour couvrir une situation où l'utilisateur désigné a émis une demande de disponibilité et se voit dans l'obligation de l'annuler pour quelque raison. En effet, rien dans la DD n'indiquait qu'AMC avait renoncé à sa discrétion de ne pas accorder de contrat en vertu de l'offre à commandes une fois la DD émise ou s'était par la simple émission de la DD obligé à établir un contrat en vertu de la DD⁴⁸.

84. De plus, lorsque le 6 avril 2016 AMC a annoncé aux soumissionnaires que la « [...] demande de soumissions pour un Agent en AIPRP-Avancé [...] est par la présente annulée »⁴⁹, selon les éléments de preuve, les soumissions n'étaient de toute façon plus valides. En effet, comme mentionné précédemment, en vertu de l'offre à commandes, les offrants avaient la possibilité de réviser leurs prix chaque semaine. Elle prévoyait également que ces prix déterminaient le rang des offrants pour la semaine en question, et que la révision de prix « [...] qui figure [...] sur la feuille des résultats de recherche d'un utilisateur désigné, est valide pour un maximum de dix (10) jours ouvrables à partir de la date d'impression de la feuille de recherche »⁵⁰. En l'espèce, afin de lancer la DD, AMC avait fait une recherche de prix le 9 mars 2016⁵¹. Ces

46. AIA s'appuie sur un passage tiré de la section « 2. Sommaire » dans le document intitulé « Révision à une demande d'offre à commandes » daté du 25 octobre 2013, où on peut lire que « [...] le Canada s'engage sans condition à accepter l'offre de l'offrant pour la prestation des services décrits dans [l'offre à commandes] [...] » (pièce PR-2016-001-12A, vol. 1A). Le Tribunal n'est pas convaincu que cette disposition fasse partie des clauses de l'offre à commandes incorporées à la DD. Quoiqu'il en soit, le Tribunal conclut que cette phrase, lue dans son contexte immédiat ainsi qu'à la lumière des clauses de l'offre à commandes incorporées à la DD, n'a pas la portée que veut lui donner AIA et n'oblige pas AMC à passer une commande subséquente.

47. En vertu des articles 3.1 et 13(c) de l'offre à commandes (pièce PR-2016-001-27, pièce A, vol. 1D), le document « 2005 (2015-07-03) Conditions générales – offres à commandes – biens ou services » s'appliquait à l'offre à commandes et en formait partie intégrante. Ce document est disponible en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat/3/2005/11>.

48. Voir aussi la conclusion du Tribunal dans *MGIS Inc. et iGeoSpy Inc. en coentreprise* (10 avril 2014), PR-2014-001 (TCCE) aux par. 7-10.

49. Pièce PR-2016-001-11, onglet 12, vol. 1A.

50. Pièce PR-2016-001-27, pièce A, article 8, vol. 1D. Voir aussi l'article 8.1, qui, selon les éléments de preuve, n'est pas applicable en l'espèce, mais qui confirme par analogie que l'expiration de la période de validité des prix entraîne l'annulation par défaut de la DD.

51. Pièce PR-2016-001-11, onglet 4, vol. 1A.

prix n'étaient donc plus valides au 6 avril 2016 et AMC ne pouvait plus, de toute façon, accepter aucune des soumissions.

85. Par conséquent, ce motif de plainte n'est pas valide en soi; AMC pouvait annuler le processus de DD et elle n'était pas obligée d'accorder de contrat en vertu de la DD, voire ne pouvait plus en accorder un au 6 avril 2016.

86. Ceci étant dit, le Tribunal conclut que l'annulation de la DD ne peut être considérée indépendamment des violations des accords commerciaux survenues en l'espèce. En effet, avant la réception des objections d'AIA, plutôt que d'exercer sa discrétion de ne pas adjuger de contrat au terme de la DD, AMC a procédé en l'espèce à l'adjudication d'un contrat, en retenant, bien qu'irrégulièrement, la soumission de LRO Staffing. Le fait que le processus de DD ait ensuite été annulé ou ait expiré, et que le contrat adjugé à LRO Staffing n'ait jamais été mis en place, est, selon la prépondérance des éléments de preuve, attribuable aux erreurs d'évaluation d'AMC et à la plainte conséquente d'AIA⁵². Dans ces circonstances, le Tribunal conclut sur la balance des probabilités que n'eut été des violations par AMC des critères d'évaluation et de l'ACI, un contrat aurait effectivement été octroyé au soumissionnaire conforme offrant le prix le plus bas.

87. Par conséquent, l'annulation ou l'expiration de la DD laisse tout de même pendante la question de savoir s'il existe un préjudice méritant réparation découlant de cette situation. La réponse à cette question doit prendre en considération toutes les circonstances survenues après le choix irrégulier de LRO Staffing, y compris le fait qu'à la suite de la DD, aucun fournisseur n'a fourni de services à AMC, qu'AIA a eu l'occasion de présenter une soumission dans le cadre d'une nouvelle demande de disponibilité (invitation n° DCP-2016-002) et s'est vu octroyer un contrat en vertu de cette autre demande de disponibilité.

MESURE CORRECTIVE

88. Le Tribunal a déterminé que la plainte d'AIA est fondée en partie. Par conséquent, le Tribunal doit examiner la mesure corrective appropriée, conformément aux paragraphes 30.15(2) à 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*.

89. AIA demande que le Tribunal recommande à AMC d'émettre une commande subséquente de 48 semaines au soumissionnaire conforme avec le prix le plus bas, soit AIA. À cet égard, AIA soutient que la soumission de MaxSys, le fournisseur potentiel avec le prix le plus bas, était irrecevable car elle n'a pas été déposée dans les délais et selon les modalités impartis par la DD, et ajoute à titre subsidiaire que la proposition de MaxSys ne rencontre pas un critère obligatoire relatif à l'éducation.

90. Subsidiairement, AIA demande que lui soit versée une indemnité visant à compenser sa perte de profit, et comprenant un montant pour compenser AIA en raison de l'ampleur du préjudice porté à l'intégrité et l'efficacité du processus d'achat concurrentiel, de l'ampleur du préjudice porté à AIA et à toutes les autres parties intéressées, et de « l'ampleur de la bonne foi des parties ». Dans sa formule de plainte, AIA demandait également le remboursement des frais liés à la préparation de sa soumission.

91. AMC soutient qu'aucune mesure corrective n'est justifiée. D'abord, il soutient qu'AIA n'a subi aucun dommage, car si l'évaluation avait adhéré aux critères énoncés, la soumission de MaxSys aurait été retenue, étant plus basse. De plus, AMC soutient qu'il a tâché de corriger des erreurs commises de bonne foi

52. Pièce PR-2016-001-38 au par. 6, vol. 1E; *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, aux pp. 31-32, 67, 74, 75.

dès leur découverte, par l'annulation de la DD et la publication d'une nouvelle demande de disponibilité, l'invitation n° DCP-2016-002. Il n'existe donc aucune perte de profit puisqu'aucun travail n'a été effectué par suite de la DD et qui plus est, AIA a obtenu une commande subséquente par suite de l'invitation n° DCP-2016-002, et tire présentement profit de ce contrat.

92. Pour recommander une mesure corrective, le Tribunal doit tenir compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché en question, notamment les suivants : 1) la gravité des irrégularités constatées; 2) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé; 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication; 4) la bonne foi des parties; 5) le degré d'exécution du contrat.

Gravité des irrégularités constatées dans la procédure de passation du marché public

93. La violation de l'*ACI* constatée en l'espèce est qu'AMC a évalué la proposition d'AIA de façon non conforme aux critères énoncés dans la DD. Cette contravention représente une irrégularité sérieuse, puisque l'évaluation des propositions conformément aux critères énoncés dans une invitation à soumissionner constitue un principe central du régime établi par la *Loi sur le TCCE* et les accords commerciaux applicables.

94. De plus, tel que signalé plus tôt, cette enquête a mis en lumière certains autres aspects irréguliers de cette procédure de passation du marché public, commençant par une rédaction de la DD qui s'est avérée défectueuse et en contradiction des règles applicables en vertu de l'offre à commandes, une tenue du dossier de marché public manquant de rigueur, l'acceptation d'une soumission irrecevable et l'attribution d'un contrat d'une durée qui n'était pas strictement conforme à ce qui était annoncé dans la DD. Bien que ces irrégularités ne fassent pas partie des motifs de plainte, elles font partie du contexte de la violation de l'*ACI* liée à l'évaluation qui a été constatée en l'espèce et soulignent son caractère sérieux.

Préjudice causé à AIA ou à tout autre intéressé

95. Une question contentieuse dans cette enquête était de savoir si les erreurs d'évaluation admises par AMC ont causé un préjudice à AIA. Ayant examiné l'ensemble des éléments de preuve et des observations des parties, le Tribunal conclut que si AMC avait adhéré aux critères et modalités de la DD, AIA aurait dû obtenir la commande subséquente. Toutefois, les éléments de preuve indiquent également qu'AIA a effectivement obtenu un contrat le 3 juin 2016 à la suite de l'émission d'une nouvelle demande de disponibilité corrigée visant le besoin qu'AMC cherchait à combler au terme de la DD.

96. En somme, le Tribunal conclut qu'AIA a subi un préjudice du fait d'avoir été privée du contrat en raison des erreurs d'évaluation d'AMC dans le cadre de la DD, mais que le contrat qu'elle a obtenu subséquemment au terme de l'émission d'une demande de disponibilité corrigée compense adéquatement ce préjudice, exception faite des frais dédoublés de préparation de soumission qu'elle a dû encourir.

La proposition de MaxSys aurait dû être mise de côté

97. La DD indiquait que les réponses des soumissionnaires étaient requises le 11 mars 2016 à 15 h. Dans son courriel d'invitation, AMC indiquait de plus que toutes les propositions devaient être déposées par courriel à deux adresses spécifiques, et que « toute autre méthode de présentation de soumission ne sera pas acceptée »⁵³ [traduction].

53. Pièce PR-2016-001-11, onglet 4, vol. 1A; pièce PR-2016-001-01, vol. 1.

98. Or, les éléments de preuve indiquent que la soumission de MaxSys a été reçue par AMC le 11 mars 2016, par télécopieur, entre 15 h 25 et 15 h 35, soit environ 25 à 35 minutes après l'échéance. Le Tribunal prend acte de la déclaration de M^{me} Arlene Cade indiquant qu'une représentante de MaxSys l'a avisée que celle-ci « avait des problèmes informatiques reliés aux courriels »⁵⁴ [traduction] et qu'elle a tenté à trois reprises de faire parvenir sa soumission par courriel avant 15 h. La preuve documentaire est au même effet⁵⁵.

99. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut qu'AMC devait, en vertu des règles du jeu prescrites par l'offre à commandes, rejeter la soumission de MaxSys en raison de son dépôt tardif et irrégulier. Ces règles prévoyaient sans équivoque que la responsabilité de transmettre une réponse conformément aux exigences *incombait exclusivement au fournisseur*. Le Tribunal fait référence en particulier à l'article 9.5 de l'offre à commandes, qui édicte les exigences en matière de réponse aux demandes de disponibilité. Cet article précise ce qui suit : « [i]l appartient exclusivement à l'offrant de déposer sa réponse dans le délai exigé et de bien l'acheminer »⁵⁶ et spécifie de plus qu'« [u]n offrant qui omet de fournir une réponse dans le délai fixé sur le formulaire de demande sera jugé inapte à fournir les services »⁵⁷. L'article 9.3(A) de l'offre à commandes indique par ailleurs que « [l]a commande subséquente doit être attribuée à l'offrant admissible (selon le prix) qui propose une ressource admissible *dans le délai prévu* et qui répond à tous les critères obligatoires du besoin... »⁵⁸ [nos italiques]. Aucune disposition de la DD ne prévoyait par ailleurs de discrétion pour AMC pour accepter une soumission tardive, ou transmise par le mode de transmission non indiqué.

100. Le Tribunal remarque de plus que malgré le volume d'observations déposées au Tribunal, AMC n'a à aucun moment suggéré qu'AIA n'avait pas déposé une soumission conforme aux critères de la DD correctement appliqués. Ainsi, le Tribunal conclut que si les soumissions avaient été traitées et évaluées conformément aux critères énoncés pour la DD, AMC aurait vraisemblablement conclu qu'AIA avait déposé la soumission conforme la plus basse et lui aurait accordé un contrat.

101. Par conséquent, en raison des erreurs d'évaluation commises par AMC, AIA s'est vue privée d'un contrat.

Le contrat octroyé à AIA le 3 juin 2016 compense adéquatement le dommage subi par celle-ci du fait qu'elle se soit vue privée du contrat qui aurait dû lui être accordé

102. AMC soutient également qu'AIA a déjà eu la réparation qu'elle recherchait par sa plainte, puisqu'elle s'est vu octroyer un contrat par AMC le 3 juin 2016 au terme de l'invitation n° DCP-2016-002 et tire présentement profit de ce contrat. AMC soutient que malgré les différences sur papier entre le texte de la DD et celui de l'invitation no. n° DCP-2016-002, cette dernière représente la réémission de la DD. Elle soutient que les deux demandes visaient à embaucher une seule ressource d'aide temporaire, pour remplir le même poste au sein d'AMC, et que le contrat octroyé à AIA le 3 juin 2016 est essentiellement le même contrat qu'elle visait à accorder au terme de la DD.

103. Au contraire, selon AIA, les deux processus d'acquisition ne sont liés d'aucune façon. Elle a souligné « [...] 8 différences importantes [...] »⁵⁹ entre les deux processus d'acquisition, notamment le fait

54. Pièce PR-2016-001-39, vol. 1E.

55. *Ibid.*; pièce PR-2016-001-48, vol. 1E.

56. Pièce PR-2016-001-27, pièce A, vol. 1D.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, à la p. 98.

que le contrat du 3 juin 2016 accordé à AIA est d'une durée de 17 semaines et d'une valeur de 59 325,75 \$ (taxes non comprises), alors que le contrat accordé à LRO Staffing était d'une durée de 48 semaines et d'une valeur de 158 059,19\$ (taxes comprises)⁶⁰; l'invitation n° DCP-2016-002 ne comprenait pas une clause indiquant qu'elle remplace la DD, qui, selon AIA, devait être utilisée dans une telle situation; les tâches typiques de la ressource recherchée décrites dans les deux demandes sont différentes; le nombre de ressources qu'un soumissionnaire pouvait proposer n'était pas le même; les ressources offertes par AIA ne sont pas les mêmes puisque l'expertise recherchée n'était pas la même; les taux en vigueur et le rang des fournisseurs n'étaient pas les mêmes lors de l'émission des deux demandes; la DD relève de la compétence du Tribunal, contrairement à l'invitation n° DCP-2016-002. Ainsi, elle soutient que le contrat pour les services visés par la DD n'a pas encore été accordé et qu'elle se voit donc toujours privée du contrat et du profit qui lui revenaient.

104. La question de savoir si le contrat accordé à AIA le 3 juin 2016 est le même contrat qui devait être accordé au terme de la DD a fait l'objet du témoignage de M. Mucci, qui dirige la section de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée d'AMC.

105. En somme, le Tribunal retient du témoignage de M. Mucci que par la DD comme par l'invitation n° DCP-2016-002, AMC voulait procurer les services d'un conseiller à l'interne pour AMC en matière de protection de la vie privée, et cherchait dans les deux cas à combler le même poste⁶¹. Il retient aussi que la ressource d'AIA travaille présentement au sein de la section de la protection de la vie privée d'AMC en lieu et place de la ressource d'aide temporaire qu'AMC cherchait initialement à remplacer par l'émission de la DD⁶². M. Mucci a offert des explications crédibles pour appuyer ces conclusions.

106. M. Mucci a expliqué que sa section est organisée en trois sous-sections, dont une axée sur le traitement des demandes d'accès à l'information provenant du public, et une autre, la section de la protection de la vie privée, qui fournit principalement des conseils à l'AMC lui-même en matière de protection de la vie privée, y compris en ce qui concerne ses divers programmes et missions à l'étranger⁶³. M. Mucci a affirmé que par l'émission de la DD le 9 mars 2016, AMC cherchait à remplacer une ressource d'aide temporaire qui était alors en fonction dans la section de la protection de la vie privée et dont le contrat venait à échéance en avril 2016⁶⁴.

107. Il a également confirmé qu'AMC a annulé la DD à la suite de la plainte d'AIA concernant l'évaluation des soumissions et a profité de cette occasion pour corriger des erreurs contenues dans la DD. M. Mucci a entre autres témoigné qu'une des lacunes de la DD provenait du fait qu'AMC croyait devoir utiliser une description standard, provenant de TPSGC, des tâches typiques de la ressource recherchée. Or, la description standard évoquait principalement le traitement de demandes d'accès à l'information provenant du public et n'élaborait pas sur les tâches d'un conseiller en matière de protection de la vie privée.

108. Toutefois, M. Mucci a également souligné qu'AMC avait signalé dans la DD qu'elle recherchait une ressource pour sa section de la protection de la vie privée et avait ajouté le mot « privacy » (protection de la vie privée) à deux autres endroits⁶⁵, afin d'alerter les fournisseurs potentiels au fait qu'elle recherchait une ressource en matière de protection de la vie privée⁶⁶. M. Mucci a également témoigné qu'à son avis, la

60. Pièce PR-2016-001-11 à la p. 196, vol. 1A; pièce PR-2016-001-16 à la p. 38.4, vol. 1C.

61. *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, à la p. 54; pièce PR-2016-001-38 au par. 14, vol. 1E.

62. *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, aux pp. 32-34.

63. *Ibid.* aux pp. 12, 45.

64. *Ibid.* aux pp. 23-24.

65. *Ibid.* aux pp. 22-23, 30, 88-90.

66. Pièce PR-2016-001-38 aux par. 8-9, vol. 1E.

communauté restreinte de fournisseurs œuvrant dans le domaine de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée aurait su quel type de services AMC voulait acquérir⁶⁷.

109. M. Mucci a témoigné que l'invitation n° DCP-2016-002 remplace la DD. Il a admis que cette invitation a été rédigée de manière différente de la DD, et a expliqué que cette situation découle du fait qu'après la plainte d'AIA, AMC a demandé conseil aux experts de TPSGC et auprès de ses propres experts en marchés publics, et a appris que la description des tâches typiques dans le formulaire de demande de disponibilité pouvait être modifiée et que l'utilisation de critères d'évaluation constituant des atouts n'était pas permise. Ainsi, en rédigeant l'invitation n° DCP-2016-002, AMC a éliminé les critères constituant des atouts et a amélioré la rédaction des critères obligatoires et des tâches typiques afin de mieux les enligner avec le besoin réel d'AMC⁶⁸. Il a témoigné qu'en substance, les deux invitations visent exactement le même besoin⁶⁹.

110. Enfin, M. Mucci a donné une explication des différences apparentes dans la durée et la valeur du contrat accordé à LRO Staffing au mois de mars et de celui accordé à AIA le 3 juin 2016. Il a expliqué qu'au moment de l'adjudication du contrat à LRO Staffing, AMC prévoyant avoir besoin de la ressource recherchée pour 48 semaines. M. Mucci a de plus expliqué qu'AMC voulait depuis quelques années créer un nouveau poste dans la section de la protection de la vie privée, mais que puisque ce n'était pas possible dans l'environnement budgétaire du moment, elle a recouru plutôt à une ressource d'aide temporaire pour remplir ces fonctions. M. Mucci a expliqué que le processus de création d'un nouveau poste a toutefois pu être concrétisé dans les mois suivant l'adjudication du contrat à LRO Staffing, c'est-à-dire en même temps qu'elle corrigeait les erreurs dans la DD et préparait la demande de disponibilité de remplacement⁷⁰. M. Mucci a également expliqué que ce nouveau poste, pour lequel l'autorisation nécessaire a effectivement été obtenue le 5 juin 2016, concerne essentiellement le travail effectué jusqu'ici par la ressource d'aide temporaire qu'AMC cherchait à remplacer en émettant la DD, et le même travail qu'effectue présentement la ressource d'AIA en vertu du contrat du 3 juin 2016⁷¹. Selon le témoignage de M. Mucci, à la suite de l'embauche d'un candidat pour le nouveau poste, prévue pour le mois de septembre ou octobre⁷², AMC n'aura peut-être plus besoin pour longtemps d'une ressource d'aide temporaire.

111. M. Mucci a témoigné que ces préoccupations opérationnelles ont également figuré dans les discussions qu'AMC a eues avec les experts en marchés publics afin de rédiger l'invitation n° DCP-2016-002, qui indiquait par conséquent que la commande subséquente serait d'une durée maximale de 48 semaines, sans prévoir de durée prédéterminée. De plus, ces changements anticipés des besoins opérationnels d'AMC, ajoutés au fait que, selon M. Mucci, il est plus commode de prolonger un contrat plus court si le besoin et la satisfaction du client le justifient, plutôt que de mettre un terme à un contrat plus long, expliquent le fait que, le 3 juin 2016, AMC a décidé d'accorder à AIA un contrat d'une durée initiale de 17 semaines, avec possibilité de prolongation⁷³.

112. À la lumière des éléments de preuve, le Tribunal conclut que le contrat attribué à AIA le 3 juin 2016 remplace le contrat qu'AMC avait voulu accorder au terme de la DD. Bien que les éléments de preuve indiquent certaines différences dans la description des tâches typiques de la ressource recherchée dans les

67. *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, aux pp. 89-90.

68. Pièce PR-2016-001-38 au par. 13, vol. 1E; *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, aux pp. 28-31, 75-76, 79-85.

69. *Transcription de l'audience publique*, 10 août 2016, aux pp. 90-91.

70. *Ibid.* aux pp. 69-71.

71. *Ibid.* aux pp. 71-72.

72. *Ibid.* aux pp. 72-73.

73. *Ibid.* aux pp. 75-79.

deux demandes de disponibilité, M. Mucci a offert une explication raisonnable de ces différences. Il est clair que celles-ci ont à voir avec le fait qu'AMC avait initialement rédigé la DD de manière défectueuse et a voulu corriger le tir dans l'invitation n° DCP-2016-002. Enfin, le Tribunal accepte que les descriptions de tâches dans les deux invitations n'avaient pas pour but de fournir une description exhaustive des services recherchés et que malgré les lacunes dans l'énoncé de la DD, les services recherchés par AMC étaient vraisemblablement connus de la communauté de fournisseurs potentiels.

113. Ainsi, le Tribunal conclut que les deux demandes de disponibilité visaient en substance à combler le même besoin, celui d'une ressource pouvant livrer des services professionnels au niveau avancé dans la section de la protection de la vie privée d'AMC. Le Tribunal conclut également sur la foi des éléments preuve que la ressource d'AIA qui prête présentement des services en vertu du contrat du 3 juin 2016 effectue les tâches auparavant effectuées par la ressource d'aide temporaire qu'AMC cherchait à remplacer par le biais de la DD.

114. Le Tribunal ne trouve pas pertinent, pour la question de savoir si les deux contrats concernent le même besoin le fait que l'invitation n° DCP-2016-002 n'inclut pas la clause de réémission invoquée par AIA. Même admettant qu'il s'agisse d'un manquement technique dans la rédaction de l'invitation n° DCP-2016-002, il n'enlève rien au fait que la ressource d'AIA effectue présentement en vertu du contrat du 3 juin 2016 les services qu'AMC cherchait dès le départ à acquérir. De même, le Tribunal considère que la question de savoir si le Tribunal a compétence sur l'invitation n° DCP-2016-002 est sans pertinence pour les fins de cette discussion.

115. Ceci laisse la question de la valeur et de la durée des contrats. Le Tribunal conclut que celles-ci s'équivalent. Le contrat accordé à LRO Staffing était pour une durée de 48 semaines. Toutefois, comme M. Mucci a bien souligné, ce contrat pouvait être annulé en tout temps, sur court préavis. Le contrat accordé à AIA le 3 juin 2016 est pour une durée d'environ 17 semaines, avec possibilité de prolongation jusqu'à concurrence de 48 semaines⁷⁴. Somme toute, à la lumière des éléments de preuve, et compte tenu de la valeur relative des contrats et des éléments aléatoires, y compris les besoins opérationnels changeants d'AMC, qui auraient pu affecter le contrat qui aurait été accordé à AIA si les critères de la DD avaient été correctement appliqués, le Tribunal considère que l'octroi du contrat du 3 juin 2016 à AIA couvre de façon adéquate toute perte de profit qu'elle aurait pu tirer si le contrat au terme de la DD lui avait été accordé.

116. Toutefois, il reste qu'AIA a futillement encouru des frais pour la préparation de sa réponse à la DD initiale, et a dû réengager des frais pour préparer une deuxième réponse à l'invitation n° DCP-2016-002.

Préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication

117. Tel que noté plus haut, le non respect des critères et des procédures d'octroi de contrat énoncés dans un appel d'offre représente une irrégularité grave, qui affecte l'intégrité et à l'efficacité du système d'adjudication des marchés publics, car elle affecte entre autres l'équité du processus, la confiance des soumissionnaires en le système, et ainsi, la possibilité pour le gouvernement d'obtenir la proposition la plus avantageuse pour les services qu'il cherche à acquérir.

118. Toutefois, le Tribunal constate également qu'AMC a cherché à minimiser l'impact des erreurs constatées en annulant la DD et en recommençant le processus d'adjudication par suite de l'émission d'une nouvelle demande de disponibilité, corrigée à la suite de consultations avec TPSGC et avec ses propres

74. *Ibid.* aux pp. 68-69.

experts en marchés publics⁷⁵. Ainsi, le Tribunal en vient à la conclusion que l'impact négatif de la violation constatée a été relativement minimisé.

La bonne foi des parties

119. Malgré les nombreuses allégations de mauvaise foi lancées par AIA, le Tribunal est convaincu que toutes les parties visées ont agi de bonne foi. La bonne foi des parties est un des facteurs dont le Tribunal doit tenir compte au moment de recommander une mesure corrective appropriée.⁷⁶ Des allégations de mauvaise foi sont toutefois des accusations graves qui vont bien au-delà d'irrégularités ou de manquements aux procédures. La bonne foi se présume et le Tribunal ne s'attend à devoir tenir compte de l'absence de bonne foi d'une des parties que dans des cas très rares et exceptionnels. En particulier, le Tribunal réitère que de telles allégations portées sans fondement sont malencontreuses, ne servent pas à un débat productif, ni ne peuvent ouvrir la voie à une réparation accrue quelconque.

120. Le Tribunal a pris acte en particulier des allégations d'AIA voulant qu'AMC ne se soit pas conformé entièrement à l'ordonnance de production de documents émise par le Tribunal le 8 juin 2016. Comme indiqué plus haut, le Tribunal a constaté qu'une certaine confusion semble avoir régné dans le dossier tenu par AMC à l'égard de ce marché public. En l'espèce, le Tribunal est d'avis que c'est cette confusion apparente dans le dossier qui a été à l'origine pour bonne partie des incohérences apparentes dans le dossier et qui explique que certains documents n'ont pas été, ou n'ont pu être, produits par AMC en réponse à l'ordonnance du Tribunal. Toutefois, le Tribunal fait remarquer que, eu égard notamment au fait qu'il faisait face à une partie qui n'était pas représentée par un conseiller juridique indépendant et qui n'avait donc pas accès aux documents désignés comme confidentiels par AMC dans son RIF du 25 mai 2016, il aurait été souhaitable, et le Tribunal se serait attendu à ce qu'AMC fasse preuve d'une divulgation plus directe et proactive des documents à l'appui de sa position dans ce dossier, notamment en ce qui concerne les circonstances de la réception de la soumission de MaxSys⁷⁷.

Le degré d'exécution du contrat

121. Aucun service n'a été fourni à AMC en vertu d'un contrat accordé à la suite de la DD.

Conclusion concernant la mesure corrective appropriée

122. Dans les circonstances, le Tribunal considère que la mesure corrective appropriée est celle qui vise à assurer que les irrégularités constatées dans cette procédure de passation du marché public ne se reproduiront pas. À cet égard, étant donné ses conclusions sur le fait que le contrat octroyé le 3 juin 2016 compense adéquatement toute perte de profit qu'AIA a pu subir du fait d'avoir été privée d'un contrat au terme de la DD, le Tribunal considère que le paiement d'une indemnité à AIA pour le préjudice occasionné

75. *Ibid.* aux pp. 31-32.

76. Alinéa 30.15(3)d) de la *Loi sur le TCCE*.

77. Le Tribunal constate de plus que certaines divergences existent entre les documents de la soumission de Maxsys produits par AMC les 15 juin et 10 août 2016 (pièce PR-2016-001-21, vol. 1C; pièce PR-2016-001-48A (protégée), vol. 2; PR-2016-001-48, vol. 1E), et la version qui avait été présentée dans la version confidentielle du RIF le 25 mai 2016 (pièce PR-2016-001-11A (protégée), onglet 6, vol. 2). Ces divergences concernent notamment l'annotation cruciale indiquant l'heure à laquelle cette soumission a été reçue par AMC, celle-ci n'apparaissant pas sur la copie présentée dans le RIF confidentiel. À cet égard, le Tribunal fait référence à sa décision dans *Space2Place Design Inc. c. Agence Parcs Canada* (30 octobre 2015), PR-2015-012 (TCCE) aux par. 50-53. Le Tribunal réitère que toute modification d'un élément de preuve, qu'elle soit ou non intentionnelle, soulève d'importantes préoccupations. Le Tribunal rappelle avec insistance aux parties et à leurs conseillers juridiques, le cas échéant, qu'il leur incombe de s'assurer que les éléments de preuve sont complets et qu'ils n'ont pas été modifiés.

à l'intégrité du système d'adjudication constituerait un profit inespéré pour AIA, plutôt qu'une mesure corrective visant à réparer les torts occasionnés à l'intégrité du système.

123. Par conséquent, et notant qu'AMC semble déjà avoir pris des mesures en ce sens, le Tribunal recommande qu'AMC prenne les mesures nécessaires pour s'assurer dans l'avenir de respecter rigoureusement la procédure prescrite dans l'attribution de commandes subséquentes en vertu de l'offre à commandes pour services d'aide temporaire de la région de la capitale nationale, y compris en ce qui a trait à l'énoncé des critères, à l'évaluation des soumissions, à la documentation du dossier de marché public et à l'accord des contrats.

124. De plus, partant du principe que le Tribunal tente de replacer la partie plaignante dans la position dans laquelle il se serait trouvé si les violations des accords commerciaux ne s'étaient pas produites, le Tribunal considère opportun d'accorder à AIA, aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, le remboursement par AMC des frais raisonnables entraînés par la préparation de sa réponse à la DD.

FRAIS

125. Les deux parties ont demandé les frais relatifs à l'enquête. Étant donné le succès partagé en l'espèce, chaque partie assumera ses propres frais.

DÉCISION

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

127. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande qu'AMC prenne les mesures nécessaires pour s'assurer dans l'avenir de respecter la procédure prescrite pour l'attribution de commandes subséquentes en vertu de l'offre à commandes pour les services d'aide temporaire de la région de la capitale nationale, y compris en ce qui a trait à l'énoncé des critères, à l'évaluation des soumissions, à la documentation du dossier de marché public et à l'adjudication des contrats.

128. Aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à AIA le remboursement des frais raisonnables entraînés par la préparation de sa soumission en réponse à la DD « DCP Advanced Privacy ATIP Officer – May 2, 2016 ». Le Tribunal demande qu'AIA et AMC négocient le montant des frais accordés aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE* et lui fassent rapport du résultat dans les 30 jours suivant la date de la présente décision.

129. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant des frais accordés aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, AIA devra déposer auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, ses observations sur la question des frais entraînés par la préparation de sa soumission. AMC disposera alors de 20 jours après la réception des observations d'AIA pour déposer sa réponse. À moins qu'il n'ait besoin de renseignements additionnels, le Tribunal avisera les parties de la nature et du montant des frais adjugés dans les plus brefs délais possibles suivant la réception de la réponse d'AMC.

130. Chaque partie assumera ses propres frais relatifs à l'enquête.

Jean Bédard

Jean Bédard
Membre président