



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2015-070

M.D. Charlton Co. Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le mercredi 10 août 2016*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION..... i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 CONTEXTE 1

 PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC..... 1

 REQUÊTE DEMANDANT LE REJET DE LA PLAINTÉ 2

 BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ 7

 Analyse du Tribunal..... 7

 Mesure corrective..... 10

 Frais 10

DÉCISION 10

EU ÉGARD À une plainte déposée par M.D. Charlton Co. Ltd. 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**M.D. CHARLTON CO. LTD.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****DÉCISION**

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

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que l'appel d'offres soit annulé et qu'un nouvel appel d'offres soit émis. Le nouvel appel d'offres ne devra pas comporter d'exigences techniques favorisant un fournisseur en particulier.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à M.D. Charlton Co. Ltd. le remboursement des frais raisonnables encourus pour l'engagement de la procédure, ces frais devant être payés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur conformément à l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Membre du Tribunal : Serge Fréchette, membre président

Conseillers juridiques pour le Tribunal : Eric Wildhaber
Kalyn Eadie

Agent du greffe : Chelsea McKiver

Partie plaignante : M.D. Charlton Co. Ltd.

Conseillers juridiques pour la partie plaignante : Christopher R.N. McLeod
Christopher Kent
Jana Keely

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Ian G. McLeod
Susan D. Clarke
Roy Chamoun
Kathryn Hamill

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 30 mars 2016, M.D. Charlton Co. Ltd. (M.D. Charlton) 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. La plainte concerne un appel d'offres (invitation n° M7594-5-4254/A) émis par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) pour l'acquisition de jumelles de vision nocturne.

2. M.D. Charlton allègue que l'exception en matière de sécurité nationale a été incorrectement invoquée dans le but de soustraire la procédure de passation du marché public aux obligations des accords commerciaux. M.D. Charlton allègue aussi que les exigences de l'appel d'offres favorisaient un fournisseur en particulier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

3. Le 4 février 2016, TPSGC a émis une demande d'offre à commandes (DOC) dont la date de clôture était le 15 mars 2016. La DOC n'a pas été rendue publique mais a plutôt été envoyée à trois soumissionnaires potentiels déterminés d'avance, dont l'un était Newcon Optik. La DOC et le courriel d'accompagnement envoyés aux trois soumissionnaires potentiels interdisaient de communiquer la DOC à des tierces parties sans la permission de TPSGC.

4. La DOC indiquait qu'une exception en matière de sécurité nationale était invoquée et que, par conséquent, l'appel d'offres n'était assujéti à aucun des accords commerciaux.

5. Le 1^{er} mars 2016, Newcon Optik a fait parvenir une copie de la DOC à M.D. Charlton, son distributeur autorisé auprès du gouvernement du Canada.

6. Le 9 mars 2016, M.D. Charlton a présenté une opposition à TPSGC. M.D. Charlton mettait en question la nécessité de limiter l'appel d'offres à trois soumissionnaires et aussi d'invoquer une exception en matière de sécurité nationale, et soutenait qu'ainsi l'appel d'offres n'était pas mené de façon ouverte, équitable et transparente, en contradiction avec les politiques de TPSGC. M.D. Charlton a aussi posé plusieurs questions au sujet des spécifications techniques et a fait remarquer qu'elles semblaient conçues pour favoriser un fournisseur en particulier.

7. Le 11 mars 2016, TPSGC a écrit aux trois soumissionnaires potentiels invités à soumissionner pour leur demander de signer un accord de confidentialité.

8. Le 14 mars 2016, TPSGC a répondu à l'opposition de M.D. Charlton. TPSGC a refusé de répondre aux questions de M.D. Charlton car « elles ne constituaient pas des demandes d'éclaircissement au sujet de l'appel d'offres mais plutôt l'expression d'un mécontentement concernant les spécifications strictes exigées par l'organisme client »² [traduction]. TPSGC indiquait de plus qu'aucune modification ne serait apportée aux spécifications techniques.

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

2. Pièce PR-2015-070-01D à la p. 37, vol. 1.

9. Aussi, le 14 mars 2016, Newcon Optik a avisé TPSGC qu'elle ne signerait pas l'accord de confidentialité et que M.D. Charlton et elle-même ne soumettraient pas de soumission. Newcon Optik a aussi réitéré certaines des objections de M.D. Charlton, notamment que les spécifications techniques étaient conçues de façon à favoriser un fournisseur en particulier.
10. Le 30 mars 2016, M.D. Charlton a déposé la présente plainte.
11. Le 6 avril 2016, le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte.
12. Le 28 avril 2016, TPSGC a déposé une requête demandant au Tribunal de rejeter la plainte pour défaut de compétence et d'émettre une ordonnance enjoignant M.D. Charlton de détruire la copie de la DOC en sa possession.
13. Le 3 juin 2016, le Tribunal a rejeté intégralement la requête de TPSGC. Les raisons de cette décision sont énoncées ci-dessous.
14. Le 17 juin 2016, TPSGC a déposé son Rapport de l'institution fédérale (RIF).
15. Le 6 juillet 2016, M.D. Charlton a déposé ses commentaires sur le RIF.
16. Étant donné que les renseignements au dossier étaient suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi de ces renseignements.

REQUÊTE DEMANDANT LE REJET DE LA PLAINTÉ

17. TPSGC soutenait que, puisque l'appel d'offres en question était soumis à une exception en matière de sécurité nationale, la plainte ne portait pas sur un « contrat spécifique » tel que stipulé à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* et au paragraphe 3(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³ et que, par conséquent, le Tribunal n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte.
18. TPSGC soutenait aussi que M.D. Charlton devait être enjoint de détruire la copie de la DOC qu'elle avait en sa possession, que Newcon Optik lui avait fait parvenir en violation de la clause de non-divulgence contenue dans la DOC, et demandait au Tribunal d'ordonner à M.D. Charlton soit de retourner la DOC à TPSGC, soit de fournir la preuve de sa destruction.
19. En réponse, M.D. Charlton a de nouveau mis en question la nécessité d'invoquer une exception en matière de sécurité nationale puisque les spécifications techniques du genre de jumelles de vision nocturne demandées sont déjà dans le domaine public. M.D. Charlton soutenait que cela constituait un abus de l'exception en matière de sécurité nationale dans le but de justifier l'adjudication du contrat au fournisseur préféré de la GRC déterminé d'avance.
20. Comme il l'avait déterminé dans une ordonnance rendue dans le cadre du dossier n° PR-2015-039⁴, le Tribunal a conclu que, malgré l'invocation d'une exception en matière de sécurité nationale, il avait compétence pour enquêter sur la plainte conformément au paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*. Pour cette raison, le Tribunal a rejeté la requête de TPSGC.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. *Eclipsys Solutions Inc. c. Services partagés Canada* (4 février 2016) (TCCE) [*Eclipsys*].

21. Le Tribunal a récemment éclairci le cadre analytique qui s'applique lorsqu'une exception en matière de sécurité nationale est invoquée⁵.

22. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement*, 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.

23. L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* définit un « contrat spécifique » comme un « [c]ontrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale – ou pourrait l'être –, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire ».

24. Comme le prévoit la *Loi sur le TCCE*, le *Règlement* précise les paramètres encadrant l'exercice de la compétence du Tribunal. Le paragraphe 3(1) du *Règlement* stipule ce qui suit :

Pour l'application de la définition de **contrat spécifique** à l'article 30.1 de la Loi, est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché de fournitures ou services ou de toute combinaison de ceux-ci, accordé par une institution fédérale – ou qui pourrait l'être – et visé, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie, à l'article 1001 de l'[*Accord de libre-échange nord-américain*⁶], à l'article 502 de l'Accord sur le commerce intérieur⁷, à l'article II de l'Accord sur les marchés publics⁸, à l'article Kbis-01 du chapitre Kbis de l'[*Accord de libre-échange Canada-Chili*⁹], à l'article 1401 du chapitre quatorze de l'[*Accord de libre-échange Canada-Pérou*¹⁰], à l'article 1401 du chapitre quatorze de l'[*Accord de libre-échange Canada-Colombie*¹¹], à l'article 16.02 du chapitre seize de l'[*Accord de libre-échange Canada-Panama*¹²], à l'article 17.2 du chapitre dix-sept de l'[*Accord de libre-échange Canada-Honduras*¹³] ou à l'article 14.3 du chapitre quatorze de l'[*Accord de libre-échange Canada-Corée*¹⁴].

5. *Eclipsys* aux par. 12-22.

6. *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].

7. 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].

8. Accord révisé sur les marchés publics, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm> (entré en vigueur le 6 avril 2014) [AMP].

9. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/menu.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [ALÉCC]. Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

10. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/peru-toc-perou-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [ALÉCP].

11. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&view=d>> (entré en vigueur le 15 août 2011) [ALÉCCO].

12. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} avril 2013) [ALÉCPA].

13. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Honduras*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/honduras/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014) [ALÉCH].

14. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015).

25. Aucune des dispositions des accords commerciaux cités au paragraphe 3(1) du *Règlement* ne fait explicitement référence à une exclusion en vertu de la sécurité nationale. Par exemple, l'article 1001 de l'*ALÉNA*, intitulé « Portée et champ d'application », stipule en partie que le chapitre 10, intitulé « Marchés publics », s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une partie relativement aux marchés passés par une entité fédérale, qui figure aux annexes 1001.1a-1, 1001.1a-2 ou 1001.1a-3, dont la valeur estimée est égale ou supérieure à certains seuils monétaires. Les autres paragraphes de l'article 1001 énoncent des conditions additionnelles qui doivent être respectées pour qu'un marché soit visé par le chapitre; ici aussi, aucune référence n'est faite à la sécurité nationale¹⁵. La portée des dispositions des autres accords commerciaux est similaire.

26. Toutefois, les accords commerciaux comportent des dispositions d'exclusion distinctes ayant trait à la sécurité nationale selon les différents champs d'application des accords¹⁶. Par exemple, l'article 1018 de l'*ALÉNA*, une disposition générale qui prévoit certaines exceptions particulières, stipule ce qui suit :

1. Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme empêchant une Partie de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant à l'achat d'armes, de munitions ou de

15. L'article 1001 de l'*ALÉNA* stipule ce qui suit :

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés
 - a) passés par une entité publique fédérale figurant à l'annexe 1001.1a-1, une entreprise publique figurant à l'annexe 1001.1a-2, ou une entité publique d'un État ou d'une province figurant à l'annexe 1001.1a-3, en conformité avec l'article 1024;
 - b) pour l'achat de produits en conformité avec l'annexe 1001.1b-1, de services en conformité avec l'annexe 1001.1b-2, ou de services de construction en conformité avec l'annexe 1001.1b-3; et
 - c) dont la valeur estimative est égale ou supérieure au seuil calculé et ajusté selon le taux d'inflation aux États-Unis, ainsi qu'il est indiqué à l'annexe 1001.1c, soit :
 - (i) pour les entités publiques fédérales, 50 000 \$ US pour les marchés de produits, de services ou de toute combinaison des deux, et 6,5 millions \$ US pour les marchés de services de construction,
 - (ii) pour les entreprises publiques, 250 000 \$ US pour les marchés de produits, de services ou de toute combinaison des deux, et 8 millions \$ US pour les marchés de services de construction, et
 - (iii) pour les entités publiques des États ou des provinces, le seuil applicable, ainsi qu'il est indiqué à l'annexe 1001.1a-3, en conformité avec l'article 1024.
2. Le paragraphe 1 est assujéti
 - a) aux dispositions transitoires figurant à l'annexe 1001.2a;
 - b) aux notes générales figurant à l'annexe 1001.2b, et
 - c) à l'annexe 1001.2c, pour les Parties qui y sont visées.
3. Sous réserve du paragraphe 4, lorsqu'un marché devant être adjugé par une entité n'est pas visé par le présent chapitre, celui-ci ne sera pas interprété comme visant les composantes « produits » ou « services » de ce marché.
4. Aucune des Parties ne pourra préparer, élaborer ou autrement structurer un projet d'achat dans le but de se soustraire aux obligations du présent chapitre.
5. Les marchés englobent les acquisitions effectuées par des méthodes comme l'achat, le bail ou la location, avec ou sans option d'achat. Les marchés ne comprennent pas :
 - a) les ententes non contractuelles ou toute forme d'aide gouvernementale, notamment les accords de coopération, les subventions, les prêts, les participations au capital, les garanties, les incitations fiscales, et la fourniture publique de biens et de services à des personnes, à des gouvernements d'États ou de provinces ou à des gouvernements régionaux; et
 - b) l'acquisition de services d'agences financières ou de services aux dépositaires, de services de liquidation et de gestion pour les institutions financières réglementées et de services de vente et de distribution pour la dette publique.
16. L'article XXIII de l'*AMP*, l'article *Kbis-16* de l'*ALÉCC*, l'article 1402(1) de l'*ALÉCP*, l'article 1402(1) de l'*ALÉCCO*, l'article 16.03(1) de l'*ALÉCPA* et l'article 17.3(1) de l'*ALÉCH*. De plus, l'article 1804 de l'*ACI*, un accord commercial national, prévoit aussi des exceptions où il est question de sécurité nationale.

matériel de guerre, ou aux achats indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale.

27. Aucune référence n'est faite dans cette disposition, de façon explicite ou implicite, à l'exclusion de marchés publics de la portée du chapitre 10 de l'*ALÉNA* quand il est question de sécurité nationale. Par conséquent, il n'est pas juste de prétendre que d'invoquer l'exception en matière de sécurité nationale soustrait automatiquement un appel d'offres à la définition de « contrat spécifique » en ce qui concerne l'application du paragraphe 3(1) du *Règlement* et du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*.

28. Quand il est question de sécurité nationale, les accords commerciaux ne soustraient pas automatiquement un appel d'offres aux obligations prévues dans ces derniers, et la simple invocation de la sécurité nationale ne justifie pas automatiquement, sans examen minutieux, l'exclusion intégrale d'un appel d'offres de toutes les obligations prévues dans les accords commerciaux. Il est certain que les accords commerciaux permettent aux institutions fédérales i) de refuser de divulguer de l'information (par exemple de ne pas divulguer des exigences obligatoires, l'identité des adjudicataires, etc.) et ii) de prendre les mesures qu'il estime *nécessaires* pour préserver la sécurité nationale.

29. Comme il l'a fait dans *Eclipsys*, le Tribunal a examiné les termes exacts du recours à cette exception pour en déterminer la portée voulue et la mesure dans laquelle l'exclusion de certaines obligations des accords commerciaux, notamment en ce qui concerne la compétence du Tribunal d'enquêter sur la plainte, était nécessaire pour préserver l'objectif de sécurité nationale énoncé¹⁷.

30. En l'espèce, l'exception en matière de sécurité nationale a été invoquée à la demande du sous-commissaire aux Services de police contractuels et autochtones de la GRC. Dans sa demande, datée du 26 août 2015, la GRC justifiait de la façon suivante le recours à l'exception en matière de sécurité nationale pour l'appel d'offres en question :

Les *spécifications* de l'appel d'offres pour les [jumelles de vision nocturne] contiennent des détails qui, s'ils étaient rendus publics, pourraient compromettre la totalité du potentiel de l'appareil et mettre en péril les enquêtes criminelles ou de sécurité nationale. Il est considéré comme nécessaire pour la protection de mesures de sécurité essentielles que *cet appel d'offres ne soit pas divulgué* car il est indispensable en matière d'enquêtes criminelles, d'antiterrorisme et de sécurité nationale. Toute divulgation permettrait de connaître les moyens dont dispose la GRC et donnerait à des adversaires la possibilité de contrecarrer ces moyens. Le recours à l'exception en matière de sécurité nationale est considéré comme nécessaire pour protéger la sécurité et l'ordre public, la vie humaine et la santé publique, ainsi que pour respecter nos obligations en matière de partenariats internationaux. Les appareils ne seront utilisés que dans le cadre d'opérations secrètes¹⁸.

[Nos italiques, traduction]

31. Autrement dit, la question de sécurité nationale ayant trait à l'appel d'offres concerne la sauvegarde de la capacité de la GRC de mener des enquêtes pour protéger la sécurité et l'ordre public ainsi que la vie humaine et la santé publique. La GRC a aussi indiqué qu'elle mesure devait être prise à cet égard, c'est-à-dire la non-divulgaration des spécifications techniques des jumelles de vision nocturne.

32. En réponse à cette demande, le sous-ministre adjoint de la Direction générale des approvisionnements de TPSGC, dans une lettre datée du 15 septembre 2015, a convenu d'invoquer l'exception en matière de sécurité nationale « [e]n fonction des raisons énoncées dans votre lettre du 26 août 2015 [...] pour exclure

17. *Eclipsys* au par. 21.

18. Pièce PR-2015-070-11, pièce jointe 2 à la p. 2, vol. 1.

l'appel d'offres pour l'acquisition de jumelles de vision nocturne de toutes les dispositions des accords commerciaux dont le Canada est signataire, actuels et futurs, [...] à tous égards »¹⁹ [nos italiques, traduction].

33. Le Tribunal a affirmé que les accords commerciaux laissent à l'institution fédérale responsable l'entière discrétion de déterminer quelles mesures sont nécessaires pour préserver la sécurité nationale²⁰. Toutefois, le Tribunal a aussi déterminé que les termes des accords commerciaux laissent entendre que l'institution fédérale ne devrait restreindre l'application des obligations prévues dans les accords commerciaux seulement dans la mesure nécessaire pour préserver la sécurité nationale en tenant compte des particularités du marché public en cause²¹. Cela signifie que les institutions fédérales devraient faire une évaluation objective et n'exclure que les obligations prévues dans les accords commerciaux qui pourraient effectivement compromettre la sécurité nationale.

34. En l'espèce, la GRC a fait une évaluation et a déterminé que la seule mesure nécessaire pour préserver la sécurité nationale était la non-divulgence des spécifications techniques des jumelles de vision nocturne faisant l'objet de l'appel d'offres.

35. Toutefois, lorsqu'il a invoqué l'exception en matière de sécurité nationale, TPSGC a excédé ce besoin, tel qu'évalué par la GRC, et a plutôt appliqué à l'appel d'offres une exemption globale, le soustrayant entièrement à toutes les obligations des accords commerciaux (c'est-à-dire « à tous égards »). En procédant de la sorte, le Tribunal conclut que TPSGC a violé les accords commerciaux en ne limitant pas correctement la portée de l'exception. Les accords commerciaux requièrent plutôt que TPSGC n'exclut que les dispositions des accords qui sont nécessaires pour préserver l'aspect de la sécurité nationale qui est en jeu. Compte tenu du fait que la GRC ne désirait qu'empêcher la divulgation des spécifications techniques, TPSGC ne donne aucune raison justifiant l'étendue de la mesure qu'il a prise pour atteindre cet objectif. La nécessité de restreindre entièrement le recours des fournisseurs potentiels à tous les champs d'application des accords commerciaux, notamment au mécanisme d'examen des marchés publics par le Tribunal, n'est pas justifié par TPSGC. Aucun lien n'a été établi entre l'étendue de la mesure prise pour atteindre cet objectif limité (aucune attention n'a été portée au fait que cela avait pour résultat de contourner entièrement les accords commerciaux) et l'invalidation ou l'affaiblissement des engagements qui en a résulté, notamment de faire obstacle au recours au mécanisme d'examen des marchés publics par le Tribunal.

36. Il est important ici de souligner que, en vertu de la *Loi sur le TCCE*, le législateur a voulu donner accès à un mécanisme spécial d'examen des marchés publics qui permet au Tribunal, lorsque nécessaire, de protéger les renseignements confidentiels, y compris ceux ayant trait à la sécurité nationale²².

37. Le mécanisme d'examen des marchés publics prévu par la *Loi sur le TCCE* aurait dû être accessible aux fournisseurs potentiels qui satisfaisaient aux exigences de la GRC en matière de sécurité pour pouvoir soumissionner²³. Ces fournisseurs potentiels comprennent M.D. Charlton. Par conséquent, le Tribunal s'est penché sur le bien-fondé de la plainte de M.D. Charlton.

19. *Ibid.* à la p. 3.

20. *Eclipsys* au par. 23.

21. *Eclipsys* au par. 20.

22. Par exemple, pour des renseignements protégés en vertu des *U.S. International Traffic in Arms Regulations* (22 C.F.R. Parts 120-130) et de la *Loi sur la production de défense* (L.R.C., 1985, ch. D-1), en plus de signer l'acte de déclaration et d'engagement en matière de confidentialité du Tribunal, dans de tels cas, les conseillers juridiques pourraient devoir s'enregistrer auprès du Programme des marchandises contrôlées afin d'avoir accès à des données techniques ayant trait à des marchandises contrôlées. Voir pièce PR-2015-051-15, vol. 1J.

23. La DOC indiquait qu'aucune exigence en matière de sécurité ne s'appliquait à l'appel d'offres; toutefois, TPSGC a indiqué qu'il s'agissait d'une erreur. Pièce PR-2015-070-11 à la p. 3, vol. 1.

38. Pour être clair, le Tribunal ne met pas en question la validité du motif de la GRC en matière de sécurité nationale. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit d'une décision qui ne concerne pas le Tribunal²⁴. Par conséquent, le Tribunal ne se penchera pas sur l'affirmation de M.D. Charlton selon laquelle l'exception en matière de sécurité nationale était injustifiée parce que les spécifications techniques pour ce genre de jumelles de vision nocturne sont du domaine public.

39. Enfin, le Tribunal n'ordonnera pas à M.D. Charlton de détruire sa copie de la DOC parce que la DOC contenait une exigence de non-divulgence. L'argument de TPSGC à ce sujet porte sur le fait que Newcon Optik a violé l'exigence de non-divulgence qui figurait dans la DOC et le courriel d'accompagnement en la faisant parvenir à M.D. Charlton. Toutefois, le comportement de Newcon Optik ne peut justifier une ordonnance du Tribunal signifiant à M.D. Charlton de détruire un document. Cela est une question qui doit être résolue entre Newcon Optik et TPSGC. Le Tribunal fait toutefois remarquer que ni M.D. Charlton ni Newcon Optik ne semble avoir consenti d'être liée par l'exigence de non-divulgence soit en signant l'accord de confidentialité (qui a été envoyé après les objections de M.D. Charlton), soit en faisant une soumission.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Analyse du Tribunal

Conclusions préliminaires

40. Dans le RIF, TPSGC répète presque entièrement les arguments qu'il avait auparavant formulés dans sa requête ayant trait à la compétence du Tribunal.

41. Le seul argument supplémentaire de TPSGC est celui selon lequel le Tribunal doit mettre fin à l'enquête au motif que M.D. Charlton n'est pas, à son avis, un « fournisseur potentiel » comme l'exige l'alinéa 7(1)a) du *Règlement*. TPSGC soutient que les renseignements au dossier concernant les diverses objections de Newcon Optik et de M.D. Charlton ayant trait aux spécifications techniques figurant dans la DOC « suggèrent fortement » [traduction] que Newcon Optik est incapable de fabriquer les jumelles de vision nocturne demandées²⁵.

42. En réponse à ces arguments, M.D. Charlton soutient que TPSGC a concédé (i) que la procédure d'appel d'offres était contraire aux obligations du Canada ayant trait aux accords commerciaux et (ii) qu'il avait à tort invoqué l'exception en matière de sécurité nationale pour toute réponse à la plainte. M.D. Charlton soutient que, afin d'assurer l'application de l'expression « estime nécessaire » qui figure dans les accords commerciaux, le Tribunal doit examiner si l'exception en matière de sécurité nationale a été invoquée dans le but principal de s'affranchir des obligations découlant des accords commerciaux.

43. M.D. Charlton soutient que l'exception en matière de sécurité nationale a été invoquée uniquement pour soustraire l'appel d'offres aux obligations de concurrence loyale des accords commerciaux et à l'examen du Tribunal, permettant ainsi à la GRC d'attribuer un contrat pour les jumelles de vision nocturne à son fournisseur préféré déterminé d'avance sans craindre la contestation. Bien que trois fournisseurs aient été invités à soumissionner, M.D. Charlton soutient que cela a été fait uniquement pour donner à l'appel d'offres « l'apparence de la légitimité »²⁶ [traduction] et que les spécifications techniques ont été conçues de façon à ce qu'une seule de ces entreprises puisse les respecter.

24. *Eclipsys* au par. 23.

25. Pièce PR-2015-070-19 à la p. 12, vol. 1.

26. Pièce PR-2015-070-23 aux par. 11, 28, vol. 1.

44. M.D. Charlton soutient que, si le Tribunal conclut que le but principal de l'invocation de l'exception en matière de sécurité nationale n'est pas incorrecte, alors le Tribunal doit poursuivre son examen habituel afin de déterminer si l'exception a été correctement invoquée par une personne dûment autorisée. M.D. Charlton soutient aussi que le Tribunal doit examiner si l'autorité approbatrice a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en approuvant une demande d'exception en matière de sécurité nationale qui n'était pas appuyée par des éléments de preuve suffisants pour résister à un examen un tant soit peu approfondi. M.D. Charlton soutient que, si ces éléments de preuve font défaut, alors l'approbation de l'exception en matière de sécurité nationale constitue une application fautive du pouvoir discrétionnaire ou une délégation inappropriée puisque le décideur devient de ce fait l'institution fédérale qui a fait la demande au lieu de la personne dûment autorisée.

45. M.D. Charlton soutient que c'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce : le sous-ministre adjoint a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en approuvant la demande d'exception en matière de sécurité nationale de la GRC. M.D. Charlton soutient que la GRC n'a en fait soumis aucun élément de preuve à l'appui de sa demande, et qu'elle n'a fait que des assertions et tiré des conclusions qui auraient dû relever du sous-ministre adjoint dans le cadre de sa décision ayant trait à l'invocation de l'exception en matière de sécurité nationale.

46. De plus, M.D. Charlton soutient que, bien que la demande de la GRC ait comporté des raisons pour la non-divulgence des documents d'appel d'offres, la GRC n'a présenté aucune justification pour restreindre la participation à l'appel d'offres ni pour soustraire celui-ci à l'examen du Tribunal.

47. En réponse à l'affirmation de TPSGC selon laquelle elle n'est pas un « fournisseur potentiel », M.D. Charlton soutient que Newcon Optik est manifestement capable de fournir le genre de jumelles de vision nocturne demandées, et a déposé des éléments de preuve documentaire et une déclaration écrite sous serment à l'appui de cette affirmation. M.D. Charlton soutient que si elle-même et Newcon Optik n'ont finalement pas présenté de soumission, cela est dû à leurs graves préoccupations quant à la procédure du marché public et ne doit pas être considéré comme une preuve que Newcon Optik ne fabrique pas les jumelles de vision nocturne demandées.

48. Le Tribunal rejette les allégations de TPSGC concernant la compétence du Tribunal pour les mêmes motifs donnés ci-dessus concernant la requête de TPSGC demandant que la plainte soit rejetée.

49. De plus, le Tribunal ne prête aucunement foi à l'affirmation de TPSGC selon laquelle M.D. Charlton n'est pas un « fournisseur potentiel ». Newcon Optik a été expressément invitée à participer à l'appel d'offres. M.D. Charlton a démontré que Newcon Optik est capable de fabriquer le genre de jumelles de vision nocturne demandées²⁷.

50. Le Tribunal prend acte des arguments de M.D. Charlton concernant l'allégation selon laquelle, en l'espèce, le pouvoir discrétionnaire a été mal exercé, mais ne se prononcera pas sur cette question par souci d'économie.

Bien-fondé de la plainte

51. 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. Au terme de l'enquête, le Tribunal détermine la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour un contrat spécifique. Aux termes de l'article 11 du

27. Pièce PR-2015-070-23A (protégée), pièce jointe confidentielle 1 au par. 20, onglet F, vol. 2A.

Règlement, le Tribunal détermine si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences énoncées dans les accords commerciaux applicables.

52. Bien que la DOC n'indique pas de code de la Federal Supply Classification, les marchandises demandées semblent relevées du code 5855²⁸, qui, lorsqu'elles font l'objet d'un achat par la GRC, sont exclues des accords commerciaux, sauf en ce qui concerne l'ACI. Par conséquent, l'analyse du Tribunal ne porte que sur l'application de l'ACI.

53. M.D. Charlton allègue dans sa plainte que les exigences de l'appel d'offres favorisaient un fournisseur en particulier. TPSGC n'a formulé aucun commentaire sur le bien-fondé de cette allégation.

54. L'article 504 de l'ACI stipule ce qui suit :

3. Sauf disposition contraire du présent chapitre, sont comprises parmi les mesures incompatibles avec les paragraphes 1 et 2 :

[...]

b) la rédaction des spécifications techniques de façon soit à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés, y compris des produits ou services inclus dans des marchés de construction, soit à favoriser ou à défavoriser des fournisseurs de tels produits ou services, en vue de se soustraire aux obligations prévues par le présent chapitre;

[...]

55. Le Tribunal a déjà affirmé qu'inclure une exigence pour les produits d'un fournisseur en particulier dans les spécifications techniques des documents d'appel d'offres constitue une violation de l'article 504(3)b) de l'ACI lorsque cela est fait pour soustraire l'appel d'offres aux exigences en matière de concurrence du chapitre 5²⁹.

56. À au moins une occasion, les spécifications techniques dans la DOC rendaient obligatoire de fournir les produits de deux des trois fournisseurs invités à participer à l'appel d'offres, dont le nom était spécifié³⁰. De plus, le Tribunal accepte les éléments de preuve incontestés de M.D. Charlton selon lesquels certaines des autres exigences obligatoires ne pouvaient être satisfaites que par un seul fournisseur³¹. En outre, il n'y a aucune disposition dans la DOC permettant aux fournisseurs potentiels de proposer des produits équivalents.

57. TPSGC n'a donné aucune justification qui permettrait au Tribunal de conclure que les exigences techniques ont été énoncées de cette façon pour des raisons autres que de soustraire l'appel d'offres aux exigences en matière de concurrence du chapitre 5. En fait, certains des éléments de preuve documentaire

28. Selon les codes de la Federal Supply Classification indiqués dans des appels d'offres pour des marchandises similaires, par exemple l'invitation n° W8482-168198/A, viseurs de nuit (<https://achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/appels-d-offres/PW-QF-108-25510>); contrat n° M7594-133542/001/QD, Équipements de vision de nuit, par rayonnement émis ou réfléchi (<https://achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/avis-d-attribution/PW-QD-021-23586-001>).

29. *AT&T Canada Corp.* (27 novembre 2000), PR-2000-024 (TCCE) aux pp. 5-6; *Foundry Networks* (23 mai 2001), PR-2000-060 (TCCE) aux pp. 5-8; *Trust Business Systems c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (13 mai 2005), PR-2004-058 et PR-2004-059 (TCCE) aux par. 53-55.

30. Pièce PR-2015-070-19A (protégée), pièce jointe confidentielle 4 à la p. 28, vol. 2A.

31. Pièce PR-2015-070-23A (protégée), pièce jointe confidentielle 1 aux par. 15, 18, vol. 2A.

déposés avec le RIF appuient l'allégation de M.D. Charlton selon laquelle la GRC avait manifestement un fournisseur préféré³², qui est aussi l'entreprise favorisée par les spécifications techniques.

58. Pour les raisons ci-dessus, le Tribunal conclut que TPSGC a violé l'article 504(3)b) de l'ACI. Par conséquent, la plainte de M.D. Charlton est fondée.

Mesure corrective

59. À titre de mesure corrective, M.D. Charlton demande que l'appel d'offres soit annulé et qu'un nouvel appel d'offres soit émis et mené de façon ouverte, équitable et transparente.

60. TPSGC n'a fait aucune observation en ce qui concerne la mesure corrective.

Frais

61. Pour déterminer le montant de l'indemnité en l'espèce, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui fonde l'évaluation du degré de complexité d'une cause sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

62. En l'espèce, la complexité du marché public était relativement élevée, étant donné que les documents d'appel d'offres contenaient des spécifications techniques détaillées ayant trait au produit demandé.

63. La complexité de la plainte était également élevée, étant donné qu'elle soulevait de nouvelles questions concernant la capacité du Tribunal à enquêter sur une plainte lorsque l'exception en matière de sécurité nationale a été invoquée.

64. En ce qui concerne la complexité de la procédure, les choses ont été quelque peu compliquées en conséquence de la requête demandant le rejet de la plainte déposée par TPSGC. Le dépôt d'observations additionnelles a été requis ainsi que le recours au délai de 135 jours. En outre, la requête de TPSGC a été rejetée. Par conséquent, la complexité de la procédure était également un peu plus élevée qu'à l'habituel.

65. Conformément à l'annexe A de la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$.

DÉCISION

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

67. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que l'appel d'offres soit annulé et qu'un nouvel appel d'offres soit émis. Le nouvel appel d'offres ne devra pas comporter d'exigences techniques favorisant un fournisseur en particulier.

68. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à M.D. Charlton le remboursement des frais raisonnables encourus pour l'engagement de la procédure, ces frais devant être payés par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré

32. Pièce PR-2015-070-19A (protégée), pièce jointe confidentielle 3 aux pp. 7-8, 11, vol. 2A.

de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal conformément à l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Serge Fréchette

Serge Fréchette

Membre président