



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2016-045

TPG Technology Consulting Ltd.

*Décision prise
le mercredi 30 novembre 2016*

*Décision rendue
le lundi 5 décembre 2016*

*Motifs rendus
le mercredi 7 décembre 2016*

EU ÉGARD À une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).

PAR

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LTD.

CONTRE

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

DÉCISION

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

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

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

[2] TPG Technology Consulting Ltd. (TPG) a déposé la présente plainte auprès du Tribunal le 28 novembre 2016.

[3] La plainte concerne une demande de propositions (DP) (invitation n° EN869-04-0407/A) pour la prestation de services d'ingénierie et de soutien technique émise par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) le 30 mai 2006 – il y a 10 ans.

[4] En 2008, TPG a intenté une action en réparation devant la Cour fédérale contre TPSGC ayant trait à la façon dont celui-ci avait conduit le processus de passation du marché public. Une longue procédure judiciaire s'ensuivit³, qui a mené à un procès de six semaines en 2014. La Cour fédérale a finalement rejeté la prétention de TPG⁴. Cette décision a été récemment confirmée par la Cour d'appel fédérale⁵. Le Tribunal interprète les décisions des cours fédérales comme une confirmation que TPG avait l'option de déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la DP, mais qu'elle ne l'a pas fait.

[5] TPG soutient maintenant que les procédures devant les cours fédérales ont donné au Tribunal les motifs d'enquêter sur un préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du processus de passation des marchés publics à cause de la façon dont TPSGC a conduit le processus. En définitive, TPG demande au Tribunal d'annuler la décision de la Cour d'appel fédérale et de réexaminer les éléments de preuve sur lesquels la Cour fédérale s'est penchée. TPG demande au Tribunal une indemnité de plus de 7 millions de dollars, notamment de 300 000 \$ à 400 000 \$ pour la préparation de sa soumission, 4 millions de dollars pour perte de profits, 2,3 millions de dollars en frais de justice pour ses actions devant les cours fédérales et le remboursement des 611 303 \$ en frais de justice que les cours fédérales lui ont ordonné de verser à TPSGC suite aux procès⁶. Les montants que TPG avance sont basés sur le fait que la Cour fédérale a reconnu, bien qu'elle ait finalement rejeté la prétention de TPG, que TPSGC avait mal évalué 2 critères de sa soumission sur 217. TPG soulève d'autres questions (gestion des dossiers, explications obtenues du compte rendu sur les résultats de

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2011 CF 1054 (CanLII) (accueil de la requête de la Couronne en jugement sommaire); *TPG Technology Consulting Ltd c. Canada*, 2013 CAF 183 (CanLII) (rejet de la requête de la Couronne en jugement sommaire).

4. *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2014 CF 933 (CanLII) [*TPG CF*].

5. *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2016 CAF 279 (CanLII) [*TPG CAF*]. *TPG CF* et *TPG CAF* sont désignées collectivement « les décisions des cours fédérales ».

6. TPG soutient que sa demande de remboursement de ses frais de justice et de ceux de la Couronne est justifiée parce que sa plainte a servi l'intérêt public en révélant les problèmes de la méthode d'évaluation de TPSGC, bien que TPG n'ait pas prouvé que ces erreurs aient influé sur le classement final des soumissions.

l'évaluation) à l'appui de son allégation que TPSGC, dans l'ensemble, a porté préjudice à l'intégrité du processus de passation des marchés publics.

[6] Le Tribunal conclut que la plainte déposée le 28 novembre 2016 ne l'a pas été dans les délais. Le Tribunal conclut également que, en vertu de l'autorité de la chose jugée, il ne peut accepter d'enquêter sur une plainte en faisant fi d'un principe fondamental de notre système juridique pour le règlement des différends. Par conséquent, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte.

PLAINTÉ DÉPOSÉE EN RETARD

[7] Les paragraphes 6(1) et (2) du *Règlement* prescrivent un délai de 10 jours ouvrables pour le dépôt d'une plainte⁷. Sans citer aucune jurisprudence, doctrine ou législation, TPG soutient que ses actions devant les cours fédérales ont interrompu ou mis un terme à ce délai en ce qui concerne l'espèce, de sorte que le délai a débuté à la date du rendu de la décision *TPG CAF*. Subsidièrement, TPG soutient que le Tribunal a la discrétion d'accepter sa plainte comme ayant été déposée dans les délais en appliquant la règle 6 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁸.

[8] L'opinion de TPG sur le délai s'appliquant au dépôt de sa plainte est erronée. Premièrement, la règle 6 des *Règles* ne permet au Tribunal de modifier qu'une règle de procédure – elle *ne permet pas* au Tribunal de modifier les délais pour le dépôt d'une plainte, qui sont énoncés dans les *Règles*. Deuxièmement, la date limite prévue à l'article 6 du *Règlement* débute à partir du jour où la plaignante découvre les *faits* à l'origine de sa plainte, et non à partir du jour où de *nouveaux éléments de preuve* sont découverts⁹. TPG a découvert tous les faits à l'origine de sa plainte à un moment avant qu'elle n'intente une action devant la Cour fédérale en 2008, ou au plus tard au cours de cette procédure, le procès ayant eu lieu en 2014. Les délais pour tous les scénarios énoncés par le législateur à l'article 6 du *Règlement* ont expirés il y a longtemps.

[9] En choisissant d'intenter une action devant la Cour fédérale plutôt que de déposer une plainte auprès du Tribunal n'interrompt ni ne suspend d'aucune façon les délais stipulés à l'article 6 du *Règlement*. Le fait que des éléments de preuve obtenus dans le cadre d'une autre action en justice aient pu appuyer des faits déjà connus ne remet pas le compteur à zéro en ce qui concerne le dépôt d'une plainte auprès du Tribunal – maintenir le contraire placerait le Tribunal dans une situation où

7. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui souhaite déposer une plainte auprès du Tribunal « doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ». Le paragraphe 6(2) prévoit que le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal « dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ». Le paragraphe 6(4) permet le dépôt d'une plainte dans les 30 jours suivant la date où le fournisseur potentiel a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte, mais uniquement dans les circonstances stipulées au paragraphe 6(3).

8. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

9. *TA Instruments* (15 septembre 2011), PR-2011-029 (TCCE) [*TA Instruments*] au par. 9, dans lequel le Tribunal a affirmé qu'« [i] est important de rappeler que la question du délai de dépôt de la plainte a trait au moment de la connaissance du motif de plainte plutôt qu'au moment de la réception des éléments de preuve ».

« il ferait face à la possibilité de plusieurs contestations indirectes par rapport aux procédures de plainte »¹⁰. Par conséquent, la plainte de TPG n'a pas été déposée dans les délais.

PLAINTÉ NON FONDÉE

[10] Dans *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement*, Anne C. McNeely décrit les deux régimes d'examen des marchés publics en vigueur au Canada : le régime général de la common law appliqué par les cours (le même régime a été adopté en droit civil au Québec et est appliqué par les cours québécoises) et le régime d'examen des marchés publics du Tribunal, qui exerce son pouvoir en vertu d'accords commerciaux conclus entre gouvernements et en applique les principes. Mme McNeely affirme que les règles d'un régime ont leur « équivalent » [traduction] dans l'autre, et que les règles fondamentales sont essentiellement les mêmes¹¹. À ce titre, en ce qui concerne l'examen des marchés publics en vertu des accords commerciaux, choisir les cours (la Cour fédérale ou la cour supérieur d'une province ou d'un territoire) ou le Tribunal est avant tout une question de préférence stratégique ou de choix entre une instance plutôt qu'une autre.

[11] En l'espèce, les motifs de plainte de TPG sont les mêmes que ceux qui ont été (ou qui auraient pu) être examinés par les cours fédérales¹². En fait, plusieurs des motifs réitérés dans sa plainte ont été abandonnés par consentement avant la tenue du procès devant la Cour fédérale¹³. Il s'ensuit que, même si la plainte avait été déposée dans les délais, celle-ci n'est pas fondée, étant donné que la chose a déjà été jugée. Que les jugements des cours fédérales aient été rendus en vertu de la common law au lieu des accords commerciaux est sans conséquence.

[12] En vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'une question a été définitivement tranchée, une partie ne peut remettre en question ce qui a été précédemment décidé par une juridiction¹⁴. Lorsqu'un fournisseur potentiel dépose une plainte concernant un litige sur lequel le

10. *Netgear, Inc.* (16 avril 2009), PR-2009-001 à PR-2009-004 (TCCE) [*Netgear*] au par. 15.

11. « Par exemple, une exigence d'un accord commercial voulant que la soumission retenue le soit uniquement selon les critères de sélection dont les soumissionnaires sont informés au préalable trouve un équivalent dans l'exigence du contrat "A" selon laquelle un propriétaire ne peut attribuer de contrat sans en énoncer tous les critères » [traduction]. Anne C. McNeely, *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement*, 2010, Canada Law Book, à la p. 37.

12. *TPG CF* aux par. 10, 58-59, 71-72, 98, 104, 106-110, 116, 124-127, 139-142; *TPG CAF* aux par. 4-7, 31-33. En outre, plusieurs des motifs de plainte soulevés par TPG – l'évaluation des sections 3.3.3 et 3.3.5 de la DP, la nouvelle méthode d'attribution des points, la façon dont TPSGC a conservé les dossiers du marché public, etc. – l'étaient dans sa « nouvelle déclaration modifiée » [traduction], datée du 25 février 2014 et déposée auprès de la Cour fédérale, aux par. 26-40. En effet, à la page 4 de sa plainte, sous la rubrique « Contenu et nature de l'objection » [traduction], TPG fait référence à la « déclaration modifiée modifiée, de nouveau révisée dans la nouvelle déclaration modifiée (voir pièce jointe) » [traduction].

13. Il est significatif que TPG ait retiré, par ordonnance sur consentement (et « sous réserve ») avant la tenue du procès, toutes ses allégations ayant trait entre autres à la « négligence », aux « allégations de mauvaise foi, y compris toutes les demandes concernant l'inconduite, la partialité, la fraude ou l'iniquité » et aux « allégations relatives au processus d'évaluation de la soumission de TPG », c'est-à-dire les questions fondamentales concernant son allégation de préjudice porté à l'intégrité et à l'équité du processus de passation des marchés publics. *TPG CF* au par. 59.

14. *Netgear* aux par. 13-14; *TA Instruments* au par. 8.

Tribunal ou les cours se sont déjà prononcés, le Tribunal n'acceptera pas d'enquêter sur la plainte, comme en l'espèce¹⁵.

[13] TPG tente de reformuler la plainte qu'elle a déposée auprès de la Cour fédérale sous prétexte que le Tribunal doit enquêter sur « l'intégrité du processus de passation des marchés publics ». Le Tribunal n'a pas compétence pour enquêter, dans son ensemble, sur l'intégrité du processus concurrentiel de passation des marchés publics. Le Tribunal examine plutôt des plaintes concernant des violations des accords commerciaux. Lorsqu'il conclut qu'il y a eu violation, le Tribunal, conformément à l'alinéa 30.15(3)c) de la *Loi sur le TCCE*, examine « l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication » [nos italiques]. Toutefois, cet exercice n'a lieu qu'*après* qu'une violation à un accord commercial ait été confirmée, dans le cadre de la détermination de la *mesure corrective* appropriée; un préjudice causé à l'intégrité du mécanisme d'adjudication est une conséquence de la violation des accords commerciaux, mais ne peut constituer en soi un *motif de plainte*. En l'espèce, il n'y a aucune mesure corrective à déterminer puisque, en vertu de l'autorité de la chose jugée, le Tribunal ne peut se pencher à nouveau sur des motifs de plainte sur lesquels les cours fédérales se sont déjà prononcées.

[14] Le Tribunal reconnaît que les cours fédérales ont conclu que l'évaluation faite par TPSGC de la soumission de TPG était incorrecte en ce qui concerne 2 des 217 critères d'évaluation. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a aussi confirmé la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle TPG n'avait pas fait la preuve que les résultats de l'évaluation étaient liés à l'erreur commise¹⁶. Par conséquent, les faits et les décisions des cours fédérales ayant trait à l'espèce suffisent pour les distinguer de ceux de la décision du Tribunal dans *Canada c. Almon Equipment Ltd.*¹⁷ invoquée par TPG. Dans la mesure où les cours fédérales ont confirmé que TPSGC avait incorrectement évalué 2 des 217 critères de la soumission de TPG, le Tribunal espère que TPSGC a pris note de ces conclusions et qu'il a modifié ou qu'il modifiera ses pratiques en conséquence dans l'avenir.

[15] Dans sa décision, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas penchée sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle TPG *aurait dû* dès le début déposer une plainte auprès du Tribunal.

15. *Netgear, Inc.* (12 décembre 2008), PR-2008-038 à PR-2008-043 (TCCE) au par. 9. Le paragraphe 30.13(5) de la *Loi sur le TCCE* stipule 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 [...] ». De plus, l'article 10 du *Règlement* stipule que « [l]e Tribunal peut ordonner le rejet d'une plainte pour l'un ou l'autre des motifs suivants : a) [...] il conclut que la plainte ne s'appuie sur aucun fondement valable ».

16. *TPG CF* aux par. 148, 151, 213; *TPG CAF* aux par. 34-41.

17. *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193 (CanLII) [*Almon*]. Dans *Almon*, la Cour d'appel fédérale a renvoyé au Tribunal une décision sur un marché public suite à des demandes de contrôle judiciaire, conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui permet aux cours fédérales de réexaminer des décisions rendues par des unités administratives fédérales. De plus, dans *Almon*, la Cour d'appel fédérale a conclu que, étant donné « la tenue de dossiers minimaliste des évaluateurs et la nature obscure de la procédure qu'ils ont suivie », une « question plus large se posait toutefois » à savoir si la soumission du fournisseur potentiel aurait dû recevoir le nombre de points le plus élevé (aux par. 27, 34, 40-41, 45-49). En l'espèce, cette question a été tranchée par les cours fédérales, qui ont explicitement conclu que TPG n'avait pas fait la preuve que, selon la prépondérance des probabilités, elle aurait été le soumissionnaire retenu (ou même qu'elle avait perdu la possibilité de l'être). *TPG CF* aux par. 148, 151, 213; *TPG CAF* aux par. 34-41.

Cependant, le Tribunal comprend que TPG, au minimum, *aurait pu* choisir de déposer sa plainte en premier lieu auprès du Tribunal¹⁸.

[16] Le Tribunal possède près de 30 années d'expérience spécialisée dans l'examen des processus de passation de marchés publics¹⁹. Au cours de cette période, le Tribunal s'est penché sur une grande gamme de questions, y compris sur des processus de marchés publics complexes dont la valeur des contrats est souvent de l'ordre de centaines de millions de dollars ou plus. Le Tribunal a les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives en ce qui concerne « la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen des pièces »²⁰. Le Tribunal émet régulièrement des ordonnances pour la production de documents nécessaires à une enquête et tient des audiences lorsque la crédibilité d'éléments de preuve doit être vérifiée de façon plus approfondie. De plus, le Tribunal doit avoir terminé son enquête dans un délai de 45 jours pour ce qui est de la procédure expéditive, de 90 jours pour ce qui est de la durée normale et de 135 jours pour la durée prolongée. Les avantages de ce système, notamment en ce qui concerne l'efficacité et les frais, sont du plus grand intérêt des parties plaignantes.

[17] En l'espèce, TPG avait le choix de déposer en premier lieu une plainte auprès du Tribunal. Elle a choisi de ne pas le faire. Elle ne peut maintenant faire marche arrière.

DÉCISION

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

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

18. À cet égard, il est à noter que la plainte de TPG telle que modifiée pour le procès ne comportait pas d'allégation d'acte délictuel, mais uniquement de rupture de contrat.

19. Le Tribunal inclut dans cette période les causes sur lesquelles son prédécesseur s'est penché, la Commission de révision des marchés publics, de 1988 à 1993.

20. Paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE*.