



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2016-062

Slenke Inc.

c.

Infrastructure Canada

*Décision et motifs rendus
le mardi 18 juillet 2017*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISIONS i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ..... 1

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

 LITIGE ET POSITION DES PARTIES 2

 ANALYSE..... 2

 MESURE CORRECTIVE 7

 DÉCISIONS DU TRIBUNAL 9

EU ÉGARD À une plainte déposée par Slenke 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**SLENKE INC.****Partie plaignante****ET****INFRASTRUCTURE CANADA****Institution fédérale****DÉCISIONS**

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 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande qu'Infrastructure Canada indemnise Slenke Inc. pour perte d'occasion concernant l'appel d'offres en l'espèce et que les parties négocient le montant de l'indemnité et, dans les 30 jours suivant la date de la présente décision, fassent rapport au Tribunal canadien du commerce extérieur du résultat des négociations.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, Slenke Inc. déposera auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. Infrastructure Canada disposera alors de sept jours ouvrables après la réception du mémoire de Slenke Inc. pour déposer un mémoire en réponse. Slenke Inc. disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire en réponse d'Infrastructure Canada pour déposer des observations supplémentaires. Chaque partie doit faire parvenir simultanément tous ses documents au Tribunal canadien du commerce extérieur et à l'autre partie.

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 Slenke Inc. les frais raisonnables qu'elle a engagés pour déposer la plainte, ces frais devant être payés par Infrastructure Canada. 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 présente plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec 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 des frais.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

Membre du Tribunal : Serge Fréchette, membre président

Personnel de soutien : Rebecca Marshall-Pritchard, conseillère juridique

Partie plaignante : Slenke Inc.

Conseiller juridique pour la partie plaignante : Hamza Warraich

Institution fédérale : Infrastructure Canada

Conseiller juridique pour l'institution fédérale : Lorne Ptack

Veillez adresser toutes les communications au :

Greffier
Secrétariat du Tribunal canadien du commerce extérieur
15^e étage
333, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7
Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

1. Le 7 mars 2017, Slenke Inc. (Slenke) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) en vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ concernant une demande de propositions (DP) (invitation n° INFC-2016-20) par Infrastructure Canada (IC) visant un système de partage de fichiers sécurisé.
2. Slenke fait valoir que le contrat aurait dû lui être adjugé parce que, à son avis, elle répond entièrement aux exigences de la DP. Par ailleurs, Slenke allègue qu'IC n'a pas respecté les accords commerciaux applicables en faisant défaut d'évaluer sa soumission conformément aux critères énoncés dans la DP.
3. À titre de mesure corrective, Slenke demande que les soumissions soient réévaluées et que le contrat lui soit adjugé. Elle demande aussi les frais liés à cette enquête.
4. Le 8 mars 2017, le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte, puisqu'elle répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* ainsi qu'aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*².
5. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

6. Le 21 décembre 2017, IC a publié la DP, dont la date de clôture était le 1^{er} février 2016.
7. Le 13 janvier 2017, Slenke a posé la question suivante à IC : « À la page 44, ANNEXE « E » CERTIFICATIONS, vous voulez simplement que l'on signe l'annexe « E » dans l'espace prévu à la fin du document pour certifier les éléments énumérés dans le document? » [traduction].
8. Le 17 janvier 2017, IC a publié la réponse suivante : « Oui, une signature sera requise afin d'attester la compréhension par les soumissionnaires des exigences. Toutes les exigences en matière de certification énumérées dans la DP doivent être respectées avant l'attribution du contrat » [traduction].
9. Le 6 mars 2017, en réponse à l'opposition par Slenke à l'adjudication du marché, IC a écrit ce qui suit :

Oui, une signature était exigée à titre d'attestation afin d'assurer la compréhension de l'exigence, mais cela n'empêchait pas que l'on devait préciser comment le soumissionnaire respectait ce critère. Il n'était pas suffisant de simplement reconnaître le critère.

De plus, les exigences relatives à la sécurité de la DP indiquaient que le soumissionnaire devait posséder un certain nombre de désignations de la Direction de la sécurité industrielle canadienne (DSIC) de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC). Slenke n'a fourni aucune preuve de celles-ci.

[Traduction]

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.). [*Loi sur le TCCE*]
2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

10. Le Tribunal abordera la question des exigences relatives à la sécurité ultérieurement dans la présente décision, mais il convient de souligner que c'était la première fois dans le processus de passation du marché que Slenke était avisée des préoccupations concernant le respect des exigences de sécurité de sa soumission.

11. Le 27 janvier 2017, IC a affiché sa réponse au courriel en réponse de Slenke.

12. Le 2 mars 2017, IC a avisé Slenke qu'un contrat avait été adjugé à un autre soumissionnaire, soit Oproma Inc.

13. Le même jour, Slenke s'est opposée par courriel à l'adjudication du contrat.

14. Le 6 mars 2017, IC a répondu à l'opposition de Slenke en confirmant l'appréciation des évaluateurs selon laquelle Slenke n'avait pas démontré comment elle répondait aux critères obligatoires 2, 3 et 4 (CO), tels qu'énoncés dans la DP. À ce moment-là, IC a également indiqué que la soumission de Slenke aurait aussi été jugée non conforme puisqu'elle ne respectait pas les exigences relatives à la sécurité énoncées dans la DP.

15. Le 7 mars 2017, Slenke a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

QUESTION EN LITIGE ET POSITION DES PARTIES

16. Le seul motif de plainte en l'espèce se concentre sur l'interprétation de la phrase « les soumissionnaires doivent certifier » [traduction] se trouvant dans chacun des critères obligatoires 2, 3 et 4 qui sont mentionnés à la section 4.1.1.1. de la partie 4 (Procédure d'évaluation), à l'annexe B (Critères obligatoires de l'organisation) et à l'annexe E (Attestations). Le litige ne concerne pas nécessairement la phrase elle-même, mais la question de savoir si des mesures supplémentaires, autres que l'attestation, étaient requises afin de satisfaire aux exigences techniques obligatoires en question et de faire en sorte que la soumission soit recevable.

17. Dans sa plainte, Slenke fait valoir que, selon son interprétation, la seule action nécessaire de sa part pour rendre sa soumission conforme à l'égard des critères O2, O3 et O4 consistait à attester qu'elle pouvait satisfaire à ces exigences, et que cette interprétation avait été réaffirmée par le courriel qu'elle avait reçu à ce sujet de la part d'IC.

18. Dans le Rapport de l'institution fédérale (RIF), IC a affirmé que, si son courriel n'était pas clair, il incombait à Slenke de chercher à obtenir des éclaircissements auprès d'IC.

19. Dans la réponse au RIF, Slenke fait valoir qu'elle « avait respecté l'exigence [d'attestation] comme elle avait été énoncée dans la DP et comme [IC] lui avait conseillé de le faire lors de la période de Q et R » [traduction]. Slenke soutient de plus que « [IC] ne devrait pas présumer que nous connaissons leurs intentions. Nous ne pouvons nous fonder que sur ce qui nous est fourni et demandé dans la DP » [traduction].

ANALYSE

20. 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. À l'issue de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du

Règlement prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux accords commerciaux applicables³.

21. Le paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴ prévoit ce qui suit :

Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

22. Le paragraphe 1015(4) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁵ prévoit ce qui suit :

L'adjudication des marchés s'effectuera conformément aux procédures suivantes :

a) pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation;

d) l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres [...].

23. La section 4.1.1.1 de la partie 4 (Procédures d'évaluation et méthode de sélection) renvoie les soumissionnaires à l'annexe B pour plus de précisions concernant les critères techniques obligatoires. La section 2a) de l'annexe B indique ce qui suit :

a) Critères techniques obligatoires

Chaque soumission fera l'objet d'un examen pour en déterminer la conformité aux exigences obligatoires de la demande de soumissions. Tous les éléments de l'invitation à soumissionner qui constituent des exigences obligatoires sont désignés précisément par des termes comme « doit », « doivent » ou « obligatoire(s) ». Les soumissions qui ne respectent pas toutes les exigences obligatoires, sans exception, seront jugées irrecevables et exclues du processus. Les critères d'évaluation obligatoires figurent à la partie 6.

[Traduction]

24. Tous les critères sont énoncés au tableau 2 de l'annexe B intitulé « Critères obligatoires de l'organisation ». La colonne de gauche présente chaque CO en détail, alors que la colonne de droite intitulée « Expérience confirmée » fournit à côté de chaque CO un espace vide à être rempli par le soumissionnaire. Les critères O2, O3 et O4 indiquent ce qui suit :

3. Tous les accords commerciaux indiqués à l'alinéa 7(1)c) du *Règlement* s'appliquent à la présente demande de propositions.

4. 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]. Le Tribunal a reconnu que cet article de l'ACI comprend l'obligation que l'acheteur utilise les critères énoncés pour évaluer les soumissions. Voir par exemple *C3 Polymeric Limited c. Musée des beaux-arts du Canada* (14 février 2013), PR-2012-020 (TCCE) au par. 27; *AmeriData Canada Ltd.* (9 février 1996), PR-95-011 (TCCE).

5. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA]. Les autres accords commerciaux contiennent des dispositions semblables à celles de l'ALÉNA.

O2	Hébergement Le fournisseur de services doit certifier (partie 5) qu'il est en mesure de fournir des services sécurisés entièrement hébergés d'un emplacement situé en sol canadien. Le service doit être détenu et exploité uniquement au Canada (notamment, selon le cas, toute coentreprise, tout consortium et tout partenaire). Le bâtiment d'hébergement, ainsi que toutes installations de secours, doit également demeurer au Canada.
O3	Accords sur les niveaux de service Le fournisseur de services doit certifier (partie 5) qu'il est en mesure de fournir les niveaux de services requis par Infrastructure Canada tels que décrits à l'annexe B.
O4	Bilinguisme Le fournisseur de services doit certifier (partie 5) qu'il offrira le service dans les deux langues officielles canadiennes (le français et l'anglais).

[Traduction]

25. La section 3.2 de l'annexe B (Méthode de sélection) indique ce qui suit :

Les soumissions doivent être conformes aux exigences de l'appel d'offres et satisfaire à tous les critères d'évaluation obligatoires pour qu'elles soient recevables.

Le fournisseur de services qui répond à l'ensemble des critères obligatoires et qui reçoit la note globale la plus élevée sera recommandé à des fins d'adjudication du contrat.

Instructions à l'intention des fournisseurs de services :

a) Afin de démontrer que le fournisseur de services satisfait aux critères d'évaluation obligatoires concernant les sources de références, utiliser le tableau 1 – Modèle de sources de références de l'organisation. Tous les champs du tableau **doivent** être remplis pour que la soumission soit conforme. [...]

b) Tous les autres projets doivent être démontrés dans la grille fournie dans les colonnes libellées : **Expérience confirmée**, au besoin.

d) Les fournisseurs de services doivent noter qu'en complétant les grilles, [IC] évalue des renseignements précis confirmant l'expérience pour tout critère donné. [...]

f) Les propositions qui ne satisfont pas à tous les critères d'évaluation obligatoires seront rejetées et seront jugées non conformes.

[Traduction]

26. Selon la thèse d'IC, la DP demandait aux soumissionnaires de démontrer l'expérience dans les CO 2, 3 et 4 et Slenke ne l'a pas fait. Le sens ordinaire des termes des annexes B et E de la DP porte le Tribunal à conclure qu'une telle thèse est déraisonnable pour les motifs qui suivent.

27. Il est bien établi, et il est continuellement réitéré, que le Tribunal est réticent à substituer son jugement à celui des évaluateurs, sauf dans des circonstances très particulières⁶. Les faits en l'espèce donnent lieu à de telles circonstances, et l'intervention du Tribunal est par conséquent justifiée.

6. *Traductions TRD c. Ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien* (7 juillet 2014), PR-2014-004 (TCCE) au par. 30; *Vireo Network Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (23 avril 2014), PR-2013-037 (TCCE) au par. 25; *Star Group International Trading Corporation c. Construction de défense (1951) limitée* (7 avril 2014), PR-2013-032 (TCCE) au par. 26.

28. La présente affaire illustre les problèmes qui peuvent survenir lorsque le libellé d'une DP n'est pas clair de prime abord. En d'autres termes, lorsque l'institution fédérale, en rédigeant la DP, contrevient aux accords commerciaux applicables en ne s'assurant pas que le libellé des documents d'appel d'offres décrit clairement les conditions du marché public. Une telle obligation de la part de l'institution fédérale est un principe fondamental de la structure des marchés publics fédéraux et elle est nécessaire pour que les soumissionnaires puissent comprendre leurs obligations lorsqu'ils préparent des soumissions recevables.

29. Le Tribunal conclut qu'il n'était pas clair, au vu du libellé de chacun des critères obligatoires 2, 3 et 4 figurant à l'annexe B et à l'annexe E (c'est-à-dire « **doit** certifier qu'il est en mesure de fournir »), que l'on s'attendait à ce que les soumissionnaires fournissent des détails en plus d'une attestation. L'« Expérience confirmée » figurant au tableau 2 de l'annexe B peut être différenciée de celle des tableaux 3 et 4 de l'annexe B où la DP précise que des détails doivent être fournis. De manière semblable, mais distincte, le critère O1 (bien qu'il ne soit pas en litige en l'espèce) demandait expressément aux soumissionnaires de remplir le tableau 1, mais il ne mentionne pas d'attestation afin de démontrer l'expérience pertinente. Même si le critère O1 est distinct, il illustre néanmoins que lorsque IC a demandé aux soumissionnaires de fournir des détails précis, elle l'a fait clairement dans le libellé de la DP. Tel n'est pas le cas pour les critères O2, O3 et O4.

30. Les instructions à l'intention des fournisseurs figurant à la section 3.2 de l'annexe B énoncent que, en ce qui a trait au tableau 1, « a) [...] [t]ous les champs du tableau **doivent** être remplis pour que la soumission soit conforme. » Ensuite, sous b), les instructions énoncent que « [t]ous les autres projets doivent être démontrés dans la grille fournie dans les colonnes libellées : **Expérience confirmée, au besoin** » [gras dans l'original, nos italiques]. Il n'est pas entièrement clair à quel tableau se rapporte cette instruction. En outre, en lisant ensemble la section 3.2 de l'annexe B et le critère O1, les soumissionnaires ont clairement l'instruction de satisfaire aux critères d'admissibilité minimaux énumérés au critère O1 en remplissant le modèle du tableau 1. En revanche, il n'existe aucune instruction relativement aux critères O2, O3 et O4 d'utiliser le modèle du tableau 1 ou de remplir tous les champs pour répondre. Plutôt, les instructions indiquent seulement que les soumissionnaires « doivent certifier ».

31. Slenke a fait tout ce qu'elle aurait dû faire en l'espèce. Ayant constaté que le libellé de la DP n'était pas clair, elle a demandé des précisions de la part de l'institution fédérale. IC a semblé confirmer la compréhension qu'avait Slenke du libellé de la DP dans les Q et R et, par conséquent, Slenke n'avait aucune ambiguïté à éclaircir auprès d'IC avant le moment de l'adjudication du contrat. Slenke n'aurait pu savoir qu'IC allait interpréter le libellé de la DP de manière à rejeter sa soumission jusqu'à ce qu'elle en soit informée.

32. À la lecture des critères d'évaluation et des instructions énoncés à l'annexe B, Slenke avait compris que tout ce qui était requis pour que sa soumission soit considérée comme étant conforme aux critères obligatoires 2, 3 et 4 figurant à l'annexe B était de certifier qu'elle pouvait respecter ces exigences à l'annexe E. En rédigeant le courriel transmis à IC de la façon dont elle l'a fait, plus particulièrement en utilisant le mot « simplement » en faisant référence à l'attestation « des articles inscrits dans le document » [traduction], notamment les mêmes critères énoncés aux critères O2, O3 et O4⁷, Slenke a indiqué à IC que sa compréhension de la DP était que rien d'autre qu'une certification n'était requis pour que sa soumission soit jugée recevable relativement à ces critères en particulier.

33. Toutefois, IC n'a pas compris que le libellé de la DP n'était pas clair, compte tenu de ce qu'elle affirme qu'il était censé signifier. Même lorsqu'elle a reçu la question de Slenke, elle n'a pas reconnu que le

7. Le libellé des critères O2, O3 et O4 de l'annexe B reflétait le libellé des rubriques n^{os} 3, 4 et 5 de l'annexe E.

libellé de la DP était vague ou peut-être porteur de confusion. Par ailleurs, dans sa réponse, IC aurait dû être aussi clair que possible concernant ce qui était requis afin que la soumission présentée par Slenke soit recevable. Par exemple, IC aurait pu utiliser un libellé semblable à celui qu'elle avait utilisé dans son courriel refusant la réparation : « Oui, une signature est exigée à titre d'attestation afin d'assurer la compréhension de l'exigence, mais cela n'empêche pas que l'on doit préciser comment le soumissionnaire entend respecter ce critère. Il n'est pas suffisant de simplement reconnaître le critère » [traduction].

34. IC a violé le paragraphe 506(6) de l'ACT⁸ en utilisant un libellé ambigu dans la DP. De plus, la réponse d'IC à la question de Slenke envoyée par courriel n'a pas aidé à clarifier la situation. IC n'a pas fait le moindre effort pour étudier la signification de la question que Slenke lui avait posée par courriel, ce qui aurait été assez facile à faire au début du processus du marché public. Par conséquent, IC a choisi d'abdiquer sa responsabilité d'examiner ce qui était exprimé dans le courriel de Slenke. En résumé, IC a omis de prendre en considération, sans dire résoudre, la confusion de bonne foi que Slenke avait soulignée dans sa demande. L'obligation d'attestation de l'annexe E était alignée sur la formulation utilisée pour décrire les critères O2, O3 et O4 dans l'annexe B. Ainsi, il était raisonnable pour Slenke de conclure que les deux annexes étaient liées et qu'en répondant aux exigences de l'annexe E, elle répondait également aux exigences de l'annexe B. IC aurait donc dû clairement répondre à Slenke de répondre non seulement à l'annexe E, mais également à l'annexe B.

35. Dans *Alcohol Countermeasures*⁹, la procédure d'adjudication était ambiguë également. La plaignante dans cette affaire avait pris les mesures appropriées et elle avait demandé des précisions de la part de l'institution fédérale. L'institution fédérale avait fourni des renseignements qui avaient entraîné le soumissionnaire dans une certaine voie vouée à l'échec qui, en fin de compte, s'est avérée fatale pour sa soumission. De façon semblable en l'espèce, Slenke n'était pas certaine du libellé de la DP et elle a demandé des précisions de la part d'IC. La réponse d'IC a amené Slenke à croire qu'une simple attestation était requise pour que sa soumission soit jugée recevable à l'égard des critères O2, O3 et O4.

36. Slenke a fait ce qu'un soumissionnaire responsable devait faire : les soumissionnaires devraient se prévaloir de leur droit de poser des questions et s'attendre à recevoir des réponses des institutions fédérales afin de vérifier leurs suppositions. En effet, on s'attend à ce que les soumissionnaires soulèvent les questions de manière opportune s'ils estiment que le libellé de la DP n'est pas clair. Comme la Cour d'appel fédérale l'a affirmé dans *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, « [l]es fournisseurs potentiels ne doivent [...] pas attendre l'attribution d'un contrat avant de déposer toute plainte qu'ils pourraient avoir concernant la procédure. On s'attend à ce qu'ils soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure »¹⁰.

37. En même temps, les institutions fédérales doivent être claires lorsqu'elles répondent aux demandes d'éclaircissement des soumissionnaires, puisque leurs réponses inspireront l'interprétation du libellé de la DP en question. Il s'agit d'une conséquence nécessaire de l'obligation figurant au paragraphe 506(6). Il ne suffit pas qu'une institution fédérale fournisse simplement une réponse vague et inutile à une demande posée par un soumissionnaire et prétende ensuite que, si sa réponse n'est pas claire, il incombe au soumissionnaire de s'opposer au manque de clarté additionnel.

8. Ainsi que les dispositions semblables figurant dans tous les accords commerciaux en vertu desquelles il incombe aux institutions fédérales de rédiger les documents d'appel d'offres d'une manière claire.

9. *Alcohol Countermeasure Systems Corp. c. Gendarmerie royale du Canada* (24 avril 2014), PR-2013-041 (TCCE).

10. *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 (CanLII) au para. 20. Voir également *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2007 CAF 291 (CanLII) au par. 22, *Atian Professional Services* (20 novembre 2013), PR-2013-022 (TCCE) au par. 17.

38. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que le libellé de la DP lui-même était vague à l'égard des critères obligatoires O2, O3 et O4, et que la compréhension de Slenke de ces critères était raisonnable, particulièrement à la lumière de la réponse vague et en fin de compte trompeuse d'IC. Par conséquent, il est justifié pour le Tribunal de substituer son jugement à celui d'IC en l'espèce.

39. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

MESURE CORRECTIVE

40. Ayant déterminé que la plainte est fondée, le Tribunal doit maintenant établir la mesure corrective appropriée afin que Slenke soit indemnisée pour le tort qu'elle a subi.

41. Conformément aux critères énoncés au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la violation constatée ci-dessus est grave et cause préjudice à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication. L'irrégularité aurait non seulement causé un préjudice à Slenke, mais également à tout autre fournisseur potentiel qui a pu participer à ce processus de DP¹¹.

42. Le Tribunal doit considérer si le résultat de la procédure d'évaluation aurait été différent si IC avait répondu convenablement à la question de Slenke concernant l'ambiguïté du libellé de la DP. Le 2 mars 2017, Slenke a demandé à IC une explication détaillée des résultats de l'évaluation. Plus particulièrement, Slenke a posé la question suivante : « Dans votre réponse, vous avez affirmé que nous n'avions pas satisfait aux critères obligatoires O2, O3, O4, mais aux pages 17 et 18 de notre soumission, nous avons certifié chacun des trois critères obligatoires mentionnés (hébergement, ANS et bilinguisme). Pourriez-vous préciser comment vous êtes arrivés à la décision selon laquelle nous n'avions pas satisfait aux critères obligatoires? »¹² [traduction].

43. Le 6 mars 2017, IC a informé Slenke que sa soumission avait été rejetée parce qu'elle n'avait pas précisé comment elle répondait à chacun des critères obligatoires. De plus, IC fait valoir que la soumission de Slenke aurait été rejetée de toute façon, car elle n'avait pas fourni d'éléments de preuve démontrant qu'elle satisfaisait aux exigences relatives à la sécurité énoncées dans la DP.

44. La section 1.1 de la partie I de la DP énonce ce qui suit :

1.1 Exigences relatives à la sécurité

1. Avant l'attribution d'un contrat, les conditions suivantes doivent être respectées :
 - a) le soumissionnaire doit détenir une attestation de sécurité valide tel que spécifié dans la Partie 6 – Clauses du contrat subséquent;
 - b) les individus proposés par le soumissionnaire et qui doivent avoir accès à des renseignements ou à des biens de nature protégée ou classifiée ou à des établissements de travail dont l'accès est réglementé doivent posséder une attestation de sécurité tel qu'indiqué à la Partie 6 – Clauses du contrat subséquent;
 - c) le soumissionnaire doit fournir le nom de tous les individus qui devront avoir accès à des renseignements ou à des biens de nature protégée ou classifiée ou à des établissements de travail dont l'accès est réglementé;

11. Le RIF n'indiquait pas le nombre de soumissions reçues dans le cadre du processus de passation du marché.

12. Pièce PR-2016-062-001, courriel n° 5 daté du 2 mars 2017, vol. 1.

d) l'emplacement proposé par le soumissionnaire pour l'exécution des travaux et pour la sauvegarde des documents doit satisfaire aux exigences relatives à la sécurité, comme indiqué à la partie 6 – Clauses du contrat subséquent;

e) le soumissionnaire doit fournir l'adresse du ou des emplacements proposés pour l'exécution des travaux et la sauvegarde des documents, comme indiqué à la Partie 3 – Section IV – Renseignements supplémentaires.

2. On rappelle aux soumissionnaires d'obtenir rapidement la cote de sécurité requise. La décision de retarder l'attribution du contrat, pour permettre au soumissionnaire retenu d'obtenir la cote de sécurité requise, demeure à l'entière discrétion de l'autorité contractante.

3. Pour de plus amples renseignements sur les exigences relatives à la sécurité, les soumissionnaires devraient consulter le site Web du Programme de sécurité industrielle de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. (<http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/esc-src/index-fra.html>).

[Traduction]

45. La section 6.1 (Clauses du contrat subséquent) énonce des détails additionnels concernant les exigences relatives à la sécurité :

6.1 Exigences relatives à la sécurité

1. L'entrepreneur ou l'offrant doit détenir en permanence, pendant l'exécution du contrat ou de l'offre à commandes, ou de l'arrangement en matière d'approvisionnement, une attestation de vérification d'organisation désignée (VOD) en vigueur, ainsi qu'une cote de protection des documents approuvée au niveau **PROTÉGÉ B**, délivrées par la Direction de la sécurité industrielle canadienne de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada.

2. Les membres du personnel de l'entrepreneur ou de l'offrant devant avoir accès à des renseignements ou à des biens **PROTÉGÉS**, ou à des établissements de travail dont l'accès est réglementé, doivent **TOUS** détenir une cote de **FIABILITÉ** en vigueur, délivrée ou approuvée par la Direction de la sécurité industrielle canadienne (DSIC) de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC).

3. L'entrepreneur **NE DOIT PAS** utiliser ses propres systèmes informatiques pour traiter, produire ou stocker électroniquement des renseignements ou des données et/ou de production au niveau **PROTÉGÉ** tant que la DSIC de TPSGC ne lui en aura pas donné l'autorisation par écrit. Lorsque cette autorisation aura été délivrée, ces tâches pourront être exécutées jusqu'au niveau **PROTÉGÉ B**.

4. Les contrats de sous-traitance comportant des exigences relatives à la sécurité **NE** doivent **PAS** être attribués sans l'autorisation écrite préalable de la DSIC de TPSGC.

5. L'entrepreneur ou l'offrant doit se conformer aux dispositions :

a. de la Liste de vérification des exigences relatives à la sécurité et directive de sécurité (s'il y a lieu), reproduite ci-joint à l'Annexe D;

b. le *Manuel de la sécurité industrielle* (dernière édition).

[Traduction]

46. Slenke a abordé dans ses commentaires sur le RIF les exigences relatives à la sécurité en faisant valoir que la DP exigeait que les soumissionnaires possèdent certaines cotes de sécurité avant l'adjudication du contrat, et non pas au moment de la présentation de la soumission. Le libellé de la DP implique qu'il serait exigé du soumissionnaire qu'il démontre le respect des exigences relatives à la sécurité après la présentation de la soumission, mais avant l'adjudication du contrat. Effectivement, Slenke satisfaisait aux

exigences nécessaires relativement à la sécurité en date du 1^{er} mars 2017¹³. IC a adjugé le contrat le 2 mars 2017, sans s'enquérir auprès de Slenke pour savoir si elle avait réussi à répondre aux exigences relatives à la sécurité.

47. Si Infrastructure Canada avait voulu que les soumissionnaires répondent à certaines exigences relatives à la sécurité au moment de la soumission, elle aurait dû inclure un tel libellé dans la DP. Par ailleurs, IC n'a pas soulevé la question des exigences relatives à la sécurité dans la première lettre de refus à Slenke. IC n'a pas non plus produit d'élément de preuve, notamment des notes d'évaluation, selon lequel les exigences relatives à la sécurité avaient été prises en compte dans sa décision de rejeter la soumission de Slenke. Il ne suffit pas qu'IC formule de telles allégations en l'absence de preuve à l'appui. Pour ces motifs, le Tribunal considère que s'il y avait eu d'autres critères importants contribuant à la décision d'IC de rejeter la proposition de Slenke, IC les aurait indiqués dans sa lettre de refus.

48. Par conséquent, d'après les renseignements au dossier, le Tribunal est d'avis que si IC avait clairement énoncé les conditions du marché public dans la DP et si elle s'était appliquée en répondant à la question de Slenke, IC aurait conclu que la soumission de Slenke était conforme. Même s'il y avait une lacune concernant le respect de l'exigence en matière de sécurité de la part de Slenke, comme IC le prétend, le fait demeure que cela n'était pas un facteur important dans la décision de rejeter la proposition de Slenke, qui aurait dû être acceptée comme étant conforme en vertu du libellé de la DP. Le Tribunal conclut donc que Slenke a subi un préjudice en perdant l'occasion de soumissionner pour le contrat. Même si Slenke n'a pas demandé l'indemnité pour perte d'occasion, le paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE* prévoit que le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

DÉCISIONS DU TRIBUNAL

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

50. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande qu'IC indemnise Slenke pour perte d'occasion concernant l'appel d'offres en l'espèce et que les parties négocient le montant de l'indemnité et, dans les 30 jours suivant la date de la présente décision, fassent rapport au Tribunal du résultat des négociations.

51. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, Slenke déposera auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. IC disposera alors de sept jours ouvrables après la réception du mémoire de Slenke pour déposer un mémoire en réponse. Slenke disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire en réponse d'IC pour déposer des observations supplémentaires. Chaque partie doit faire parvenir simultanément tous ses documents au Tribunal et à l'autre partie.

52. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Slenke les frais raisonnables qu'elle a engagés pour déposer la plainte, ces frais devant être payés par IC. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est

13. Pièce NQ-2016-062-11 au par. 29, vol. 1A.

pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif des frais.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président