



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2016-056

Valcom Consulting Group Inc.

c.

Ministère de la Défense nationale

*Décision et motifs rendus
le mercredi 14 juin 2017*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ.....	1
CONTEXTE	1
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	3
Requête concernant la compétence du Tribunal	3
Commentaires sur la participation du MDN à la présente procédure.....	5
ANALYSE DE LA PLAINTÉ DE VALCOM.....	6
Obligations en vertu des accords commerciaux concernant l'évaluation des soumissions et l'attribution des contrats	6
La plainte de Valcom est valide.....	8
MESURE CORRECTIVE	15
FRAIS	17
DÉCISION	17

EU ÉGARD À une plainte déposée par Valcom Consulting Group 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

VALCOM CONSULTING GROUP INC.

Partie plaignante

ET

LE MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE

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 le ministère de la Défense nationale attribue à Valcom Consulting Group Inc. le contrat découlant de l'invitation n° W8486-173369 selon des modalités qui le rendent équivalent au contrat initialement attribué à Valcom Consulting Group Inc. Cependant, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le nouveau contrat attribué à Valcom Consulting Group Inc. soit ajusté, au besoin, pour tenir compte du fait que Valcom Consulting Group Inc. semble avoir exécuté le contrat initial en partie, et de déduire les services qui pourraient avoir été rendus au ministère de la Défense nationale par un autre fournisseur durant la période entre la résiliation du contrat initial de Valcom Consulting Group Inc. et l'entrée en vigueur du nouveau contrat attribué à Valcom Consulting Group Inc., dans la mesure où le ministère de la Défense nationale n'a plus besoin de ces services.

En outre, dans le cas où le ministère de la Défense nationale déduirait du nouveau contrat à attribuer à Valcom Consulting Group Inc. les services rendus par un autre fournisseur depuis la résiliation du contrat initial détenu par Valcom Consulting Group Inc. et qui sinon auraient été fournis par Valcom Consulting Group Inc., le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que Valcom Consulting Group Inc. soit indemnisée pour les profits perdus en lien avec ces services. Les parties doivent s'entendre sur le montant approprié de l'indemnité dans les 60 jours suivant la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur et soumettre leur entente au Tribunal canadien du commerce extérieur. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal canadien du commerce extérieur demandera aux parties de déposer des observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom Consulting Group Inc., sur la recommandation que le Tribunal canadien du commerce extérieur devrait formuler concernant le montant de l'indemnité à payer à Valcom Consulting Group Inc. pour les services offerts durant cette période, le cas échéant.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande également que le ministère de la Défense nationale annule l'invitation n° W8486-174011 et rembourse à Valcom Consulting Group Inc. les frais engagés pour préparer sa réponse à l'invitation n° W8486-174011. Les parties doivent s'entendre sur le montant approprié des frais pour la préparation de la soumission dans les 60 jours suivant la décision du

Tribunal canadien du commerce extérieur et soumettre leur entente au Tribunal canadien du commerce extérieur. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal canadien du commerce extérieur demandera aux parties de déposer des observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom Consulting Group Inc., sur la recommandation que le Tribunal canadien du commerce extérieur devrait formuler concernant le montant des frais à rembourser à Valcom Consulting Group Inc.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Membres du Tribunal :	Ann Penner, membre président
Personnel de soutien :	Courtney Fitzpatrick, conseillère juridique Anja Grabundzija, conseillère juridique
Partie plaignante :	Valcom Consulting Group Inc.
Institution fédérale :	ministère de la Défense nationale
Conseiller juridique pour l'institution fédérale :	Helene Robertson

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

1. Le 3 février 2017, Valcom Consulting Group Inc. (Valcom) 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° W8486-173369) du ministère de la Défense nationale (MDN) publiée dans le cadre de l'arrangement en matière d'approvisionnement pour les Services professionnels centrés sur les tâches et les solutions (E60ZN-15TSPS). La DP avait pour objet les services d'un technicien senior dans le cadre du volet Services techniques, d'ingénierie et d'entretien.
2. Le 8 février 2017, le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte, puisque celle-ci répondait aux exigences du paragraphe 30.13(1) 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.
3. Le Tribunal a enquêté sur la validité de la plainte conformément aux articles 30.13 à 30.15 de la *Loi sur le TCCE*.
4. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que la plainte de Valcom est fondée.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ

5. Valcom avance que le MDN a pris une décision injustifiée et dénuée de fondement en résiliant le contrat qui lui avait initialement été attribué après que sa soumission eut été retenue dans le cadre du processus de DP, puis en lançant un nouvel appel d'offres.
6. À titre de mesure corrective, Valcom demande que le contrat lui soit restitué conformément aux modalités originales ou, subsidiairement, d'être indemnisée pour perte d'opportunité et de profits. Elle demande également le remboursement des frais engagés pour la préparation de sa soumission, de ceux engagés à cause de la résiliation du contrat qui lui avait initialement été attribué et de ceux engagés pour la préparation de sa soumission en réponse au nouvel appel d'offres.

CONTEXTE

7. Le MDN a publié la DP le 24 octobre 2016, dont la date de clôture était le 15 novembre 2016. Selon la DP, l'objectif était d'attribuer un contrat d'une durée de trois ans, avec possibilité de prolonger le contrat pour deux périodes additionnelles d'un an³.
8. Le MDN a reçu quatre soumissions, dont celle de Valcom. Les évaluateurs ont déterminé que seule la soumission de Valcom respectait les critères obligatoires de la DP⁴.
9. Le 14 décembre 2016, le contrat a été attribué à Valcom. La période initiale du contrat était du 28 décembre 2016 au 25 décembre 2019 inclusivement⁵.
10. Cependant, le 23 janvier 2017, le MDN a donné l'ordre de suspendre les travaux et a émis un avis de résiliation du contrat⁶.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. DP, section 1.2.1 (pièce PR-2016-056-11, onglet A, vol. 1A).

4. Pièce PR-2016-056-11, onglet D, vol. 1A.

5. Pièce PR-2016-056-11, onglet F, vol. 1A, courriel du MDN à Valcom daté du 14 décembre 2016.

6. Pièce PR-2016-056-11, onglets E et G, vol. 1A.

11. Le courriel accompagnant l'avis de résiliation et l'ordre de suspendre les travaux informait Valcom que « [d]iverses préoccupations [avaient] été soulevées concernant le processus de demande de propositions W8486-173369 pour les services d'un technicien senior » [traduction] et que le MDN résiliait le contrat qui lui avait été attribué « afin de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres » [traduction]. Le MDN a également indiqué que Valcom serait avisée du lancement du nouvel appel d'offres⁷.

12. Le 25 janvier 2017, Valcom a fait part au MDN de ses préoccupations concernant la résiliation du contrat et a demandé une explication détaillée à cet égard.

13. Le 1^{er} février 2017, le MDN a répondu que, conformément aux modalités du contrat qu'il avait conclu avec Valcom, « la Couronne avait le droit de résilier le contrat en conformité avec les clauses relatives à la résiliation figurant dans le contrat »⁸ [traduction]. Il n'a pas fourni d'autres explications.

14. Valcom a déposé la présente plainte le 3 février 2017, et le Tribunal a accepté d'enquêter sur celle-ci le 8 février 2017.

15. Le 3 mars 2017, le MDN a déposé une requête en vertu de la règle 24 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁹ en vue d'obtenir une ordonnance du Tribunal mettant fin à l'enquête au motif que le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de l'objet de la plainte. Valcom a déposé une réponse le 12 mars 2017. Même s'il a eu l'occasion de le faire, le MDN n'a pas déposé de réponse.

16. Le Tribunal a rejeté la requête du MDN le 20 mars 2017 et indiqué que l'énoncé des motifs de son ordonnance ferait partie de l'énoncé des motifs concernant la validité de la plainte.

17. Le 30 mars 2017, le MDN a déposé son Rapport de l'institution fédérale (RIF) conformément à la règle 103 des *Règles du TCCE*.

18. Le 11 avril 2017, Valcom a déposé ses commentaires sur le RIF conformément à la règle 104 des *Règles du TCCE*.

19. Le 12 avril 2017, le Tribunal a demandé des renseignements supplémentaires au MDN, car ceux qui figuraient dans le RIF n'étaient pas suffisants. Dans sa demande, le Tribunal a posé des questions sur l'évaluation des réponses à la DP. Plus particulièrement, il a demandé des renseignements sur les circonstances ayant mené à la réévaluation des réponses non conformes, sur les raisons pour lesquelles les réponses non conformes ont ultérieurement été jugées conformes et sur la façon dont les réévaluations ont été effectuées. Le Tribunal a également demandé au MDN de confirmer s'il avait lancé ou avait l'intention de lancer une nouvelle demande de propositions concernant les services techniques, d'ingénierie et d'entretien faisant l'objet de la DP.

20. Le MDN a fourni des réponses aux questions du Tribunal le 20 avril 2017. Valcom a commenté ces réponses le 25 avril 2017.

21. Le 1^{er} mai 2017, le Tribunal a de nouveau écrit au MDN pour lui demander des renseignements supplémentaires, car la lettre du MDN datée du 20 avril 2017 ne contenait pas de réponse complète à la demande antérieure du Tribunal. Le Tribunal a inclus d'autres questions.

7. Pièce PR-2016-056-01, vol. 1, courriel du MDN à Valcom daté du 23 janvier 2017.

8. Pièce PR-2016-056-01, vol. 1, courriel du MDN à Valcom daté du 1^{er} février 2017.

9. D.O.R.S./91-499 [*Règles du TCCE*].

22. Le MDN a répondu le 3 mai 2017. Valcom a fourni ses commentaires le 4 mai 2017.
23. Comme les parties ont eu plusieurs occasions de déposer des observations et des éléments de preuve, et comme aucune audience n'a été demandée, le Tribunal a procédé par jugement sur pièces.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Requête concernant la compétence du Tribunal

24. Le MDN soutenait que la plainte porte sur la résiliation d'un contrat déjà attribué et que, par conséquent, elle ne relève pas de la compétence du Tribunal. Il affirmait que la compétence du Tribunal se limite aux aspects de la procédure des marchés publics qui sont liés à un contrat spécifique, et que le Tribunal n'a aucun rôle de supervision dans l'administration des contrats qui ont déjà été attribués.
25. Valcom a fait valoir que, du propre aveu du MDN, la résiliation du contrat découlait des préoccupations soulevées concernant le processus de demande de propositions. Elle a ajouté que les observations du MDN laissaient entendre que ce dernier avait toujours besoin des services qui faisaient l'objet de la DP et qu'un nouvel appel d'offres pour le même besoin sans raison valide imposerait « des coûts élevés aux contribuables et au secteur privé »¹⁰ [traduction].

Analyse

26. Comme mentionné ci-dessus, le 20 mars 2017, le Tribunal a rejeté la requête du MDN visant à mettre fin à l'enquête sur la plainte.
27. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*, tout fournisseur potentiel peut 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. Un « contrat spécifique » est défini comme un « contrat 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 » à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*.
28. Le Tribunal a donc pour mandat d'instruire les plaintes des fournisseurs potentiels concernant « la procédure des marchés publics » suivie relativement à un contrat spécifique. Le MDN n'a pas contesté le fait que la plainte concerne un contrat spécifique au sens de la *Loi sur le TCCE* et du *Règlement*.
29. Bien que le Tribunal soit en accord avec le MDN pour dire que les plaintes concernant l'administration d'un contrat qui a déjà été attribué ne relèvent pas de sa compétence, il conclut que le MDN n'a pas interprété correctement l'objet de la présente plainte.
30. L'*Accord sur le commerce intérieur*¹¹ et l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹², lesquels s'appliquent tous deux à la DP, prévoient que le processus de passation des marchés « débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du

10. Pièce PR-2016-056-09, vol. 1.

11. 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].

12. *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].

marché »¹³. En outre, l'ACI définit les « procédures de passation des marchés publics » comme des « mécanismes par lesquels les fournisseurs sont invités à présenter des offres, propositions, renseignements en matière de qualification ou réponses à des demandes de renseignements [ce qui inclut également] les façons de traiter ces offres, ces propositions ou les renseignements fournis¹⁴. »

31. À la lumière de ces dispositions, le Tribunal a considéré antérieurement que le processus de passation des marchés débute au moment où l'autorité contractante décide des produits ou services à acquérir, et que ce processus ne prend fin que lorsque le marché est attribué de façon définitive. Par conséquent, les accords commerciaux et la compétence du Tribunal englobent tous les éléments du cycle de passation des marchés, jusqu'à l'attribution du contrat inclusivement.

32. Par contre, l'administration des contrats est une phase distincte qui se déroule après le processus de passation des marchés et qui traite des questions qui sont soulevées lors de l'exécution et de la gestion d'un contrat. Les questions d'administration des contrats ne relèvent pas de la compétence du Tribunal¹⁵.

33. La plainte de Valcom porte carrément sur la procédure des marchés publics suivie relativement au contrat spécifique faisant l'objet de la DP. Selon le propre aveu du MDN, l'attribution initiale du contrat à Valcom a été réévaluée en raison de « diverses préoccupations » concernant le « processus de demande de propositions » « afin de préserver l'intégrité du processus d'appel d'offres »¹⁶.

34. Dans sa plainte, Valcom conteste l'existence de ces « préoccupations » relatives aux processus de demande de propositions et soutient que le marché lui a été attribué à juste titre. Autrement dit, la plainte de Valcom concerne la « façon dont les soumissions ont été traitées » [traduction] par le MDN dans le contexte de la DP. Par souci de clarté, la présente enquête ne vise pas le droit du MDN de résilier le contrat qu'il a conclu avec Valcom en vertu des clauses de ce marché, mais plutôt les obligations que le MDN a envers Valcom, qui est un soumissionnaire dans le cadre de la procédure des marchés publics suivie relativement au contrat spécifique, conformément aux accords commerciaux.

35. Étant donné que la plainte vise des aspects du processus de passation des marchés, le simple fait que ce processus semble s'être prolongé au-delà de l'attribution initiale du contrat ne prive pas le Tribunal de sa compétence. Les renseignements dont dispose le Tribunal concernant les « diverses préoccupations [qui] ont été soulevées concernant [la DP] » indiquent que le MDN a engagé de nouveau le processus de passation du marché après l'attribution du contrat à Valcom¹⁷ et que cela faisait partie intégrante de la procédure suivie relativement au contrat spécifique. En fait, du propre aveu du MDN, ce dernier a résilié le contrat de Valcom et lancé un nouvel appel d'offres en raison de ces préoccupations concernant le processus de passation du marché. Dans de telles circonstances, le fait que le processus de passation du marché se poursuive au-delà de l'attribution initiale d'un contrat ne permet pas au MDN d'éviter les dispositions des accords commerciaux.

36. L'alinéa 1015(4)c) de l'ALÉNA stipule que, « sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité adjudgera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à

13. Alinéa 514(2)a) de l'ACI; alinéa 1017(1)a) de l'ALÉNA.

14. Article 518 de l'ACI.

15. Voir par exemple *HDP Group Inc.* (28 décembre 2016), PR-2016-047 (TCCE) au par. 10; *ML Wilson Management c. Agence Parcs Canada* (6 juin 2013), PR-2012-047 (TCCE) [*ML Wilson*] au par. 36.

16. Pièce PR-2016-056-01, vol. 1, courriel du MDN à Valcom daté du 23 janvier 2017.

17. Voir de façon similaire *ML Wilson* aux par. 37-38.

l'appel d'offres ». Le Tribunal et la Cour fédérale ont tous deux jugé que cet alinéa de l'*ALÉNA* doit être interprété de manière à comprendre que, dans les cas où un soumissionnaire satisfait à toutes les exigences, l'institution fédérale est tenue d'adjuger le contrat, à moins d'avoir une raison d'intérêt public valable d'annuler l'appel d'offres¹⁸. La question de savoir si le MDN a agi en conformité avec l'alinéa 1015(4)c) lorsqu'il a décidé de révoquer l'attribution du contrat à Valcom et de lancer un nouvel appel d'offres fait partie de l'objet de la plainte.

37. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal a compétence pour enquêter sur cette plainte.

Commentaires sur la participation du MDN à la présente procédure

38. Même si le Tribunal a rejeté la requête du MDN le 20 mars 2017, celui-ci a continué de répéter ses arguments concernant la compétence dans son RIF et d'autres messages. Ce comportement est fâchant et dérangeant pour le Tribunal et ne peut être passé sous silence.

39. Le contenu du RIF du MDN se limite essentiellement à une répétition de son argument relatif à la compétence du Tribunal et ne comprend que des renseignements incomplets sur la question au cœur de la plainte. Plus particulièrement, le RIF ne fournit aucune information sur les étapes suivies après l'attribution initiale du contrat à Valcom, sauf une indication selon laquelle, « à la suite de l'attribution du contrat, le MDN a entrepris un examen des trois soumissions non retenues et a jugé que deux d'entre elles étaient en fait conformes » et une conclusion portant que, puisque leurs prix étaient plus bas que ceux de Valcom, le marché n'avait pas été attribué correctement¹⁹. Le MDN n'a fourni aucun détail sur les raisons pour lesquelles l'examen a été entrepris ou sur les erreurs qu'il a trouvées dans son évaluation initiale des soumissions.

40. De plus, le RIF du MDN n'est pas conforme à la règle 103 des *Règles du TCCE*, qui prévoit, entre autres, qu'un RIF doit comprendre « tous les documents pertinents concernant la plainte, un énoncé renfermant les conclusions, les mesures et les recommandations de l'institution fédérale ainsi qu'une réponse à chaque allégation contenue dans la plainte et tout autre élément de preuve ou renseignement qui peut s'avérer nécessaire au règlement de la plainte ».

41. En fait, le Tribunal a dû envoyer deux lettres au MDN après la réception de son RIF afin d'obtenir des renseignements sur le processus de passation du marché contesté dans la plainte de Valcom²⁰. Le Tribunal doit encore une fois souligner le manque de transparence du MDN. Le MDN a finalement fourni les renseignements demandés au compte-goutte, obligeant le Tribunal à les concilier. Plus important encore, certains renseignements fournis par le MDN en réponse aux lettres du Tribunal semblent incompatibles avec les énoncés que celui-ci a faits précédemment dans son RIF.

42. Les institutions fédérales et leurs conseillers juridiques ont un devoir de transparence et de coopération eu égard à la présentation d'observations dans les enquêtes du Tribunal²¹. Il s'agit d'un principe

18. *Wang Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 RCF 3, 1998 CanLII 9093 (CF) [*Wang Canada*]; *Lincoln Landscaping Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (16 septembre 2016), PR-2016-018 (TCCE) [*Lincoln Landscaping*] au par. 20; *Medi+Sure Canada Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 janvier 2017), PR-2016-031 (TCCE) [*Medi+Sure*] au par. 14; *Conair Aviation, A Division of Conair Aviation Ltd.* (8 août 1996), PR-95-039 (TCCE) [*Conair Aviation*]; *Carsen Group Inc.* (22 mars 1995), 94N66W-021-0019 (TCCE).

19. Pièce PR-2016-056-11 au par. 3, vol. 1A.

20. Lettres du Tribunal datées du 12 avril 2017 et du 1^{er} mai 2017.

21. *Pomerleau Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (21 mai 2015), PR-2014-048 (TCCE) aux par. 26-32.

de base des enquêtes du Tribunal menées en vertu de la *Loi sur le TCCE* et des accords commerciaux, qui impose des délais très serrés pour le dépôt des plaintes, l'échange d'observations entre les parties, la tenue d'une audience (au besoin) et pour l'examen de la plainte par le Tribunal et la formulation de ses conclusions et de ses recommandations. En particulier, les *Règles du TCCE*, citées plus haut, imposent aux institutions fédérales un devoir important de transparence et de coopération eu égard à la présentation de preuve documentaire. La réponse du MDN concernant la présente plainte ne satisfait pas à la norme requise de transparence.

43. Le MDN a continué de résister à la décision du Tribunal relativement à la question de compétence, depuis le moment où la décision a été rendue le 20 mars 2017 jusqu'à la dernière lettre versée au dossier. Le 3 mai 2017, il a indiqué que « les renseignements fournis au Tribunal en réponse à sa demande ne doivent pas être interprétés comme une reconnaissance de compétence, mais visent uniquement à aider le Tribunal en lui fournissant un certain contexte »²² [traduction]. L'avis du MDN est déplacé.

44. La compétence du Tribunal est établie par une loi fédérale. Elle ne peut pas être élargie ou restreinte par le consentement ou l'acquiescement d'une institution fédérale répondant à une plainte déposée par un fournisseur potentiel. De plus, le Tribunal a compétence pour interpréter sa loi constitutive, notamment les limites de sa compétence. En l'espèce, le MDN a soulevé une contestation de la compétence du Tribunal, et le Tribunal s'est prononcé. Le MDN peut contester la décision du Tribunal en demandant un contrôle judiciaire. Toutefois, en attendant l'issue d'une telle contestation, le MDN ne peut recourir à des objections répétées quant à la compétence du Tribunal pour retarder l'enquête et faire fi des règles applicables au processus d'enquête.

ANALYSE DE LA PLAINTÉ DE VALCOM

45. Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* stipule que, dans son enquête, le Tribunal doit limiter son étude à l'objet de la plainte. À la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit juger si une plainte est fondée en évaluant si les procédures et les autres exigences prescrites eu égard au contrat spécifique ont été respectées. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux accords commerciaux applicables, soit, en l'espèce, l'*ACI* et l'*ALÉNA*.

46. Comme mentionné ci-dessus, Valcom soutient qu'il était injustifié de lancer un nouvel appel d'offres pour ce contrat, car Valcom était le soumissionnaire conforme le moins-disant et devait donc se voir attribuer le contrat. Le litige concerne donc, en l'espèce, l'évaluation par le MDN des soumissions reçues en réponse à la DP, et particulièrement sa réévaluation de deux soumissions qui avaient initialement été jugées non conformes. En lien direct avec cette évaluation, la plainte de Valcom concerne également la décision du MDN de révoquer l'attribution du contrat à Valcom et de lancer un nouvel appel d'offres.

47. Le Tribunal doit donc évaluer si les décisions du MDN de réévaluer les soumissions, puis de lancer un nouveau processus de passation du marché étaient conformes aux accords commerciaux.

Obligations en vertu des accords commerciaux concernant l'évaluation des soumissions et l'attribution des contrats

48. Les accords commerciaux stipulent que, pour être prise en considération pour l'adjudication d'un contrat, une proposition doit être conforme aux exigences obligatoires énoncées dans la documentation de l'appel d'offres, et l'acheteur doit procéder à l'adjudication conformément aux critères et aux exigences obligatoires qui figurent dans la documentation de l'appel d'offres.

22. Pièce PR-2016-056-17A (protégée), vol. 2, lettre du MDN au Tribunal daté du 3 mai 2017.

49. Par exemple, les alinéas 1015(4)a) et d) de l'*ALÉNA* prévoient ce qui suit : « 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 « d) l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres ». Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit quant à lui que « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ».

50. En outre, l'alinéa 1015(4)c) de l'*ALÉNA* stipule que, « sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité adjudgera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres. » Comme mentionné plus haut dans les présents motifs, le Tribunal et la Cour fédérale ont tous deux jugé que cet alinéa de l'*ALÉNA* doit être interprété de manière à comprendre que, dans les cas où un soumissionnaire satisfait à toutes les exigences, l'institution fédérale est tenue d'adjuger le contrat, à moins d'avoir une raison d'intérêt public valable d'annuler l'appel d'offres²³.

51. Lorsqu'il examine si les soumissions ont été évaluées en conformité avec ces dispositions, le Tribunal applique la norme de la décision raisonnable et respecte habituellement l'évaluation des propositions faite par le comité d'évaluation. Le Tribunal ne substitue donc généralement pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à bien évaluer une proposition, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une proposition, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou bien n'ont pas procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure²⁴.

52. Conformément à ces principes, le Tribunal a également conclu que, lorsque des erreurs sont découvertes dans le processus d'évaluation, l'autorité contractante doit prendre les mesures appropriées pour les corriger en respectant les termes de l'appel d'offres et de manière à garantir l'intégrité de la procédure d'appel d'offres²⁵. En conséquence, lorsque les évaluateurs sont au courant d'une erreur dans leur évaluation initiale et qu'ils prennent des mesures appropriées pour les corriger, ils veillent à ce que le processus de passation des marchés soit exécuté en conformité avec les accords commerciaux.

53. Il est également bien établi que les acheteurs doivent évaluer de façon rigoureuse et minutieuse la mesure dans laquelle un soumissionnaire a satisfait aux conditions obligatoires²⁶. L'exigence de démontrer la conformité d'une soumission à tous les critères obligatoires ne peut être écourtée ou déterminée par déduction²⁷.

54. Enfin, le Tribunal a aussi clairement indiqué qu'il incombe aux soumissionnaires de démontrer que leur proposition satisfait aux critères obligatoires d'un appel d'offres. Autrement dit, les soumissionnaires

23. *Wang Canada; Lincoln Landscaping* au par. 20; *Medi+Sure* au par. 14; *Conair Aviation; Carsen Group Inc.*

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

25. *Madsen Power Systems Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (29 avril 2016), PR-2015-047 (TCCE) [*Madsen*] aux par. 64-65; *Francis H.V.A.C. Services Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 septembre 2016), PR-2016-003 (TCCE) [*Francis*] aux par. 36, 40.

26. *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2000 CanLII 15611 (CAF) au par. 18.

27. *Madsen* au par. 41.

ont la responsabilité de s'assurer que tous les documents à l'appui de leur soumission démontrent clairement la conformité. Ainsi, bien que le Tribunal ait encouragé les évaluateurs à ne pas faire de suppositions à l'égard d'une soumission²⁸, en fin de compte, il incombe au soumissionnaire de faire attention à ce que sa proposition ne comporte aucune ambiguïté et que les évaluateurs seront en mesure de bien la comprendre²⁹.

55. Tous ces principes sont pertinents pour la présente plainte, comme il en sera question ci-dessous.

La plainte de Valcom est valide

56. Comme mentionné ci-dessus, le MDN a initialement jugé que trois des quatre soumissions reçues en réponse à la DP n'étaient pas conformes. Ces trois soumissions étaient moins-disantes que celle de Valcom. Le 14 décembre 2016, le contrat a été adjugé à Valcom, seul soumissionnaire conforme.

57. Après avoir appris que le contrat avait été attribué à Valcom, deux des soumissionnaires non retenus ont présenté des objections au MDN, alléguant que ce dernier avait commis une erreur dans l'évaluation de leurs soumissions. Durant le processus, ces deux parties ont fourni des renseignements supplémentaires au MDN. Par conséquent, le MDN a examiné les soumissions non conformes. À la suite de cette réévaluation, citant les préoccupations soulevées lors du processus de passation du marché, le MDN a résilié le contrat conclu avec Valcom et a lancé un nouvel appel d'offres le 10 mars 2017.

58. Le Tribunal conclut que, en l'espèce, le MDN a agi de façon appropriée en réévaluant les soumissions des deux soumissionnaires non retenus après avoir pris connaissance de leurs objections. Il a pris des mesures pour déterminer si les objections des soumissionnaires non retenus étaient fondées et pour confirmer si le contrat avait été correctement attribué à Valcom³⁰.

59. Néanmoins, les éléments de preuve indiquent que la réévaluation par le MDN de ces soumissions était déraisonnable. Elle n'a ni corrigé des erreurs qui se trouvaient dans l'évaluation initiale, ni garanti l'intégrité de la procédure d'appel d'offres. L'inverse s'est plutôt produit : la réévaluation par le MDN de deux soumissions a mené à un résultat erroné, car le MDN a annulé le contrat qui avait correctement été attribué à Valcom. Selon les éléments de preuve dont dispose le Tribunal, d'après l'évaluation initiale, Valcom était le seul soumissionnaire conforme et, par conséquent, aurait dû avoir le droit de procéder aux travaux qui lui avaient été confiés au titre des modalités de la DP.

60. Le Tribunal examinera à tour de rôle les explications du MDN concernant chacune des deux soumissions non conformes.

28. *Tritech Group Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (31 mars 2014), PR-2013-035 (TCCE) au par. 38.

29. *Integrated Procurement Technologies, Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE); *Samson & Associates c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 octobre 2012), PR-2012-012 (TCCE) au par. 28; *Raymond Chabot Grant Thornton Consulting Inc. et PricewaterhouseCoopers LLP c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 octobre 2013), PR-2013-005 et PR-2013-008 (TCCE) au par. 37.

30. Cette façon de procéder était appropriée étant donné que les deux soumissions non retenues étaient moins-disantes que celle de Valcom. À cet égard, la section 4.2.1 de la DP, qui concernait la méthode de sélection, faisait référence à la « clause A0031T du Guide CCUA (2010-08-16) Méthode de sélection – critères techniques obligatoires ». Cette clause, accessible en ligne sur le site <https://achatsetventes.gc.ca/>, prévoyait que « [l]a soumission recevable avec le prix évalué le plus bas sera recommandée pour attribution d'un contrat ».

Soumission B³¹

61. Le rapport de l'évaluation initiale par consensus indique que les trois évaluateurs responsables de l'évaluation technique des soumissions ont jugé cette soumission non conforme pour les motifs suivants :

Critère obligatoire n° 2 (CO.2) : la soumission ne satisfait pas à ce critère, car les années d'études collégiales ont été comptabilisées comme des années d'expérience dans le projet 1 pour le CO 2, CO 4 et le CO 5³².

[Traduction]

62. Le critère obligatoire n° 2 était libellé ainsi :

Niveau d'instruction et expérience		
CO.2	<p>NIVEAU D'INSTRUCTION ET/OU EXPÉRIENCE</p> <p>La ressource proposée doit posséder au moins un diplôme d'études secondaires et un minimum de huit (8) années d'expérience en tant que technicien.</p> <p>OU</p> <p>Cinq (5) années d'expérience en tant que technicien des matériaux ayant assumé des responsabilités liées au soudage, à l'usinage, au travail du bois, à la peinture d'ouvrages en tôle, à la peinture, au travail des textiles (couture), à la fibre de verre et aux matériaux composites.</p>	<p>ÉTUDES</p> <p>Le niveau d'instruction doit être démontré à l'aide d'une copie de certificat ou de diplôme.</p> <p>EXPÉRIENCE</p> <p>À tout le moins, les renseignements suivants doivent être fournis :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nom et description de l'endroit où l'expérience a été acquise. • Période (dates de début et de fin [mois/année]). • Description des rôles et des responsabilités.

[Traduction]

63. Dans son RIF, le MDN a affirmé que deux des soumissions (y compris la soumission B) avaient initialement été jugées non conformes « alors qu'elles l'étaient »³³ [traduction]. Il n'a fourni aucune autre information concernant les raisons de ce changement dans l'évaluation.

64. Dans sa réponse à la première lettre du Tribunal demandant des renseignements supplémentaires, le MDN a indiqué que, dans son objection, « le soumissionnaire a allégué que le MDN avait supposé à tort que la ressource proposée pour le projet avait acquis son expérience de travail au cours de ses années d'études collégiales, alors qu'en fait l'expérience avait été acquise dans le cadre d'un emploi distinct que la ressource occupait en même temps que ses études » [traduction]. Le MDN a ensuite expliqué que cette correspondance l'a amené à réviser sa première évaluation de non-conformité de la soumission :

31. Le Tribunal a décidé de ne pas faire référence à ces soumissionnaires en utilisant leur nom, étant donné qu'ils n'ont pas participé à la présente enquête. Le Tribunal fait plutôt référence au « soumissionnaire A » ou au « soumissionnaire B » pour chacun des soumissionnaires non retenus comme dans sa lettre au MDN datée du 1^{er} mai 2017. Les soumissionnaires en question sont identifiés dans le dossier du Tribunal. Voir pièce PR-2016-056-11, onglet D aux pp. 3-4, vol. 1A, où il est fait référence au « soumissionnaire A » au point 2 et au « soumissionnaire B » au point 3.

32. Pièce PR-2016-056-11, onglet D, vol. 1A.

33. Pièce PR-2016-056-11 au par. 3, vol. 1A.

[L]e MDN a conclu qu'il avait supposé à tort que la ressource proposée pour le projet devait avoir acquis son expérience lors de ses années d'études collégiales alors qu'en fait l'expérience *pouvait* avoir été acquise dans le cadre d'un emploi distinct au cours de la même période que ses études. Le MDN voulait confirmer l'information auprès du soumissionnaire non conforme afin de valider son expérience de travail, mais l'information demandée n'a jamais été envoyée. Par conséquent, au mieux, tout ce que le MDN *pouvait* conclure était qu'il avait commis une erreur et que la proposition *pouvait* être conforme. La conformité ne pouvait pas être confirmée sans des renseignements supplémentaires³⁴.

[Nos italiques, traduction]

65. Bien que la lettre du MDN datée du 20 avril 2017 ne soit pas précise, le Tribunal a pu lier cette affirmation au soumissionnaire B à l'aide des éléments de preuve. Dans sa deuxième lettre au MDN datée du 1^{er} mai 2017, le Tribunal a demandé au MDN de clarifier son affirmation selon laquelle il avait « supposé à tort » que la ressource proposée avait acquis son expérience de travail dans le cadre de ses études collégiales. Il a également demandé au MDN d'expliquer son affirmation antérieure dans le RIF selon laquelle deux soumissions « étaient en fait conformes ».

66. Dans sa réponse à la deuxième lettre du Tribunal, le MDN a expliqué qu'il « avait été jugé *plus probable que la proposition soit conforme* et que l'affirmation dans le RIF concernait cette décision fondée sur la prépondérance des probabilités »³⁵ [nos italiques, traduction]. Le MDN n'a pas fourni d'autres explications ni d'éléments de preuve.

67. En conséquence, le Tribunal conclut que les renseignements supplémentaires soumis par le MDN sont incompatibles avec son affirmation antérieure dans le RIF selon laquelle deux soumissions « étaient en fait conformes ». Le Tribunal trouve cela particulièrement préoccupant.

68. En outre, le Tribunal conclut, d'après les éléments de preuve dont il dispose, que le MDN n'avait pas de motif raisonnable pour modifier son évaluation initiale de non-conformité. Le rapport de l'évaluation par consensus révèle que la soumission B ne démontrait pas clairement l'expérience, en conformité avec les modalités de la DP. Les renseignements supplémentaires fournis par le MDN ne contredisent pas la conclusion initiale. En fait, ils *confirment* que la conformité de cette soumission au critère obligatoire en question « ne pouvait pas être confirmée ».

69. La norme d'évaluation des soumissions par rapport aux critères obligatoires n'est pas fondée sur la prépondérance des probabilités. Comme mentionné au début de la présente analyse, la conformité des soumissions doit être évaluée de façon rigoureuse et minutieuse. Il ne suffit pas que la soumission « pourrait avoir été » conforme ou qu'il « était plus probable » qu'elle le soit. Une soumission est soit conforme, soit non conforme.

70. Ainsi, une conclusion selon laquelle *il n'est pas clair* si une soumission est conforme est une conclusion selon laquelle la soumission *n'est pas conforme*. Le fardeau de prouver la conformité incombe au soumissionnaire; il n'incombe pas aux institutions fédérales d'accorder le bénéfice du doute aux soumissionnaires lorsque la conformité ne peut être établie clairement, et elles n'en ont pas le droit. Les éléments de preuve dont dispose le Tribunal indiquent que le soumissionnaire B ne s'est pas assuré que sa

34. Pièce PR-2016-056-14, vol. 1A, lettre du MDN au Tribunal datée du 20 avril 2017.

35. Pièce PR-2016-056-17A (protégée), vol. 2, lettre du MDN au Tribunal datée du 3 mai 2017.

soumission démontre une conformité aux modalités de la DP. Cela est incompatible avec le critère obligatoire n° 2, qui requiert une démonstration détaillée de l'expérience de travail pertinente³⁶.

71. Par conséquent, le Tribunal conclut que la réévaluation du soumissionnaire B par le MDN comme étant conforme au critère obligatoire n° 2 ne constituait pas une correction d'une erreur dans l'évaluation initiale, mais plutôt une réduction inappropriée de la norme de conformité aux critères obligatoires qui doit être appliquée lors de l'évaluation de toutes les soumissions. La soumission a donc été correctement rejetée par les évaluateurs lors de l'évaluation initiale et aurait dû le rester.

Soumission A

72. Le rapport de l'évaluation par consensus indique que la soumission A n'était pas conforme aux critères obligatoires n° 3 et 5. Dans le RIF et ses observations suivantes au Tribunal, le MDN affirme que la soumission A était en fait conforme à ces critères.

– Critère obligatoire n° 3

73. Le critère obligatoire n° 3 était libellé ainsi :

CO.3	<p>COMPÉTENCE EN SOUDAGE</p> <p>La ressource proposée doit détenir un certificat de soudage valide obtenu au cours des cinq (5) dernières années auprès de l'une des institutions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> i. le Bureau canadien de soudage ii. la Technical Standards & Safety Authority iii. une autre institution reconnue de qualification de soudeur 	<p>Une copie du certificat ou de la qualification doit être remise avec la soumission.</p>
------	---	--

[Traduction]

74. Le rapport de l'évaluation par consensus contient les remarques suivantes concernant la soumission A :

Critère obligatoire n° 3 (CO.3) : La date d'expiration de la « qualification de soudeur » n'est pas claire; demande de l'entrepreneur, mais aucune réponse n'a été reçue³⁷.

[Traduction]

36. Le critère obligatoire n° 2 exigeait que, « au minimum », les soumissionnaires fournissent le nom de l'endroit où l'expérience a été acquise, une description de l'expérience ainsi que la durée (dates de début et de fin, mois/année). Voir aussi les instructions aux soumissionnaires à l'article 3.1 de la DP, section I : soumission technique, qui prévoyait que « le soumissionnaire doit montrer qu'il comprend les exigences indiquées dans l'appel d'offres et expliquer comment il entend y répondre » et « doit traiter de façon claire et suffisamment détaillée les points visés par les critères d'évaluation d'après lesquels la soumission sera évaluée ».

37. Pièce PR-2016-056-11, onglet D, vol. 1A.

75. Comme indiqué plus haut, dans son RIF, le MDN a affirmé que deux des soumissions avaient initialement été jugées non conformes « alors qu'elles l'étaient »³⁸. Cependant, ni le RIF ni la lettre du MDN datée du 20 avril 2017, en réponse à la première lettre du Tribunal demandant des renseignements supplémentaires, ne contenaient d'examen de la réévaluation de la soumission A par rapport au critère obligatoire n° 3.

76. À la suite de la deuxième lettre dans laquelle le Tribunal demandait des renseignements supplémentaires, le MDN a fourni l'explication suivante concernant le critère obligatoire n° 3 :

Le soumissionnaire respectait également l'autre critère obligatoire (CO.3), comme le démontre la copie lisible du certificat de soudeur précédemment fournie³⁹.

[Traduction]

77. La lettre du MDN comportait des éléments de preuve à l'appui, soit des passages pertinents de la soumission A et la correspondance reçue du soumissionnaire A s'opposant à l'évaluation de sa soumission.

78. D'après les éléments de preuve dont il dispose, le Tribunal conclut que la conclusion initiale du comité d'évaluation selon laquelle la soumission A n'était pas conforme au critère obligatoire n° 3 était raisonnable et que le MDN n'avait pas de raison de modifier son évaluation.

79. Les éléments de preuve démontrent que la soumission A comprenait des copies de certificats, conformément au critère obligatoire n° 3. Cependant, le comité d'évaluation a jugé que les documents à l'appui de la soumission n'indiquaient pas clairement si la ressource proposée avait acquis l'expérience nécessaire durant la période requise (c'est-à-dire les cinq dernières années). Cette conclusion était raisonnable compte tenu des passages de la soumission A que le MDN a fournis au Tribunal et que le Tribunal a examinés.

80. De plus, les évaluateurs semblent avoir demandé des éclaircissements au soumissionnaire lors de l'évaluation, sans résultat. À cet égard, le rapport de l'évaluation par consensus contenait la remarque suivante :] « demande de l'entrepreneur, mais aucune réponse n'a été reçue ». Cette remarque est ambiguë. Toutefois, le Tribunal conclut que la seule interprétation raisonnable de la remarque ambiguë est que les évaluateurs ont demandé à l'entrepreneur potentiel de préciser l'information contenue dans sa soumission, mais que l'entrepreneur n'a pas fourni de réponse à cette demande.

81. Les éléments de preuve indiquent au Tribunal que non seulement le soumissionnaire A n'a pas fait en sorte de s'assurer que sa soumission démontrait *clairement* qu'elle était conforme, il n'a pas non plus répondu à la demande d'éclaircissement du MDN.

82. Le MDN ne pouvait donc évaluer la soumission A que d'après les renseignements qu'elle contenait, lesquels n'étaient pas clairs. La conclusion initiale du comité d'évaluation selon laquelle la soumission n'était pas conforme au critère obligatoire n° 3 était entièrement raisonnable.

83. Le MDN a ultérieurement décidé de modifier son évaluation initiale sur le fondement d'une « copie lisible du certificat de soudeur précédemment fournie ». Le Tribunal conclut qu'il était déraisonnable pour deux raisons que le MDN se fonde sur cette « copie lisible » pour modifier son évaluation initiale.

38. Pièce PR-2016-056-11 au par. 3, vol 1A.

39. Pièce PR-2016-056-17A (protégée), vol. 2, lettre du MDN au Tribunal datée du 3 mai 2017.

84. Premièrement, ayant examiné la copie additionnelle du certificat fournie au MDN, le Tribunal conclut qu'il est difficile de voir comment cette nouvelle image aurait modifié l'évaluation initiale des évaluateurs, car l'année qui figure sur le certificat n'est toujours pas claire. Le MDN n'a pas fourni d'explication à ce sujet.

85. Deuxièmement, les éléments de preuve démontrent que cette « copie lisible » a été fournie dans le cadre de la correspondance que le soumissionnaire A a envoyée au MDN lorsqu'il s'est opposé aux résultats du processus de passation des marchés. Autrement dit, cette « copie lisible » a été fournie *après* la conclusion de l'évaluation et *après* l'annonce de l'attribution du contrat à Valcom.

86. Le Tribunal suppose, aux fins de l'analyse, que cette nouvelle copie du certificat aurait pu être considérée comme une simple clarification de l'information déjà contenue dans la soumission A plutôt que comme une correction inadmissible de la soumission si elle avait été fournie en temps opportun après que le MDN eut demandé des précisions⁴⁰. En effet, il n'est pas nécessaire en l'espèce de faire une démarcation entre les deux catégories, car quoi qu'il en soit la soi-disant clarification a été fournie trop tard par le soumissionnaire A pour être prise en considération.

87. L'article 16 du document « 2003 (2016-04-04) Instructions uniformisées – biens ou services – besoins concurrentiels » a été incorporé par renvoi dans la DP et en fait partie⁴¹. Ce document contenait des dispositions régissant les vérifications et les clarifications, libellées ainsi :

1. Lorsque le Canada évalue les soumissions, il peut, sans toutefois y être obligé, effectuer ce qui suit :

a. demander des précisions ou vérifier l'exactitude de certains renseignements ou de tous les renseignements fournis par les soumissionnaires relativement à la demande de soumissions;

[...]

2. *Les soumissionnaires disposeront du nombre de jours établi par l'autorité contractante pour se conformer à la demande concernant tout élément ci-haut mentionné. Le défaut de répondre à la demande pourrait avoir pour conséquence que la soumission soit jugée non recevable.*

[Nos italiques]

88. Les éléments de preuve que le MDN a fournis au Tribunal n'indiquent pas si les évaluateurs ont précisé un nombre de jours dans leur demande d'éclaircissements au soumissionnaire A, comme le recommandent les Instructions uniformisées. Néanmoins, ils démontrent clairement que le soumissionnaire A n'a fourni de réponse à *aucun moment* durant le processus d'évaluation, comme l'ont noté les évaluateurs dans leur rapport. Le MDN ne pouvait donc évaluer la soumission A que d'après les renseignements qu'elle contenait.

89. Effectivement, dans de telles circonstances, le Tribunal ne peut conclure que la décision du MDN de permettre au soumissionnaire A de remettre une soi-disant clarification *après* le processus d'évaluation et *après* avoir été avisé du fait qu'il n'avait pas été retenu est conforme au régime d'adjudication. Comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu, toute la procédure de passation des marchés publics se veut « aussi transparente que rapide » et vise à s'assurer du « caractère définitif des contrats dans les meilleurs délais

40. Les autorités contractantes peuvent demander des éclaircissements sur la teneur d'une soumission. Celles-ci doivent viser à obtenir une meilleure compréhension de la teneur de la soumission, *telle qu'elle a été présentée*. Cependant, les autorités contractantes ne peuvent tenir compte de nouveaux renseignements portant sur le fond d'une soumission après sa présentation. Voir par exemple *Francis* au par. 49.

41. Section 2.1 de la DP (pièce PR-2016-056-11, onglet A, vol. 1A).

possibles »⁴². Dans un tel système, on s'attend à ce que les soumissionnaires soient « vigilants », et ils ne doivent généralement pas attendre l'attribution d'un contrat avant de déposer une plainte qu'ils pourraient avoir concernant la procédure⁴³. Permettre de préciser des soumissions si tard dans le processus comme l'a fait le MDN dans cette affaire est contraire à toute la philosophie et toute la conception du régime d'adjudication et ne favorise pas l'efficacité, l'intégrité et la concurrence équitable parmi les soumissionnaires⁴⁴ dans le processus de passation des marchés.

90. Par conséquent, le Tribunal conclut que l'évaluation initiale du comité d'évaluation selon laquelle le certificat du soumissionnaire A n'était pas clair était raisonnable. Comme le soumissionnaire A ne s'est pas assuré que les documents à l'appui de sa soumission démontraient clairement la conformité aux modalités de la DP, en plus de ne pas répondre à la demande d'éclaircissements des évaluateurs du MDN, sa soumission a correctement été jugée non conforme au critère obligatoire n° 3. La « copie lisible » additionnelle que le soumissionnaire a fournie au MDN après l'attribution du contrat à Valcom, le seul soumissionnaire conforme, était, au mieux, une clarification fournie en dehors des délais acceptables. Par conséquent, cette copie additionnelle ne constituait pas un fondement raisonnable pour que le MDN puisse conclure que la soumission A était conforme au critère obligatoire n° 3 après les faits.

– Critère obligatoire n° 5

91. Le rapport de l'évaluation par consensus indique que la soumission A n'était pas conforme au critère obligatoire n° 5 non plus :

Critère obligatoire n° 5 (CO.5) : le curriculum vitae n'indiquait que 34 mois d'expérience au cours des cinq dernières années (deux ans et 10 mois – expérience en dessins techniques) alors qu'on demandait trois années d'expérience au cours des cinq dernières années⁴⁵.

[Traduction]

92. Le critère obligatoire n° 5 était libellé ainsi :

CO.5	<p>EXPÉRIENCE EN DESSIN TECHNIQUE</p> <p>La ressource proposée doit avoir acquis trois (3) années d'expérience au cours des cinq (5) dernières années en lecture et interprétation de dessins techniques.</p>	<p>À tout le moins, les renseignements suivants doivent être fournis :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nom et description de l'endroit où l'expérience a été acquise. • Période (dates de début et de fin [mois/année]). • Description des rôles et des responsabilités.
------	--	--

[Traduction]

93. Le Tribunal conclut que la soumission A était conforme au critère obligatoire n° 5. Les explications fournies dans la lettre du MDN datée du 3 mai 2017, en plus des éléments de preuve à l'appui, indiquent

42. *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 (CanLII) [*IBM Canada*] au par. 20.

43. *IBM Canada* aux par. 18-20.

44. La Cour d'appel fédérale a désigné ces aspects, ainsi que la notion primordiale de contrepartie valable pour les contribuables, comme faisant partie des fins du régime des marchés publics en vertu des accords commerciaux et de la *Loi sur le TCCE : Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193 (CanLII) au par. 23.

45. Pièce PR-2016-056-11, onglet D, vol 1A.

que le comité d'évaluation a mal calculé le nombre de mois d'expérience pertinents indiqués dans la soumission A. À première vue, la soumission A démontrait clairement que la ressource proposée possédait l'expérience nécessaire.

94. Par conséquent, le MDN a raisonnablement corrigé son évaluation de la soumission A par rapport au critère obligatoire n° 5. La soumission A aurait toutefois dû être rejetée quand même parce qu'elle n'était pas conforme au critère obligatoire n° 3, comme il a été établi dans la section précédente.

Conclusion concernant la réévaluation du MDN et la révocation de l'attribution du contrat à Valcom

95. Ayant examiné les observations et les éléments de preuve fournis par le MDN, le Tribunal conclut que le MDN a violé les alinéas 1015a), c) et d) de l'*ALÉNA* et le paragraphe 506(6) de l'*ACI* lorsqu'il a réévalué les propositions non conformes et décidé de résilier le contrat attribué à Valcom sur le fondement de cette réévaluation.

96. À aucun moment lors de la présente procédure le MDN n'a soutenu que la soumission de Valcom n'était pas conforme. En outre, les éléments de preuve indiquent que le MDN a toujours besoin des services qui faisaient l'objet de la DP et qu'il n'a jamais fourni de motifs pour justifier l'annulation de l'attribution initiale du contrat à Valcom, mis à part la réévaluation erronée des soumissions non retenues. Dans de telles circonstances, le MDN est tenu, conformément à l'alinéa 1015(4)c) de l'*ALÉNA*, d'attribuer le contrat à Valcom, le soumissionnaire retenu, de manière définitive.

MESURE CORRECTIVE

97. Ayant conclu que la plainte de Valcom est valide, le Tribunal doit déterminer la mesure corrective appropriée, conformément aux paragraphes 30.15(2) et (4) de la *Loi sur le TCCE*.

98. À titre de mesure corrective, Valcom demande que le contrat lui soit restitué conformément aux modalités originales ou, subsidiairement, d'être indemnisée pour perte d'opportunité et de profits. Elle demande également le remboursement des frais engagés pour la préparation de sa soumission, de ceux engagés à cause de la résiliation du contrat qui lui avait initialement été attribué et de ceux engagés pour la préparation de sa soumission en réponse au nouvel appel d'offres⁴⁶.

99. Le MDN n'a pas abordé la question de la mesure corrective.

100. Pour recommander une mesure corrective, le Tribunal doit examiner l'ensemble des circonstances ayant trait au marché public en question, notamment 1) la gravité des irrégularités constatées, 2) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé, 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication, 4) la bonne foi des parties et 5) le degré d'exécution du contrat.

101. En l'espèce, les accords commerciaux ont été violés lorsque le MDN a déraisonnablement réévalué deux propositions et décidé, sur ce fondement, de résilier le contrat attribué à Valcom. Cette violation est une irrégularité grave, car l'évaluation des propositions conformément aux critères obligatoires énoncés dans une demande de propositions est au cœur du régime établi en vertu de la *Loi sur le TCCE* et des accords commerciaux applicables.

46. Pièce PR-2016-056-18, vol. 1B, lettre de Valcom datée du 4 mai 2017; pièce PR-2016-056-01 aux pp. 3-4, vol. 1.

102. Cette violation a porté un préjudice important à Valcom, qui a perdu un contrat attribué correctement, qu'elle avait d'ailleurs déjà commencé à exécuter. La violation en question a également eu une incidence négative sur l'intégrité et l'efficacité du processus, car elle a fait en sorte que le MDN lance sans raison un nouvel appel d'offres en remplacement de la DP, causant des retards et des dépenses inutiles pour toutes les parties visées.

103. Cela dit, bien que le Tribunal ait exprimé des préoccupations concernant la conduite du MDN dans la présente enquête, rien n'indique qu'une partie ait agi de mauvaise foi en ce qui concerne le processus de passation du marché en cause. Le Tribunal présume que les parties ont agi de bonne foi et considère que des accusations de mauvaise foi vont bien au-delà d'irrégularités ou de manquements aux procédures.

104. Enfin, le Tribunal prend en considération le fait que le contrat attribué à Valcom a été en vigueur pendant une brève période avant d'être résilié, et que le dossier dont il dispose est muet sur la question de savoir si d'autres fournisseurs ont, depuis la résiliation, fourni au MDN des services qui sinon auraient été fournis par Valcom. Selon les éléments de preuve dont dispose le Tribunal, aucun contrat n'a été attribué depuis que le MDN a résilié le contrat initial⁴⁷.

105. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut que la mesure corrective appropriée est d'attribuer à Valcom le contrat découlant de la DP, selon des modalités qui le rendent équivalent au contrat initial qui lui avait été attribué, pour une durée de trois ans, avec possibilité de prolonger le contrat pour deux périodes d'un an⁴⁸. Cependant, le Tribunal recommande que le nouveau contrat à attribuer à Valcom soit ajusté, au besoin, pour tenir compte du fait que Valcom semble avoir exécuté le contrat initial en partie (selon les éléments de preuve, Valcom a brièvement fourni les services en vertu du contrat initial du 28 décembre 2016 au 23 janvier 2017), et de déduire les services qui pourraient avoir été rendus au MDN par un autre fournisseur durant la période entre la résiliation du contrat initial de Valcom et l'entrée en vigueur du nouveau contrat, dans la mesure où le MDN n'a plus besoin de ces services.

106. En outre, si un autre fournisseur a fourni des services au MDN qui sinon auraient été fournis par Valcom dans le cadre du contrat initial, et que ces services rendus sont déduits du nouveau contrat attribué à Valcom conformément à la première recommandation du Tribunal, le Tribunal recommande que Valcom soit indemnisée pour les profits perdus en lien avec ces services. Les parties doivent s'entendre sur le montant approprié de l'indemnité dans les 60 jours suivant la décision du Tribunal et soumettre leur entente au Tribunal. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal demandera aux parties de déposer des observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom, sur la recommandation que le Tribunal devrait formuler concernant le montant de l'indemnité à payer à Valcom pour les services offerts durant cette période, le cas échéant.

107. Le Tribunal recommande également que le MDN annule l'invitation n° W8486-174011 publiée pour remplacer la DP initiale⁴⁹. Enfin, appliquant le principe selon lequel le plaignant qui a eu gain de cause doit être remis dans la position dans laquelle il aurait été si les accords commerciaux n'avaient pas été violés, le Tribunal recommande que le MDN indemnise Valcom pour les frais engagés pour la préparation de sa réponse à l'invitation n° W8486-174011. Les parties doivent s'entendre sur un montant approprié des frais pour la préparation de la soumission dans les 60 jours suivant la décision du Tribunal et soumettre leur entente au Tribunal. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal demandera aux parties de déposer des

47. Pièce PR-2016-056-14, vol. 1A, lettre du MDN au Tribunal datée du 20 avril 2017.

48. DP, section 1.2.1 (pièce PR-2016-056-11, onglet A, vol. 1A).

49. Pièce PR-2016-056-14, vol. 1A, lettre du MDN au Tribunal datée du 20 avril 2017.

observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom, sur la recommandation que le Tribunal devrait formuler concernant le montant des frais à rembourser à Valcom.

FRAIS

108. Valcom n'a pas demandé le remboursement des frais engagés dans le cadre de la présente plainte. Par conséquent, chaque partie assumera ses propres frais.

DÉCISION

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

110. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que le MDN attribue à Valcom le contrat découlant de l'invitation n° W8486-173369 selon des modalités qui le rendent équivalent au contrat initialement attribué à Valcom. Cependant, le Tribunal recommande que le nouveau contrat attribué à Valcom soit ajusté, au besoin, pour tenir compte du fait que Valcom semble avoir exécuté le contrat initial en partie, et de déduire les services qui pourraient avoir été rendus au MDN par un autre fournisseur durant la période entre la résiliation du contrat initial de Valcom et l'entrée en vigueur du nouveau contrat attribué à Valcom, dans la mesure où le MDN n'a plus besoin de ces services.

111. En outre, dans le cas où le MDN déduirait du nouveau contrat à attribuer à Valcom les services rendus par un autre fournisseur depuis la résiliation du contrat initial détenu par Valcom et qui sinon auraient été fournis par Valcom, le Tribunal recommande que Valcom soit indemnisée pour les profits perdus en lien avec ces services. Les parties doivent s'entendre sur le montant approprié de l'indemnité dans les 60 jours suivant la décision du Tribunal et soumettre leur entente au Tribunal. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal demandera aux parties de déposer des observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom, sur la recommandation que le Tribunal devrait formuler concernant le montant de l'indemnité à payer à Valcom pour les services offerts durant cette période, le cas échéant.

112. Le Tribunal recommande également que le MDN annule l'invitation n° W8486-174011 et rembourse à Valcom les frais engagés pour préparer sa réponse à l'invitation n° W8486-174011. Les parties doivent s'entendre sur le montant approprié des frais pour la préparation de la soumission dans les 60 jours suivant la décision du Tribunal et soumettre leur entente au Tribunal. Si elles sont incapables de s'entendre, le Tribunal demandera aux parties de déposer des observations à des intervalles de 15 jours, en commençant par Valcom, sur la recommandation que le Tribunal devrait formuler concernant le montant des frais à rembourser à Valcom.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président