



Tribunal canadien du  
commerce extérieur

Canadian International  
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN  
DU COMMERCE  
EXTÉRIEUR

# Marchés publics

## DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2017-020

Secure Energy (Onsite Services)  
Inc.

*Décision prise  
le vendredi 21 juillet 2017*

*Décision rendue  
le lundi 24 juillet 2017*

*Motifs rendus  
le jeudi 3 août 2017*

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

**PAR**

**SECURE ENERGY (ONSITE SERVICES) INC.**

**CONTRE**

**CONSTRUCTION DE DÉFENSE (1951) LIMITÉE**

### **DÉCISION**

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

Jason W. Downey  
Jason W. Downey  
Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

## EXPOSÉ DES MOTIFS

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

2. La plainte porte sur un appel d'offres (Projet n° ES145473) émis par Construction de défense (1951) Limitée, ou Construction de Défense Canada (CDC), pour la démolition de deux édifices sur la BFC Esquimalt (Colombie-Britannique).

3. Secure Energy (Onsite Services) Inc. (Secure Energy) allègue que CDC a incorrectement rejeté sa soumission parce qu'elle n'a pas suivi les instructions de CDC interdisant aux soumissionnaires de soumettre un cautionnement de soumission électronique. Secure Energy soutient que la façon dont elle a soumis un cautionnement de soumission est une question de forme et n'a aucune incidence sur le fond de sa soumission, et que le contrat aurait dû lui être adjugé étant donné que sa soumission satisfaisait à toutes les exigences obligatoires de l'appel d'offres et qu'elle était celle au prix le plus bas. Elle allègue que la norme juridique quant à la conformité des soumissions « ne requiert pas la perfection, mais plutôt une conformité matérielle et substantielle »<sup>3</sup> [traduction].

4. Pour les raisons qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte est forclore et qu'il n'y a aucune indication d'une violation des accords commerciaux applicables.

## ANALYSE

5. Conformément aux articles 6 et 7 du *Règlement*, le Tribunal peut ouvrir une enquête si les quatre conditions suivantes sont remplies :

- 1) la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6;
- 2) la partie plaignante est un fournisseur potentiel;
- 3) la plainte porte sur un contrat spécifique;
- 4) l'information fournie indique de façon raisonnable que la procédure de passation du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables.

6. La plainte remplit la deuxième et la troisième<sup>4</sup> condition. Les deux conditions restantes sont examinées ci-dessous.

---

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Plainte à la p. 5.

4. La troisième condition (contrat spécifique) n'est remplie qu'à l'égard de l'*Accord sur le commerce intérieur (ACI)*, et non l'*Accord sur les marchés publics* de l'OMC (*AMP*) ni l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)* comme il est allégué dans la plainte. La valeur estimée du contrat (voir plainte protégée à la p. 3) est sous le seuil monétaire des appels d'offres pour des services de construction émis par des sociétés de la couronne en ce qui a trait à l'*ALÉNA* et à l'*AMP*. Voir <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/avis-politique/2015-3.html>.

## RESPECT DES DÉLAIS

7. Conformément à l'article 6 du *Règlement*, une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle prend connaissance des faits à l'origine de sa plainte, ou suivant la date où elle aurait dû vraisemblablement les découvrir, soit pour présenter une opposition auprès de l'institution fédérale, soit pour déposer une plainte auprès du Tribunal. Si une partie plaignante présente une opposition auprès de l'institution fédérale dans le délai prévu, celle-ci peut ensuite déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables à partir du moment où elle a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation de l'institution fédérale. Les dispositions pertinentes prévoient ce qui suit :

**6 (1)** Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal en vertu de l'article 30.11 de la Loi doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte.

**(2)** Le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition concernant le marché public visé par un contrat spécifique et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition.

8. Le 18 novembre 2016, CDC a émis les formulaires pour l'appel d'offres du Projet n° ES145473.

9. Le 1<sup>er</sup> février 2017, CDC a publié la modification n° 1 apportée aux documents de l'appel d'offres. Le paragraphe 12 prévoyait ce qui suit :

12. Veuillez vous référer aux Instructions aux soumissionnaires (CDL 193), paragraphe 5.2 – **INSÉRER** la phrase suivante à la fin du paragraphe : « Les cautionnements de soumission électroniques ou des copies imprimées de tels cautionnements NE SERONT PAS acceptés. »

[Caractères gras et majuscules dans l'original]

10. Le 2 mars 2017, l'appel d'offres pour le Projet n° ES145473 a pris fin.

11. Le 8 mars 2017, CDC a avisé Secure Energy que sa soumission ne pouvait être acceptée à cause de la non-conformité de son cautionnement de soumission avec le paragraphe 12 de la modification n° 1. Secure Energy allègue que son représentant a formulé une plainte orale à CDC « peu de temps après » [traduction] avoir reçu l'avis, mais qu'elle n'a pas reçu de réponse. Il n'y a aucun élément de preuve à l'appui, autre que cette affirmation elle-même.

12. Le 27 juin 2017, le conseiller juridique de Secure Energy a présenté une plainte écrite à CDC s'opposant au rejet de sa soumission et demandant réparation pour sa perte de profits et les frais encourus pour la préparation de sa soumission et l'engagement de la procédure.

13. Le 30 juin 2017, CDC a répondu à l'opposition de Secure Energy maintenant le rejet de sa soumission pour non-conformité du cautionnement de soumission et refusant réparation.

14. Le 17 juillet 2017, Secure Energy a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

15. Secure Energy a découvert les faits à l'origine de sa plainte le 8 mars 2017, le jour où CDC l'a avisée que sa soumission avait été jugée non conforme. Par conséquent, toute opposition à DCC ou plainte auprès du Tribunal aurait dû être déposée dans les 10 jours ouvrables suivant le 8 mars 2017 (soit au plus tard le 22 mars 2017) afin de respecter les délais.

16. Secure Energy soutient, en termes un peu vagues, avoir présenté une opposition orale au rejet de DCC « peu de temps après » avoir été avisée que sa soumission avait été rejetée le 8 mars 2017. Toutefois, Secure Energy ne donne aucune date pour cette opposition alléguée, ni le contexte de sa communication. De plus, il n'y a aucun élément de preuve à l'appui de son affirmation ou qui tendent à démontrer que ses griefs aient été communiqués à CDC avant le 22 mars 2017. En fait, il n'y a aucune indication dans la plainte que Secure Energy ait fait d'autres démarches auprès de CDC à ce sujet avant sa lettre d'opposition du 27 juin 2017.

17. Sans élément de preuve concernant la nature, la date et le contenu de l'opposition orale alléguée de Secure Energy, le Tribunal ne peut accepter que Secure Energy ait présenté une opposition valide dans les délais énoncés au paragraphe 6(2) du *Règlement*.

18. Par conséquent, en l'absence d'une opposition valide aux termes du paragraphe 6(2) du *Règlement*, la plainte de Secure Energy aurait dû être déposée auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant le 8 mars 2017 (soit au plus tard le 22 mars 2017) afin de respecter les délais. Puisque la partie plaignante n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 17 juillet 2017, le Tribunal conclut que la plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

### **INDICATION RAISONNABLE DE LA VIOLATION D'UN ACCORD**

19. Même si la plainte avait été déposée dans les délais, le Tribunal n'aurait pas pu accepter d'enquêter sur celle-ci car elle ne contient aucune indication raisonnable qu'il y a eu violation des accords commerciaux applicables.

20. Aux termes de l'alinéa 7(1)c) du *Règlement*, pour ouvrir une enquête, le Tribunal doit conclure que les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables énumérés dans cet article.

21. Secure Energy allègue que CDC a incorrectement rejeté sa soumission parce qu'elle n'était pas conforme aux instructions de CDC à l'intention des soumissionnaires interdisant de soumettre des cautionnements de soumission électroniques ou des copies papier de tels cautionnements. Secure Energy maintient que sa soumission était fondamentalement conforme aux exigences de l'appel d'offres, malgré le fait d'avoir inclus une copie imprimée d'un cautionnement de soumission électronique, et que le rejet de sa soumission viole :

- 1) les articles 101 et 514 de l'*ACI*;
- 2) l'article 1014 de l'*ALÉNA*;
- 3) les articles X et XVIII de l'*AMP* de l'OMC;
- 4) les devoirs de CDC en matière de bonne foi et d'équité en vertu du contrat découlant de l'appel d'offres entre CDC et Secure Energy (« contrat A »).

22. Parmi les accords commerciaux énumérés ci-dessus, seule l'*ACI* s'applique à la présente plainte, étant donné que la valeur estimée du contrat est sous le seuil monétaire des appels d'offres pour des services de construction émis par des sociétés de la couronne en ce qui a trait à l'*ALÉNA* et à l'*AMP*<sup>5</sup>.

23. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* stipule 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 ».

---

5. *Supra* n. 3.

24. Le paragraphe 514(2) de l'ACI stipule que le gouvernement fédéral doit adopter et maintenir des procédures de contestation des appels d'offres « [a]fin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics [...] ».

25. L'article 518 de l'ACI définit « procédures de passation des marchés publics » de la façon suivante : « Mécanismes par lesquels les fournisseurs sont invités à présenter des offres, propositions, renseignements en matière de qualification ou réponses à des demandes de renseignements. Sont également visées par la présente définition, les façons de traiter ces offres, ces propositions ou les renseignements fournis. »

26. Les documents de l'appel d'offres incorporent par référence, au paragraphe 1.2, les « Documents de contrat de construction standards de CDC – version 2012 ». Ces documents comprenaient, au paragraphe 1.2.1, le document de CDC « Instructions à l'intention des soumissionnaires – Formulaire CDL 193 (R2016-02) » (formulaire CDL 193).

27. La partie 5 du formulaire CDL 193 s'intitule « Exigences relatives à la garantie de soumission ». Le paragraphe 5.2 de cette section donne la forme approuvée du cautionnement de soumission fourni par les soumissionnaires comme suit :

5.2 Un cautionnement de soumission doit être établi dans une forme approuvée et mentionnée dans les Conditions Générales – CDL32, qui font partie des documents de contrat de construction standards disponibles sur le site Web de Construction de Défense Canada, à l'adresse suivante : [http://www.dcc-cdc.gc.ca/francais/cc\\_procurement.html](http://www.dcc-cdc.gc.ca/francais/cc_procurement.html). Le cautionnement de soumission doit également être émis par une société dont les cautionnements peuvent être acceptés par le gouvernement du Canada et qui figure sur le site du Secrétariat du Conseil du Trésor à l'adresse suivante : <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=14494&section=text#appL>.

28. Tel que mentionné ci-dessus, la modification 1 apportée aux documents de l'appel d'offres a ajouté au paragraphe 5.2 ci-dessus que les cautionnements de soumission électroniques et des copies imprimées de tels cautionnements n'étaient pas une forme approuvée selon les termes de la procédure indiquée par CDC et que, par conséquent, ils ne seraient pas acceptés.

29. La partie 3 du formulaire CDL 193 s'intitule « La soumission ». Le paragraphe 3.2 de cette section stipule que, « [e]n vertu des dispositions du paragraphe 8.5, à défaut de fournir les renseignements requis dans les documents d'appel d'offres, la soumission peut être jugée invalide ».

30. La partie 8 du formulaire CDL 193 s'intitule « Acceptation des soumissions ». Le paragraphe 8.5 de cette section stipule ce qui suit :

Construction de Défense Canada peut, à sa discrétion exclusive, ignorer ou faire corriger les irrégularités mineures contenues dans les soumissions qu'elle reçoit, si elle détermine, à sa discrétion exclusive, que les différences entre la soumission et les exigences énoncées dans les documents d'appel d'offres peuvent être corrigées ou ignorées sans qu'un préjudice soit causé aux autres soumissionnaires.

[Soulignement dans l'original]

31. Les documents d'appel d'offres déposés par Secure Energy comprennent les dispositions suivantes :

5. *Nous certifions* qu'un cautionnement de soumission, si requis, *dans l'une des formes énoncées au paragraphe 5 du formulaire CDL 193 – Instructions à l'intention des soumissionnaires*, est jointe à la présente soumission.

15. Nous certifions que nous sommes en possession de tous les documents énumérés dans le présent formulaire.

19. Nous certifions que notre soumission satisfait à toutes les obligations requises par le présent formulaire sans modification.

[Nos italiques, traduction]

32. Le formulaire CDL 193, inclus dans les documents de l'appel d'offres tels que modifiés par CDC le 1<sup>er</sup> février 2017, interdit expressément de soumettre des cautionnements de soumission électroniques ou des copies imprimées de tels cautionnements avec les soumissions. Il stipule aussi que la non-conformité à ce qui est indiqué dans les documents de l'appel d'offres, y compris aux instructions contenues dans le formulaire CDL 193, peut faire en sorte qu'une soumission soit rejetée. La soumission de Secure Energy certifiait qu'elle était en possession de tous les documents demandés, que celle-ci satisfaisait à toutes les exigences énoncées dans ces documents, et plus particulièrement que son cautionnement de soumission était dans une forme approuvée tel que prescrit dans le formulaire CDL 193.

33. Les cours ont statué que des vices de forme ayant pour conséquence qu'une soumission soit jugée non conforme aux termes d'un appel d'offres peuvent être considérés comme substantiels même si cela n'a aucune incidence sur le prix de la soumission, par exemple lorsque la non-conformité est en violation des termes explicitement ou implicitement présentés comme étant des éléments essentiels de l'appel d'offres<sup>6</sup>. Étant donné que la modification 1 au paragraphe 5.2 des Instructions à l'intention des soumissionnaires était formelle, la façon dont CDC a évalué l'exigence obligatoire interdisant de soumettre des cautionnements de soumission électroniques était raisonnable.

34. Même si l'inclusion d'un cautionnement de soumission électronique, contrairement aux Instructions à l'intention des soumissionnaires, pourrait être considérée comme un vice de forme mineur, ou comme une question de forme comme l'allègue Secure Energy, il demeurerait à la discrétion de CDC d'ignorer ou de corriger un tel vice de forme<sup>7</sup>.

35. Le paragraphe 8.5 du formulaire CDL 193 réserve à CDC, à sa discrétion exclusive, le droit d'ignorer ou de corriger des vices de forme mineurs en autant que cela ne porte pas préjudice aux autres soumissionnaires. L'acceptation de la soumission de Secure Energy au lieu d'autres soumissions entièrement conformes pourrait plutôt être vue comme minant les principes d'équité, d'ouverture et d'impartialité du processus des marchés publics aux termes du paragraphe 514(2) de l'ACI et auquel il est fait allusion dans le paragraphe 8.5<sup>8</sup>.

36. À l'appui de son argument selon lequel CDC aurait dû accepter son cautionnement de soumission électronique, Secure Energy a inclus dans sa plainte un communiqué de presse de CDC du 26 juin 2016 où

---

6. Voir *Tapitec inc c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317 [*Tapitec*] aux par. 20, 29-32.

7. Ceci correspond à la récente jurisprudence des cours canadiennes en matière de conformité des soumissions et la discrétion de l'autorité contractante d'ignorer des vices de forme mineurs. Voir par exemple *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219, [2010] RJQ 475; *Entreprise TGC inc c. Municipalité de Val-Morin*, 2017 QCCS 2616 aux par. 59-62; *Rankin Construction Inc. v. Ontario*, 2014 ONCA 636, 376 DLR (4th) 697 [*Rankin*] au par. 44; *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871, 195 ACWS (3d) 711, [2010] RJQ 2220 au par. 34; *Ste-Euphémie-sur-Rivière-du-Sud (Municipalité de) c. Raby*, 2008 QCCA 1831, 54 MPLR (4th) 171, [2008] RJQ 2118 [*Ste-Euphémie*] au par. 21. Voir aussi *Neopost Canada Limited c. Agence du revenu du Canada* (20 décembre 2015), PR-2015-033 (TCCE) aux par. 28, 29.

8. Voir *Rankin*, *supra* n. 5 au par. 45. Voir aussi *Tapitec*, *supra* n. 6 aux par. 10, 18, 36; *Ste-Euphémie*, *supra* n. 5 aux par. 38-39.

CDC affirme qu'elle commencerait à accepter les cautionnements de soumission électroniques à compter du mois d'août 2016, via le fournisseur de service MERX<sup>9</sup>. Le communiqué de presse oriente le lecteur vers un document sur le site Web de CDC contenant de plus amples renseignements sur les cautionnements de soumission électroniques. À la page 2 de ce document, le lecteur est invité à se « référer à la section 5 des Instructions aux soumissionnaires pour soumissions électroniques pour les conditions requises »<sup>10</sup> [traduction].

37. Le communiqué de presse oriente effectivement le lecteur vers la partie 5 des Instructions aux soumissionnaires pour soumissions électroniques de CDC. Tel que mentionné ci-dessus, la modification 1 apportée à la partie 5, paragraphe 5.2, des documents de l'appel d'offres par CDC interdit expressément de soumettre des cautionnements de soumission électroniques ou des copies imprimées de tels cautionnements avec les soumissions. Le communiqué de presse ne prévoit pas l'utilisation de cautionnements de soumission électroniques hors du cadre des instructions émises par CDC. Quoi qu'il en soit, le contenu d'un tel communiqué de presse d'ordre général ne supprime pas les instructions données aux soumissionnaires dans les documents d'appel d'offres.

38. Si Secure Energy n'était pas d'accord avec l'interdiction des cautionnements de soumission électroniques, le moment approprié pour présenter une opposition était entre la date de publication de la modification annonçant l'interdiction le 1<sup>er</sup> février 1 2017 et la date de clôture de l'appel d'offres le 2 mars 2017.

39. Secure Energy a choisi de ne pas présenter d'opposition pendant cette période. Secure Energy a plutôt présenté une soumission qui aurait été conforme aux exigences énoncées par CDC, y compris une certification que son cautionnement de soumission avait été fourni dans la forme demandée, quand, en fait, ce n'était pas le cas. Puisque les documents de l'appel d'offres stipulaient expressément que les cautionnements de soumission électroniques ne seraient pas acceptés, le rejet subséquent de la soumission de Secure Energy pour ce motif est raisonnable.

40. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que les renseignements dans la plainte n'indiquent pas, de façon raisonnable, que CDC a agi injustement, qu'elle était de mauvaise foi ou qu'elle a contrevenu aux dispositions des documents de l'appel d'offres ou des accords commerciaux applicables.

## DÉCISION

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

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

9. « Defence Construction Canada announces launch of next phase of its e-procurement solution », document joint à la plainte déposée le 17 juillet 2017.

10. Voir [http://www.dcc-cdc.gc.ca/documents/forms/Bid\\_Security\\_Bidders\\_Guide.pdf](http://www.dcc-cdc.gc.ca/documents/forms/Bid_Security_Bidders_Guide.pdf).