



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2017-006

Rockwell Collins Canada Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le lundi 11 septembre 2017*

*Motifs rendus
le vendredi 13 octobre 2017*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC ET PROCÉDURE DE PLAINTÉ	2
ANALYSE DU TRIBUNAL.....	4
Résumé.....	4
Remarques sur le recours aux témoins experts	6
Première question : la DOC a induit les deux soumissionnaires en erreur	6
Deuxième question : La préférence de la DOC n'a pas été prise en compte.....	10
Observations complémentaires.....	12
MESURE CORRECTIVE	13
FRAIS	14
DÉCISION	15
ANNEXE	16
Parties pertinentes de la DOC.....	16
Article 4.1.1	16
Annexe A	16
Annexe B	17
Annexe I.....	17

EU ÉGARD À une plainte déposée par Rockwell Collins Canada 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**ROCKWELL COLLINS CANADA INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****DÉCISION**

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

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux indemnise Rockwell Collins Canada Inc. de la moitié des profits perdus pour les travaux de la phase 1 et pour les travaux des phases 2 et 3, et ce, dans la mesure où le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux a déjà exercé, ou prévoit exercer, les options de renouvellement pour les phases 2 et 3.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, Rockwell Collins Canada 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. Le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux disposera alors de sept jours ouvrables après la réception du mémoire de Rockwell Collins Canada Inc. pour déposer un mémoire en réponse. Rockwell Collins Canada Inc. disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire en réponse du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux pour déposer des observations supplémentaires. Les parties doivent faire parvenir simultanément tous leurs 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 Rockwell Collins Canada Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*, l'indication provisoire du Tribunal canadien du commerce extérieur du degré de complexité de la présente plainte est le degré 3 et son indication provisoire du montant de l'indemnité est de 4 700 \$, ce qui reflète la nature technique de la demande d'offre à commandes et la nécessité de tenir une audience. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire 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 portant sur un marché public*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif des frais.

Jason W. Downey _____

Jason W. Downey

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal : Jason W. Downey, membre président

Personnel de soutien : Eric Wildhaber, conseiller juridique principal
Rebecca Marshall-Pritchard, conseillère juridique

Partie plaignante : Rockwell Collins Canada Inc.

Conseiller juridique pour la partie plaignante : David Sherriff-Scott

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Roy Chamoun
Ian G. McLeod
Alexander Gay
Kathryn Hamill
Catherine Bouchard

Partie intervenante : Rohde and Schwarz Canada Inc.

Conseiller juridique pour la partie intervenante : Robert Reilander

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 28 avril 2017, Rockwell Collins Canada Inc. (Rockwell Collins) 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. La plainte concerne une demande d'offre à commandes (DOC) (invitation n° W8474-156921/A) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) visant la fourniture de systèmes radio de contrôle de la circulation aérienne pour des bases militaires au Canada.
2. Le 5 mai 2017, le Tribunal a décidé de mener une enquête 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 tenu une audience le 31 août et le 1^{er} septembre 2017.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ

4. La plainte de Rockwell Collins porte sur l'évaluation de sa soumission, qui a été jugée conforme aux exigences obligatoires de l'appel d'offres, mais plus coûteuse que la soumission retenue de Rohde & Schwarz Canada Inc. (Rohde & Schwarz). Rohde & Schwarz est intervenue dans le cadre de l'instance.
5. Rockwell Collins prétend que TPSGC n'a pas évalué les soumissions conformément aux exigences obligatoires établies dans la DOC, en violation du paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*³. Cet appel d'offres est visé par l'*ACI* uniquement⁴.
6. Rockwell Collins soutient que la soumission de Rohde & Schwarz n'était pas conforme aux exigences obligatoires de l'appel d'offres parce que la DOC précisait à certains endroits que des radios en bandes très haute fréquence (VHF) et ultra-haute fréquence (UHF) étaient requises. En réponse à ces exigences, Rockwell Collins a proposé des radios fonctionnant dans les bandes VHF et UHF. À l'inverse, en réponse à ces mêmes exigences, Rohde & Schwarz a proposé des radios fonctionnant *uniquement* dans la bande VHF ou *uniquement* dans la bande UHF. Rockwell Collins fait valoir que la différence de capacité des bandes explique pourquoi ses radios étaient plus dispendieuses que celles de Rohde & Schwarz.
7. TPSGC admet que la différence quant au prix des soumissions a été le facteur déterminant dans l'attribution du contrat.
8. Si le processus d'évaluation avait été mené correctement, Rockwell Collins soutient que sa proposition aurait été considérée comme étant la moins-disante et aurait dû se voir attribuer le contrat et toute option qu'il contient.

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

2. DORS/93-602 [*Règlement*].

3. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<https://www.cfta-alec.ca/accord-sur-le-commerce-interieur/?lang=fr>> [*ACI*].

4. Voir *Park Air Systems Ltd* (5 avril 2017), PR-2016-070 (TCCE) aux par. 6-8, où le Tribunal a examiné une plainte différente concernant le même appel d'offres et a jugé qu'il n'était visé que par l'*ACI* et aucun autre accord commercial.

9. Pour sa part, TPSGC affirme essentiellement que toute mention d'une exigence selon laquelle les radios devaient fonctionner *à la fois* en bandes VHF et UHF ne constituait qu'une simple « préférence ». TPSGC soutient également que si l'une des exigences était ambiguë, Rockwell Collins aurait dû demander des précisions durant le processus d'appel d'offres.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC ET PROCÉDURE DE PLAINTE

10. La DOC a initialement été publiée le 2 août 2016, et la date de clôture était le 31 août 2016. La date de clôture a par la suite été reportée à deux reprises, la date définitive étant le 28 octobre 2016. Rockwell Collins a soumis sa proposition avant la date d'échéance. Au total, quatre soumissions ont été reçues.

11. Entre le 16 novembre et le 1^{er} décembre 2016, les parties techniques des soumissions ont été examinées par l'équipe d'évaluation du MDN. Ce premier examen a été effectué conformément aux dispositions de la DOC, partie 4, Article 4.1.1, « Processus d'évaluation en deux étapes ».

12. La première étape du processus « en deux étapes » permettait au MDN de cerner les non-conformités potentielles dans une soumission et de les communiquer au soumissionnaire, de sorte que ce dernier puisse soumettre des renseignements additionnels ou différents pour se conformer, au besoin.

13. Par suite de l'évaluation initiale du MDN, TPSGC a demandé à l'équipe d'évaluation d'examiner les documents de justification qui avaient été fournis par les soumissionnaires pour toutes les exigences obligatoires énoncées à l'annexe G. Par conséquent, le 9 décembre 2016, le MDN a fourni les résultats révisés de l'évaluation initiale des soumissions à TPSGC. Les exigences obligatoires devaient être validées pour les quatre soumissionnaires.

14. Le 12 décembre 2016, TPSGC a avisé les soumissionnaires des exigences obligatoires de leur offre technique qui n'étaient pas conformes et leur a demandé de soumettre des renseignements correctifs. Les réponses des soumissionnaires ont été reçues par TPSGC, puis transmises au MDN le 23 décembre 2016.

15. La deuxième étape du processus d'évaluation a été menée par le MDN entre le 3 janvier et le 10 janvier 2017. Au terme de cette étape, Rockwell Collins et Rohde & Schwarz ont été jugées conformes. Les deux autres soumissions ont été évaluées comme étant non conformes et n'ont pas été retenues.

16. Le 17 janvier 2017, TPSGC a envoyé à Rockwell Collins et à Rohde & Schwarz un résumé de leur soumission respective pour confirmer les quantités, les prix et les totaux multipliés qui avaient été fournis dans les soumissions. Les deux soumissionnaires ont confirmé les prix.

17. Le 24 janvier 2017, TPSGC a informé Rockwell Collins qu'elle n'était pas le soumissionnaire techniquement conforme le moins-disant et qu'un autre fournisseur passerait d'autres tests. Le 4 avril 2017, TPSGC a avisé Rockwell Collins que l'offre à commandes avait été attribuée à Rohde & Schwarz.

18. Le 18 avril 2017, Rockwell Collins a assisté à une séance d'information en personne avec TPSGC et le MDN. Lors de cette réunion, Rockwell Collins a appris que, à divers endroits, la DOC avait été interprétée par les évaluateurs comme n'exigeant pas qu'un même dispositif fonctionne *à la fois* dans des bandes VHF et UHF⁵. TPSGC et le MDN n'ont pas fourni de détails sur la soumission retenue pour des raisons de confidentialité.

19. Le 28 avril 2017, Rockwell Collins a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

5. Durant l'audience, les parties ont mentionné qu'en général, dans le cadre de cette présentation, la même « boîte » fonctionnait en bandes VHF et UHF, ce qui inclut la présence d'une technologie permettant à un dispositif de fonctionner dans les deux bandes ou d'assembler deux dispositifs (ou plus) liés ensemble par une technologie.

20. Le 12 mai 2017, TPSGC a accusé réception de la plainte et informé le Tribunal qu'une offre à commandes avait été attribuée à Rohde & Schwarz.
21. Le 31 mai 2017, TPSGC a demandé de repousser la date limite pour le dépôt du Rapport de l'institution fédérale (RIF) jusqu'au 7 juin 2017. Le 2 juin 2017, le Tribunal a accueilli la demande.
22. Le 5 juin 2017, le Tribunal a accueilli la demande de Rohde & Schwarz pour autorisation à agir comme intervenante dans la procédure.
23. Le 7 juin 2017, TPSGC a déposé un RIF.
24. Le 16 juin 2017, Rohde & Schwarz a déposé ses observations.
25. Le 20 juin 2017, Rockwell Collins a demandé que la date limite pour le dépôt de ses commentaires sur le RIF soit reportée au 7 juillet 2017 parce qu'elle avait entre autres retenu les services d'un nouvel avocat pour l'aider dans sa plainte. Le Tribunal a accueilli cette demande.
26. Par une lettre datée du 5 juillet 2017 (mais que le Tribunal n'a reçue que le 7 juillet 2017), Rockwell Collins a demandé une autre prolongation du délai pour déposer ses commentaires sur le RIF. Le 10 juillet 2017, le Tribunal a accueilli cette demande.
27. Le 7 juillet 2017, Rockwell Collins a demandé que le Tribunal ordonne le report de l'attribution du contrat dans cette affaire.
28. Le 12 juillet 2017, Rockwell Collins a déposé ses commentaires sur le RIF. Dans le cadre de ces commentaires, Rockwell Collins a inclus un rapport de l'expert technique proposé, M. Knud Steven Knudsen, Ph. D., président et conseiller principal chez TechConficio Inc., ainsi qu'une déclaration sous serment de M. Geoffrey Blair, directeur du développement des affaires chez Rockwell Collins.
29. Le 12 juillet 2017, le Tribunal a ordonné le report de l'attribution du contrat.
30. Le 20 juillet 2017, TPSGC a demandé l'annulation de l'ordonnance de report de l'attribution du contrat rendue par le Tribunal. TPSGC a certifié que l'approvisionnement était urgent et que de repousser l'attribution du contrat irait à l'encontre de l'intérêt public.
31. Le 19 juillet 2017, Rohde & Schwarz a demandé l'autorisation de déposer une réponse aux commentaires formulés sur le RIF au plus tard le 24 juillet 2017. Le 20 juillet 2017, le Tribunal a accueilli cette demande.
32. Le 21 juillet 2017, conformément au paragraphe 30.13(4) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a annulé l'ordonnance de report de l'attribution du contrat.
33. Le 21 juillet 2017, TPSGC a demandé que les commentaires sur le RIF et le rapport de l'expert proposé, M. Knudsen, Ph. D., soient retirés du dossier au motif qu'ils soulevaient de nouveaux arguments et contenaient de nouveaux éléments de preuve.
34. Le 24 juillet 2017, Rohde & Schwarz a déposé sa réponse aux commentaires de Rockwell Collins sur le RIF.

35. Le 27 juillet 2017, le Tribunal a tenu une téléconférence afin de discuter des questions soulevées par le rapport de M. Knudsen. Durant cette téléconférence, il a été question de la possibilité qu'avait TPSGC d'avoir recours à son propre témoin expert technique et, étant donné la nature technique de l'approvisionnement et des biens en question, le Tribunal a décidé de fixer une audience sur le fond de l'affaire afin de mieux comprendre les détails du contrôle de la circulation aérienne et de l'équipement inclus dans cette DOC (c'est-à-dire bandes, largeur de bande, canaux, VHF, UHF, exigences de l'aviation civile et exigences de l'aviation militaire).

36. Le 2 août 2017, TPSGC a demandé une prolongation de trois semaines pour trouver un témoin. Le Tribunal a accordé deux semaines additionnelles à TPSGC pour trouver un témoin étant donné le peu de temps restant dans le délai de 135 jours prévu par la loi dont le Tribunal bénéficie pour mener à terme une enquête.

37. La date de l'audience a été modifiée à trois reprises afin d'accorder à TPSGC l'occasion de trouver un témoin et afin de tenir compte de l'horaire du conseiller juridique de Rockwell Collins. Le 5 août 2017, le Tribunal a informé les parties que l'audience aurait lieu le 31 août 2017.

38. Le 11 août 2017, Rohde & Schwarz a proposé M. Angelo Pallotta comme témoin expert. La même journée, Rockwell Collins s'est opposée à cette proposition et, le 14 août 2017, a déposé ses observations sur cette question. TPSGC et Rohde & Schwarz ont répondu à ces objections les 14 et 15 août 2017, respectivement. Le 16 août 2017, le Tribunal a avisé les parties qu'il entendrait les arguments sur les qualifications respectives de M. Knudsen, Ph. D., et de M. Pallotta à l'audience. Le 21 août 2017, un rapport rédigé par M. Pallotta a été déposé auprès du Tribunal.

39. À l'audience, Rockwell Collins a demandé que M. Knudsen, Ph. D., soit reconnu à titre de témoin expert pour des questions de conception et de fabrication d'appareils de radiocommunication. Le Tribunal a accueilli cette demande parce qu'il était convaincu de l'expérience de M. Knudsen, Ph. D. Pour sa part, Rohde & Schwarz a demandé que M. Pallotta soit reconnu à titre de témoin expert en radiocommunication. Le Tribunal était également convaincu de l'expérience de M. Pallotta et a donc accepté ses qualifications et l'a reconnu comme expert dans ce domaine.

40. TPSGC n'a fait appel à aucun témoin⁶.

ANALYSE DU TRIBUNAL

Résumé

41. Cette affaire met en valeur l'importance d'utiliser un langage clair dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. Le langage clair est intéressant pour plusieurs raisons. Principalement, il est plus

6. Comme il est indiqué plus haut, le rapport d'expert de M. Knudsen, Ph. D., a été déposé par Rockwell Collins en tant que pièce jointe à ses commentaires sur le RIF. TPSGC s'est opposé à ce dépôt au motif qu'il contenait des arguments nouveaux et donc, irrecevables. Le Tribunal a tenu une téléconférence le 25 juillet 2017 pour discuter de cette question. C'est à ce moment-là que le Tribunal a décidé qu'il était nécessaire de tenir une audience, en grande partie afin de pouvoir mieux comprendre les biens dont il était question dans ce processus d'approvisionnement. Le Tribunal a offert à TPSGC la possibilité de trouver des témoins experts et l'a encouragé à communiquer avec des représentants du MDN qui connaissent bien la technologie. Une semaine plus tard, le conseiller juridique de TPSGC a demandé une prolongation pour trouver un témoin, demande qui a été accueillie par le Tribunal, mais a finalement avisé le Tribunal qu'il était incapable d'en trouver un en raison de contraintes temporelles et contractuelles. TPSGC a décidé de se fonder sur le témoignage de M. Pallotta. Le Tribunal a confirmé l'intention de TPSGC dans sa correspondance subséquente.

facile à comprendre que le jargon juridique et il est donc plus agréable à lire et plus facile d'accès. Le plus important peut-être est qu'il évite les erreurs et les malentendus. Dans les affaires juridiques, le langage clair constitue une aide fondamentale à la primauté du droit : il favorise l'accès à la justice et la confiance envers nos institutions. Dans le domaine commercial, et en ce qui concerne la passation de marchés en particulier, il aide à créer un pied d'égalité chez les soumissionnaires et à éviter des litiges coûteux sur ce qui peut parfois n'être rien de plus que de la sémantique.

42. Une institution gouvernementale ne fait de faveur à personne lorsqu'elle (i) ne s'exprime pas clairement, ou (ii) ne définit pas adéquatement ses critères d'évaluation. TPSGC a fait les deux dans cet appel d'offres.

43. Concernant la première question, nul doute que les entités adjudicatrices ont souvent des besoins complexes, mais cela n'est qu'une raison de plus pour les exprimer aussi clairement que possible⁷. En l'espèce, un langage incohérent et l'utilisation malencontreuse du symbole de barre oblique (« / ») dans les documents d'appel d'offres lorsqu'il était question de différentes exigences en matière de capacité de bande ont induit les soumissionnaires en erreur.

44. Même si le Tribunal juge que la demande de soumissions aurait dû être interprétée de la manière dont Rockwell Collins le propose, il est néanmoins sensible à la façon dont Rohde & Schwarz l'a interprétée. Fondamentalement, la DOC permettait aux deux soumissionnaires de présenter des propositions qui ne mèneraient pas à un seul gagnant clairement identifiable.

45. Quant à la deuxième question, le Tribunal a établi depuis longtemps que les critères d'évaluation doivent être clairement définis dans les documents d'appels d'offres⁸. En l'espèce, la DOC contenait une *préférence* explicite envers une solution plutôt qu'une autre; Rockwell Collins a proposé de l'équipement qui correspond à cette préférence. Cependant, la DOC ne contenait aucun critère d'évaluation en lien à cette préférence. Par conséquent, en permettant aux évaluateurs de contourner, ou même d'ignorer, cette préférence, la procédure de passation du marché public a été gravement compromise. TPSGC a fini par choisir un soumissionnaire en fonction d'une évaluation qui ne peut être jugée qu'incomplète, car elle a ignoré cette préférence.

46. Durant l'audience, il est devenu d'autant plus évident pour le Tribunal que TPSGC a effectivement magasiné des soumissions à l'aide non seulement d'une liste d'épicerie mal définie (la question au point (i)), mais aussi sans critère adéquatement défini pour décider quoi acheter pour le souper (la question au point (ii)).

47. Ajoutant au problème, TPSGC a affirmé qu'il était urgent d'annuler le report de l'attribution du contrat ordonné par le Tribunal et d'attribuer un contrat à Rohde & Schwarz, même si les travaux n'avaient pas encore commencé relativement à la DOC.

48. Le Tribunal n'ordonne pas de report de l'attribution d'un contrat par caprice, mais plutôt dans le but de préserver l'intégrité d'une procédure de passation du marché public et possiblement de sauvegarder l'argent des contribuables en empêchant une institution gouvernementale de payer deux fois pour des biens et services à la suite d'une conclusion favorable du Tribunal⁹. Même si le Tribunal tient compte des conséquences

7. Le Tribunal fait remarquer que l'équipement en question dans cet appel d'offres n'était pas particulièrement compliqué. À des fins de précision, il nécessitait des explications techniques à présenter au Tribunal, mais il s'agissait essentiellement d'équipement standard bien connu de la communauté de fournisseurs en l'espèce.

8. *PTI Services* (28 novembre 2001), PR-2001-027 (TCCE) au par. 3.

9. Le Tribunal dispose de plusieurs mesures correctives (y compris non pécuniaires) lorsqu'il recommande une indemnisation pour violation des accords commerciaux. Certaines mesures correctives deviennent toutefois progressivement inaccessibles à mesure que le contrat est réalisé. En l'espèce, comme il sera expliqué ci-dessous, très peu d'options viables étaient disponibles au Tribunal, mis à part celle qu'il a recommandée.

opérationnelles possibles d'une annulation de l'attribution d'un contrat, le recours idéal pour la DOC actuelle aurait été d'annuler l'appel d'offres et d'en lancer un nouveau.

49. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

Remarques sur le recours aux témoins experts

50. Le Tribunal souhaite aborder le recours aux témoins experts en l'espèce¹⁰. Tel qu'il a été expliqué au début de l'audience, ces experts n'ont pas été appelés pour interpréter les conditions des documents d'appel d'offres. Cette tâche incombe au Tribunal. Même si les deux témoins ont expliqué leur propre compréhension de la DOC (en se fondant sur leurs nombreuses années d'expérience), ce n'était pas ce que l'on attendait d'eux, et le Tribunal ne s'y est pas fié pour atteindre ses conclusions¹¹. Leurs connaissances et leur expertise ont aidé le Tribunal à comprendre la nature technique des radiocommunications militaire et civile, notamment les particularités relatives aux bandes, à la largeur de bande, à la VHF, à l'UHF, au contrôle de la circulation aérienne et à d'autres concepts connexes. Fort d'une meilleure compréhension de cet univers spécialisé, le Tribunal comprend mieux ce que l'on devait tirer du contenu de la DOC¹².

Première question : la DOC a induit les deux soumissionnaires en erreur

51. TPSGC affirme que la DOC a été rédigée de manière à permettre une souplesse maximale afin que les soumissionnaires puissent proposer des « solutions innovatrices à moindres coûts » [traduction]. Pour le Tribunal, cet énoncé ne veut pas dire grand-chose, voire rien du tout. Cela n'excuse certainement pas un manque de clarté dans les documents d'appel d'offres. En fait, il rend les exigences énoncées beaucoup trop larges, ce qui ne fait qu'ajouter de la confusion au processus.

52. En l'espèce, la DOC contenait tellement d'ambiguïtés latentes que le Tribunal comprend pourquoi aucun des soumissionnaires n'a remis en question sa propre interprétation des exigences. En bref, ces ambiguïtés ont induit en erreur les deux soumissionnaires au point qu'aucun d'entre eux n'a remis en question sa propre compréhension de ce que demandait la DOC.

53. Les dispositions pertinentes de la DOC sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

La DOC exige des radios multicanaux en bandes VHF et UHF

54. Le Tribunal croit que le libellé de la DOC manque tellement de clarté que TPSGC ne peut même pas reconnaître adéquatement ce que son propre document veut dire¹³. Il se pourrait très bien que, comme l'affirme TPSGC, ce dernier *voulait* que la DOC prévoie des émetteurs VHF *ou* UHF, mais ce n'est pas ce qu'indiquent les documents. Si cela avait été l'intention de TPSGC, il aurait dû l'écrire clairement en noir et blanc; mais il ne l'a pas fait. La DOC appuie plutôt la position adoptée par Rockwell Collins.

10. Le Tribunal exige que les experts et ceux qui sont reconnus comme tels se conforment à certaines responsabilités en matière d'impartialité, reconnues par la Cour suprême du Canada dans *White Burgess Langille Inman c. Abott and Haliburton Co.*, [2015] 2 RCS 182, 2015 CSC 23 (CanLII) [*White Burgess*].

11. Une directive et un avertissement explicites ont été donnés par le membre président à l'audience à l'égard de cette question; voir *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 31 août 2017, aux pp. 11-12.

12. Bien entendu, le Tribunal veut entendre des experts expliquer les aspects techniques en termes simples, et n'hésitera pas à demander une audience lorsqu'il est préférable de faire un examen des termes techniques en présence d'experts. Cependant, le Tribunal met en garde les conseillers juridiques qui se présentent devant lui qu'ils ne doivent pas amener les experts à faire ce qui incombe uniquement au conseiller juridique. Bref, les arguments du conseiller juridique ne sont pas mieux fondés lorsqu'ils sont étayés par un *argument* qui vient d'un expert.

13. Comme il en sera question ultérieurement, TPSGC a invité le Tribunal à interpréter le mot « et » comme signifiant « ou », reconnaissant que ces termes veulent dire des choses différentes, mais soutenant que le Tribunal devrait adopter une interprétation contextuelle et remplacer l'un par l'autre dans son examen des documents d'appel d'offres.

55. L'annexe I contient trois listes des « [unités ou bases des Forces canadiennes] qui recevront de nouveaux systèmes de contrôle de la circulation aérienne » [traduction]. Ces listes contiennent divers « équipements existants » à « remplacer ». Parmi cet équipement, des radios « VHF multicanaux » et « UHF multicanaux » sont mentionnées à dix reprises; celles-ci sont décrites dans la liste B des bases des Forces canadiennes (liste B) et la liste C des bases des Forces canadiennes (liste C) (ensemble, les « listes B et C »). La liste A des bases des Forces canadiennes n'est pas pertinente à la question en litige.

56. La plainte vise particulièrement ces dix cas¹⁴. Encore une fois, Rockwell Collins a soumissionné pour ces équipements croyant qu'ils devaient fonctionner en bandes VHF et UHF. Pour sa part, Rohde & Schwarz a soumissionné croyant qu'il n'était pas obligatoire que les radios aient une capacité bibande.

14. Le Tribunal arrive au chiffre 10 de la manière qui suit. Au total, 76 radios devaient être remplacées, y compris 14 radios multicanaux (voir les listes B et C à l'annexe I – confirmé par le témoignage de M. Pallotta. Voir aussi *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 31 août 2017, à la p. 255). Le Tribunal juge que parmi ces 14 radios multicanaux, seulement 10 sont visées par la présente plainte. Comme il est expliqué plus en détail dans cette note de bas de page, deux radios étaient clairement visées par une exception et deux autres sont traitées de la même manière que si elles relevaient également de cette exception. En effet, le Tribunal juge que les quatre radios multicanaux relèvent d'une exception permettant au dispositif de fonctionner dans une « bande UHF distincte [seulement] » multicanaux « pour traiter des formes d'onde spécialisées » [traduction]. Cette exception est prévue à la note contenue au point 1 (Généralités) de la section 5 (Multicanaux) à l'annexe B, qui prévoit ce qui suit : « Toute soumission qui inclut un TXCVR UHF *distinct* offrant la capacité de traiter des *formes d'onde spécialisées* sera acceptée si elle satisfait aux spécifications relatives aux émetteurs. À sa propre discrétion, le soumissionnaire peut présenter un TXCVR doté de fonctions de contrôle de la circulation aérienne (VHF, UHF) et un TXCVR (UHF) doté d'une capacité de traiter des *formes d'onde spécialisées* » [nos italiques et notre soulignement, traduction]. Dans ce cas-ci, le Tribunal fait remarquer que la virgule entre les mots « VHF » et « UHF » n'est peut-être pas plus claire que la barre oblique utilisée ailleurs; cependant, le fait que cette note établisse une distinction entre les fonctions de contrôle de la circulation aérienne et le traitement des « formes d'onde spécialisées » permet au Tribunal de déterminer qu'une capacité de bande VHF et UHF n'était pas nécessairement requise dans de tels cas : en fait, le soumissionnaire avait la « discrétion » de « proposer » une radio « UHF distincte » multicanaux pour traiter les « formes d'onde spécialisées » « et » une autre (« une ») radio multicanaux pour les « fonctions de contrôle de la circulation aérienne », soit en bande VHF soit en bande UHF. La virgule dans l'expression « (VHF, UHF) » signifiant « ou » et indiquant une solution de rechange. Cette interprétation est conforme au libellé du préambule des listes B et C qui indique aussi qu'« [une] radio UHF *distincte* multicanaux pour les formes d'onde spécialisées doit être incluse » [traduction]. Là encore, le libellé de la DOC de TPSGC n'est pas clair et est malencontreux : comme une radio multicanaux est définie à l'annexe A comme un émetteur multicanaux fonctionnant à la fois en bandes VHF et UHF, l'inclusion des mots « UHF distincte » devant l'expression « multicanaux » rétrécit en fait la définition du terme, qui veut alors dire un seul émetteur ayant une capacité de bande UHF. Encore une fois, il s'agit d'une technique de rédaction terrible qui ne pouvait qu'entraîner de la confusion. La colonne « remarques » de la liste C à l'annexe I définit deux pièces de l'équipement actuel comme étant des « formes d'onde spécialisées ». Ces deux remarques relèvent clairement de l'exception mentionnée dans cette note de bas de page. Les colonnes « Désignation » des listes B et C à l'annexe I désignent également chacune une (pour un total de deux) pièce de l'équipement actuel comme étant un dispositif « Vinson » et, dans la colonne « Remarques », il est indiqué « Dispositif externe de cryptage ». Les témoins ont tous les deux traité ce type d'équipement comme un dispositif spécialisé nécessitant un chiffrement; voir *Transcription de l'audience publique*, vol. 1, 31 août 2017, aux pp. 89 et 228. Le Tribunal a traité ces deux situations comme relevant aussi de la même catégorie que les deux exceptions mentionnées ci-dessus dans la présente note de bas de page; la question de savoir si le Tribunal a adéquatement jugé que le dispositif « Vinson » et le « dispositif externe de cryptage » relevaient effectivement de l'exception examinée dans la présente note de bas de page est en fin de compte sans conséquence parce que le défaut de TPSGC d'évaluer adéquatement les exigences des 10 radios multicanaux en cause dans la présente plainte était suffisant en soit pour compromettre la procédure de passation du marché public et pour que le Tribunal conclue que la plainte est fondée.

57. Le préambule des listes B et C prévoit que les « [...] radios multicanaux énumérées [après le préambule de chaque liste] doivent être remplacées par des radios *VHF/UHF multicanaux* » [nos italiques, traduction]. Cette exigence s'applique aux 10 situations susmentionnées.

58. L'annexe A définit une radio « multicanaux » (ou émetteur-récepteur « TXCVR ») comme un « émetteur-récepteur multicanal capable d'émettre et de recevoir dans les bandes de fréquences suivantes : a) VHF : 118 à 137 MHz, *et* b) UHF : 225 à 400 MHz¹⁵ » [nos italiques, traduction]. Ici, le mot « et » est clairement cumulatif, sert de lien entre objets et n'offre pas de choix¹⁶.

59. D'après le Tribunal, le sens ordinaire de l'appel d'offres doit être interprété comme suit : tous¹⁷ les émetteurs multicanaux qui sont proposés doivent avoir *à la fois* une capacité de bande VHF *et* UHF. En effet, parce que les radios « multicanaux » sont déjà définies à l'annexe A comme fonctionnant *à la fois* en bandes VHF « et » UHF, l'utilisation des termes « VHF/UHF » dans l'expression « VHF/UHF multicanaux » dans le préambule des listes B et C de l'annexe I est fondamentalement répétitive et, en même temps, liée à l'interprétation précédente. Néanmoins, en énonçant l'exigence d'une capacité combinée de bande VHF et UHF pas seulement une fois, mais deux – la première dans la définition de « multicanaux » et la deuxième fois dans l'ajout de « VHF/UHF » dans le préambule des listes B et C de l'annexe I devant le mot « multicanaux » – la DOC souligne nécessairement l'exigence que les radios multicanaux fonctionnent en bandes VHF et UHF¹⁸.

60. Par conséquent, la DOC n'est pas, pour le moins, un bon exemple de rédaction en langage clair. Même des exigences complexes ou techniques ne sont pas une excuse pour un manque de clarté, et le Tribunal ne connaît aucune source qui indique qu'elles ne peuvent pas être exprimées de manière simple et compréhensible¹⁹.

61. Le Tribunal demeure tout de même sensible aux circonstances auxquelles Rohde & Schwarz fait face dans cette affaire. Elle a soumissionné de bonne foi, conformément à ce qu'elle comprenait des exigences. Tel qu'il a également été expliqué par M. Pallotta à l'audience, du point de vue d'un soumissionnaire, il y avait possiblement d'autres moyens de répondre de façon minimale à cet appel d'offres (même si ce n'était pas conforme aux autres parties des exigences) sans qu'il faille tenir compte de l'approche double des bandes VHF et UHF. Cette interprétation est suspecte, car elle remplacerait

15. Essentiellement, TPSGC a demandé au Tribunal d'interpréter le mot « et » à l'annexe A comme signifiant « ou ». Le Tribunal n'accepte pas cette proposition.

16. *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11^e éd., s.v. « and » (et) – « et. 1. utilisé comme un mot-outil afin d'indiquer un lien ou un ajout, particulièrement d'éléments de même catégorie ou type » [traduction].

17. Toutes les radios sauf les quatre mentionnées dans la note de bas de page précédente.

18. Le conseiller juridique de Rockwell Collins a mentionné à raison que l'annexe A l'emporte sur les autres : voir *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 1^{er} septembre 2017, aux pages 324-325.

19. En fait, il existe plutôt une source ayant conclu le contraire : Nicholas Boileau, le « Législateur du Parnasse » a mentionné ce qui suit dans *L'Art poétique, Chant I* (1674) : « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, Et les mots pour le dire arrivent aisément ». Voir aussi *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services* (6 septembre 2000), PR-2000-008 et PR-2000-021 (CITT) à la page 17 où le Tribunal a conclu que bien que les institutions gouvernementales puissent bénéficier d'une certaine souplesse au moment de déterminer leurs besoins en matière d'approvisionnement, une telle souplesse ne veut pas dire que « les entités peuvent négliger d'établir des règles pour la formulation des propositions, leur réception et leur évaluation, leur classement et la détermination de l'adjudicataire, ou que les entités peuvent tenir de telles règles secrètes. Au contraire, selon le Tribunal, moins le résultat attendu est décrit avec précision, plus l'encadrement du marché, y compris les règles d'évaluation et d'adjudication, doit être transparent et bien articulé dans la DP. Une telle position découle du fait que, au moment de l'évaluation des propositions, la subjectivité joue un rôle plus grand si la solution attendue n'est décrite que dans les grandes lignes. »

l'équipement actuel par un nouvel équipement qui était tout aussi limité, mais qui offrirait un seuil minimal d'acceptabilité dans les documents d'appel d'offres²⁰. Cette proposition est difficilement défendable.

La barre oblique

62. La barre oblique est peut-être le symbole prêtant le plus à confusion sur le clavier (dans les deux langues officielles). Toute explication de la barre oblique est alambiquée (comme la tentative qui suit le démontre très bien). Bien qu'elle n'ait pas de signification précise lorsqu'elle est utilisée seule, elle peut vouloir dire « ou », « et » ou « et/ou » lorsqu'elle est utilisée entre deux mots. L'expression « et/ou » veut en réalité dire « et *ou* ou »; dans ce cas, la barre oblique sert à éliminer une répétition inopportune. Bref, elle peut avoir plusieurs significations qui ne sont pas toujours immédiatement déterminables.

63. La barre oblique entre les termes « VHF/UHF » dans l'expression « bandes VHF/UHF multicanaux » dans les préambules des listes B et C de l'annexe I prête par conséquent à confusion puisqu'elle n'a pas de signification immédiate ou apparente. Rockwell Collins a cru qu'elle confirmait l'autre libellé dans la DOC nécessitant à *la fois* des capacités de bandes VHF *et* UHF. Rohde & Schwarz a pour sa part interprété la barre oblique comme signifiant « ou ». À première vue, les deux sont potentiellement correctes si le Tribunal devait faire fi du mot « et » qui apparaît dans l'interprétation fournie à l'annexe A.

64. Le Tribunal a dû examiner l'utilisation de la barre oblique par le passé et, comme on peut s'y attendre, a déjà conclu que sa signification devait découler d'une interprétation contextuelle²¹. Cela veut essentiellement dire que la barre oblique n'a pas de sens défini et prête fondamentalement à confusion. Le Tribunal a prévenu il y a une décennie que « l'utilisation de la barre oblique dans la rédaction des modalités de documents de demande de soumissions est susceptible de poser des difficultés d'interprétation et devrait être évitée. Dans les cas où il est impossible d'éviter une telle utilisation de la barre oblique, le sens de cette dernière devrait être défini clairement.²² » La leçon aurait dû être comprise comme suit : sauf si elle est absolument nécessaire dans un but bien clair, il faut éviter la barre oblique, ou, mieux encore, ne pas l'utiliser du tout.

65. En l'espèce, la barre oblique n'a aucune valeur intrinsèque. En réalité, elle crée une confusion et une ambiguïté latentes. En outre, les deux parties sont tombées dans le piège de la barre oblique. Rohde & Schwarz a compris les modalités de la DOC d'une façon, alors que Rockwell Collins a adopté un point de vue différent. La barre oblique a joué un rôle déterminant dans chacun de ces différents choix, l'un d'eux s'étant avéré malheureux.

La DOC est d'une ambiguïté latente

66. Il arrive qu'on ne puisse reprocher à deux soumissionnaires raisonnables et compétents d'avoir interprété un appel d'offres comme ils l'ont fait, lorsque ce dernier prête à confusion dans son ensemble. Il s'agit de l'une de ces affaires où il n'y a pas eu immédiatement de signal d'alarme clair qui aurait pu avertir les soumissionnaires et les obliger à obtenir des précisions.

20. Les documents d'appel d'offres étaient clairs en ce qui concerne les questions de « souplesse » et de « capacité future ». Cela rend l'interprétation proposée, soit de remplacer une radio à une seule bande et monocanal par une radio semblable, un peu absurde, particulièrement si l'on tient compte des autres dispositions de la DOC.

21. *Quality Services International Inc.* (28 juin 1999), PR-99-006 (TCCE) [*Quality Services*] au par. 5; *Primex Project Management Ltd.* (22 août 2002), PR-2002-001 (TCCE) au par. 9.

22. *Quality Services* au par. 7.

67. En effet, le libellé de la DOC examiné ci-haut est d'une ambiguïté tellement latente que le soumissionnaire aurait probablement eu besoin d'une formation juridique spécialisée pour être sensibilisé à ses ambiguïtés. Ce n'est pas une façon de rédiger un appel d'offres. D'une manière tout à fait unique, l'expertise technique des soumissionnaires, en l'espèce, leur rend ironiquement un mauvais service : leurs connaissances et leur expérience respectives du domaine de la radiocommunication (comme le démontrent les témoignages des experts) étaient telles qu'elles leur ont permis de trouver un sens différent à ce langage si équivoque.

68. Dans le monde réel des affaires où les entreprises doivent préparer une soumission en vitesse à cause des courts délais, le Tribunal comprend comment le manque global de clarté de la DOC défini ci-dessus pourrait passer inaperçu. La confusion était telle que deux experts très compétents et crédibles présentés par les parties ont eu la même compréhension opposée : pour chacun d'eux, les modalités de la DOC s'interprètent raisonnablement comme nécessitant les produits soumissionnés par chaque partie.

69. Au bout du compte, le Tribunal conclut que l'interprétation de Rockwell Collins cadrerait correctement avec les modalités de la DOC. Toutefois, le Tribunal ne peut pas reprocher à Rohde & Schwarz d'avoir interprété la DOC comme elle l'a fait. À ce titre, Rohde & Schwarz est davantage un témoin innocent de l'incapacité de TPSGC de rédiger une DOC au libellé clair et compréhensible. Ces ambiguïtés inhérentes ont surpris les deux soumissionnaires et n'ont été révélées que plus tard, lors de la séance d'information pour Rockwell Collins, grâce au dépôt de la plainte et aboutissant ultimement à l'audience. Il s'agit d'une ambiguïté latente d'un niveau auquel le Tribunal fait rarement face.

70. À ce titre, le Tribunal est d'avis qu'on ne peut reprocher à aucune des parties de n'avoir cherché à obtenir d'autres précisions plus tôt au cours de la procédure de passation du marché public.

71. Fondamentalement, en l'espèce, TPSGC a cherché à se procurer des biens sans savoir exactement ce qu'il voulait. Il n'a pas fourni de critères solides et a essentiellement invité les soumissionnaires intéressés à proposer ce qu'il pouvait acheter. Sinon, lorsque des critères ont été définis, ils n'ont pas été bien définis, laissant des zones d'ombre, et lorsqu'il a essayé d'éclaircir ces zones d'ombre, il l'a fait en fournissant des renseignements exacerbant la confusion²³. Il a essentiellement voué l'ensemble des soumissionnaires intéressés à l'échec. TPSGC était aussi voué à l'échec puisqu'il n'a accordé aucun poids à la solution « préférée » explicitement énoncée.

Deuxième question : La préférence de la DOC n'a pas été prise en compte

72. Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit en partie 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 ».

73. L'annexe A fait explicitement état d'une *préférence* pour une solution plutôt qu'une autre et prévoit ce qui suit : « [...] la solution *préférée* est celle d'un équipement multicanal commun VHF/UHF » [nos italiques, traduction]. Il est ensuite précisé que TPSGC ne refusera pas de solution qui ne correspond pas à

23. L'annexe I, par exemple, fournie tardivement dans le processus de passation de marché, apporte des spécifications concernant l'équipement actuellement utilisé aux trois bases des Forces canadiennes qui, à l'égard de ce qui existe dans la documentation antérieure de la soumission, pourrait donner lieu à des interprétations différentes de a) ce qu'exigeait l'annexe I et b) la manière dont la documentation antérieure devrait désormais être interprétée. Pièce PR-2017-006-14A (protégée) au par. 8, vol. 2A. La date de clôture pour la présentation de soumissions a été repoussée pour refléter les exigences supplémentaires énoncées à l'annexe I. Le Tribunal est d'avis que le dépôt de l'annexe I contribue de manière importante à cette ambiguïté latente.

cette « préférence ». Rockwell Collins a, logiquement et involontairement, soumissionné en fonction de cette préférence en ce qui concerne les dix exemples d'articles en question en l'espèce.

74. À la grande surprise de Rockwell Collins, à la suite de l'évaluation, elle a découvert qu'aucun poids n'avait finalement été accordé à cette préférence et que TPSGC avait plutôt retenu Rohde & Schwarz, bien que Rohde & Schwarz n'avait pas abordé la solution préférée de la DOC dans sa soumission; à juste titre, cela a donné à Rockwell Collins des motifs de remettre en question le résultat de l'évaluation et, au bout du compte, a permis de découvrir comment les soumissions avaient été évaluées.

75. Le Tribunal interprète la « préférence » énoncée dans la DOC par rapport à la définition de « TXCVR » fournie dans l'annexe A, qui réunit les exigences liées aux dispositifs VHF et UHF en utilisant la préposition « et » dans la spécification fournie.

76. Le dictionnaire *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* définit le terme « preference » (préférence) comme « l'état de ce qui est préféré [...] ce qui est privilégié [...], l'acte, le fait ou le principe de donner un avantage à une chose plutôt qu'à une autre²⁴ » [traduction]. De la même manière, il définit le verbe « prefer » (préférer) comme « aimer mieux ou considérer comme meilleur²⁵ » [traduction].

77. TPSGC fait valoir qu'une « préférence », en l'espèce, doit être interprétée de la même manière que lorsqu'un acheteur a envie d'une voiture plus chère, mais au bout du compte, choisira un véhicule moins coûteux s'il a le choix.

78. En réalité, on ne peut parler de véritable *choix* entre une chose que l'acheteur aimerait pouvoir s'offrir et ce qu'il choisit pour des raisons financières, ce dont il est le seul au courant²⁶. Un tel point de vue peut être acceptable dans le contexte d'une négociation²⁷, à l'approche d'une négociation ou lorsqu'un consommateur compare simplement les prix; dans ces cas, aucune obligation unilatérale ou bilatérale ne survient. Toutefois, cette thèse est incorrecte en vertu du droit des appels d'offres lorsqu'il existe des obligations bilatérales²⁸.

79. L'obligation que TPSGC s'est engagé à respecter en publiant la DOC est d'évaluer la soumission de Rockwell Collins (et d'ailleurs toutes les autres soumissions) selon les engagements qui y étaient énoncés. Plus précisément, en l'espèce, il a clairement énoncé une *préférence* quant au type d'équipement que Rockwell Collins a soumissionné pour les dix exemples décrits ci-dessus. Il n'a pas respecté sa propre déclaration. Au lieu de cela, il a essayé de faire valoir en l'espèce qu'une solution préférée revient au même qu'une solution non préférée (une solution qui ne serait toutefois pas rejetée). Une telle logique est absurde : une solution préférée doit nécessairement présenter un avantage par rapport aux autres.

80. En évaluant les soumissions comme si une préférence énoncée n'existait pas, TPSGC a effectivement piégé Rockwell Collins – il l'a convaincue de soumissionner quelque chose qui répondrait à une exigence préférée (et cette préférence était, bien sûr, plus chère que la solution non préférée), tout cela pour disqualifier Rockwell Collins pour avoir fourni à TPSGC la solution préférée qu'il avait exactement demandée. Voilà la parfaite illustration de l'injustice.

24. Disponible en ligne : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/preference>.

25. Disponible en ligne : <https://www.merriam-webster.com/dictionary/preferred>.

26. *Transcription de l'audience publique*, vol. 2, 1^{er} septembre 2017, aux pp. 377 à 379.

27. Comme lorsqu'une partie a pris part à une « invitation à traiter ensemble » [traduction]; ou, en droit civil, lorsque les parties se livrent à des « pourparlers » ou font des « sollicitations ».

28. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] 1 RCS 69, 2010 CSC 4 (CanLII), aux paragraphes 87 à 95.

81. Il s'avère qu'il n'y avait aucun critère associé à l'évaluation de la préférence – de sorte que la préférence ne serait, dans les faits, pas prise en compte. TPSGC n'avait aucunement le droit de ne pas tenir compte de cette préférence, car elle faisait partie du contexte établi pour cet appel d'offres. Ne pas procéder à une évaluation selon les critères établis et, pire, prétendre que le critère n'existe pas, est simplement inacceptable. Un des principes fondamentaux du droit sur les appels d'offres est le suivant : un fournisseur qui soumissionne dans les règles ne peut pas être rejeté pour les avoir suivies.

82. TPSGC ne s'est pas employé à évaluer cette préférence selon son sens manifeste, car il n'a établi aucun critère quant à la manière dont cette préférence pèserait sur l'évaluation globale²⁹. L'omission de la part de TPSGC d'accorder du poids à la préférence énoncée de la DOC est une violation du paragraphe 506(6) de l'*ACI* et suffit à elle seule à justifier que le Tribunal conclut au bien-fondé de la plainte.

Observations complémentaires

83. Le Tribunal est d'avis qu'il est important d'ajouter que Rockwell Collins a correctement soulevé deux autres éléments qui semblent avoir contribué à la mise en échec de cette procédure de passation de marché public. Pour des raisons d'économie judiciaire, le Tribunal n'est pas tenu de les analyser en détail, mais il offre les observations suivantes pour souligner en quoi la procédure de passation du marché public contenait des failles au-delà des deux questions abordées ci-dessus.

84. D'abord, dans une série de questions et réponses abordée au cours de la procédure de passation de marché public, TPSGC a indiqué que la DOC avait pour but de fournir un maximum de flexibilité au MDN pour ses besoins futurs en radiocommunication ATC³⁰. Le Tribunal comprend en quoi cela aurait pu logiquement encourager un soumissionnaire à présenter une solution « préférée » de radio multicanal fonctionnant à la fois dans les bandes VHF et UHF : bien sûr, une telle solution préférée offrirait aussi une « flexibilité maximale » en fournissant une exploitabilité, actuelle et future, dans les deux bandes. En retour, cet encouragement s'ajoute à l'impératif pour TPSGC d'établir des critères pour évaluer son option préférée par rapport aux options non préférées, comme il est souligné plus haut. Ayant connaissance de cet encouragement, il n'est pas étonnant que Rockwell Collins ait présenté une telle soumission.

85. Deuxièmement, Rockwell Collins souligne la manière dont TPSGC semble avoir considéré l'annexe G comme un simple « guide » plutôt que comme une exigence obligatoire. Une fois encore, le Tribunal conclut que cette façon de faire illustre comment TPSGC semble avoir eu trop peu de points de référence lorsqu'il a évalué les soumissions. Le Tribunal conclut que la thèse de TPSGC est indéfendable, car en clair, la DOC établit que l'annexe G est obligatoire : en effet, l'article 4.1.1 de la DOC, intitulé

29. Selon l'exigence, « [...] la solution *préférée* est celle d'un équipement multicanal commun VHF/UHF. Cependant, les soumissions proposant des émetteurs-récepteurs séparés pour les bandes UHF et VHF *ne seront pas rejetées* d'emblée si toutes les autres fonctions respectent la spécification » [nos italiques, traduction]. Une institution fédérale ne peut pas énoncer une préférence et prétendre la mettre sur le même pied qu'un autre produit (par définition) non préféré qui n'est tout simplement pas rejeté, car il ne correspond pas à la solution préférée. Le Tribunal a insisté à maintes reprises sur l'importance de connaître les « règles du jeu » et de pouvoir compter sur les institutions fédérales pour les appliquer. Si les documents d'appel d'offres font état d'une préférence, un soumissionnaire qui propose une solution préférée devrait pouvoir compter sur cette préférence pour pencher en sa faveur lors de l'évaluation de ses soumissions. En n'établissant pas de critères d'évaluation relativement à la préférence de la DOC, sans parler de l'évaluation de la solution préférée à ce titre, TPSGC a violé l'*ACI*.

30. Pièce PR-2017-006-14 au par. 163, vol. 1C.

« Processus d'évaluation des offres en deux étapes » énonce que « [l]es critères *obligatoires* [...] seront ceux inclus dans [...] [l'] Annexe G³¹ » [nos italiques, traduction].

MESURE CORRECTIVE

86. Ayant conclu que la plainte de Rockwell Collins est fondée, le Tribunal doit déterminer la mesure corrective appropriée, conformément aux paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le TCCE*.

87. TPSGC n'a présenté aucune observation sur la mesure corrective, puisque selon lui, les accords commerciaux n'ont pas été violés. TPSGC demande toutefois le remboursement des frais qu'il a engagés dans la présente instance.

88. Pour recommander une mesure corrective, le Tribunal doit examiner l'ensemble des circonstances propres au marché en question et notamment :

- 1) la gravité des lacunes constatées;
- 2) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à toute autre partie intéressée;
- 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- 4) la bonne foi des parties;
- 5) le degré d'exécution du contrat.

89. Les lacunes dans la procédure de passation du marché public sont importantes à cause des deux défauts examinés ci-dessus : si l'exigence avait clairement été établie et que la préférence avait clairement été évaluée, les parties auraient présenté des soumissions différentes à des prix différents. Aucune d'elles n'a eu la possibilité de partir du bon pied.

90. Toutes les parties ont également subi un grave préjudice en raison des lacunes. Rohde & Schwarz a obtenu un contrat qu'elle n'aurait pas pu obtenir si les règles sur les appels d'offres avaient été suivies (ou si le report de l'ordonnance d'adjudication du contrat n'avait pas été annulé). Rockwell Collins a perdu l'occasion d'être correctement évaluée pour avoir soumis la solution préférée de la DOC.

91. Pour remédier à la situation, le MDN a choisi de commencer à acheter de l'équipement auprès de Rohde & Schwarz en dépit de l'ouverture de la présente enquête. Ceci est potentiellement problématique, car l'équipement de Rohde & Schwarz peut ne pas être entièrement compatible avec les solutions d'autres fournisseurs, y compris Rockwell Collins. La faisabilité d'une nouvelle demande de soumissions visant à couvrir des besoins n'ayant pas encore été satisfaits est, par conséquent, considérablement réduite. Cela peut perpétuer la nécessité de continuer à se procurer de l'équipement auprès d'un fournisseur qui n'a pas légitimement remporté un appel d'offres – à ce titre, l'attribution à tort des travaux à un fournisseur unique continuerait – toutefois pas sans indemnisation, mais certainement à un plus grand coût pour le contribuable.

92. L'intégrité et l'efficacité du mécanisme d'adjudication sont au plus bas dans cette affaire, car les soumissionnaires n'ont pas compris les modalités ou les exigences de l'appel d'offres. Les soumissionnaires ont participé à une demande de soumissions tellement viciée qu'elle ne pouvait mener qu'à l'échec. Étant donné que l'adjudication à Rohde & Schwarz a été faite en l'absence d'une évaluation convenable,

31. *Ibid.* au par. 49. L'annexe G est en majorité une reproduction des exigences et des préférences établies dans les annexes A et B.

l'approvisionnement équivaut à un recours à un fournisseur unique sous le couvert d'un processus concurrentiel. Il s'agit d'un manquement grave.

93. Encore une fois, le problème est aggravé par l'allégation d'urgence par TPSGC et l'empressement à conclure le contrat, sans égard au fait que des motifs de plainte ont été soulevés. Rien ne permet au Tribunal de blâmer TPSGC pour son allégation d'urgence en l'espèce, et il ne le fait pas non plus. Il reste simplement au Tribunal à trouver une mesure corrective potentielle, tout en tenant compte la réalité d'un contrat partiellement exécuté par un soumissionnaire qui s'est aussi investi dans le processus de bonne foi.

94. Le contrat adjugé par TPSGC est, dans une large mesure, en cours d'exécution. Un nouvel appel d'offres ou l'adjudication du contrat à Rockwell Collins pourraient imposer des difficultés opérationnelles au MDN en ce qui a trait à des préoccupations sur l'interopérabilité entre différents produits ou le chevauchement des dépenses. Une nouvelle évaluation n'est pas envisageable en raison du défaut fondamental dans l'absence de critères liés à la préférence énoncée.

95. À ce titre, le Tribunal a présenté une mesure corrective ci-dessous qui offre à TPSGC une flexibilité maximale pour satisfaire à ses besoins actuels, tout en offrant tout de même une indemnisation à Rockwell Collins.

96. L'indemnisation est fixée à 50 p. 100 des profits raisonnables de Rockwell Collins si le contrat de la DOC lui avait été adjugé. Le Tribunal estime que Rockwell Collins aurait probablement été sur un pied d'égalité avec Rohde & Schwarz pour remporter la DOC si la procédure de passation du marché public avait été menée comme il se doit. Le Tribunal s'abstient de fixer le montant de l'indemnisation à 100 p. 100, car le résultat définitif de tout nouvel appel d'offres (ce qui aurait été la mesure corrective optimale, sans le contrat en cours d'exécution) ne peut pas être déterminé avec certitude.

97. TPSGC a désigné Rockwell Collins et Rohde & Schwarz comme satisfaisant toutes deux aux exigences obligatoires de la DOC. Une adjudication en reconnaissance d'une occasion perdue établie à 50 p. 100 fondée sur l'existence d'un autre soumissionnaire conforme correspond aux circonstances passées similaires examinées par le Tribunal³². Les deux soumissionnaires étant conformes à la dernière étape du processus d'appel d'offres, tous les deux avaient 50 p. 100 de chance de réussite. Enfin, en établissant son indemnisation à 50 p. 100, le Tribunal est conscient qu'il n'adjudge pas non plus une manne à Rockwell Collins.

FRAIS

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

99. En l'espèce, la complexité du marché public en lui-même était faible à moyenne : le marché public concernait de l'équipement quelque peu complexe pour un profane, mais concernait essentiellement de l'équipement standard pour les soumissionnaires intéressés. La plainte en elle-même était de complexité moyenne, car elle traitait d'une DOC très vague.

32. *Tritech Group Ltd c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (31 mars 2014), PR-2013-035 (TCCE); *Canyon Contracting c. Agence Parcs Canada* (19 septembre 2006), PR-2006-016 (TCCE); *Marcomm Inc.* (11 février 2004), PR-2003-051 (TCCE).

100. L'instance a été compliquée par le dépôt de rapports d'experts et la nécessité d'une audience. Pour cette raison, l'affaire a également nécessité un délai de 135 jours. La complexité de l'instance était donc élevée et, dans ces circonstances, c'est ce facteur qui a le plus de poids dans la détermination du niveau de l'indemnisation à adjuger.

101. À ce titre, conformément à l'annexe A de la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré 3 et que l'indication provisoire du montant de l'indemnité est de 4 700 \$.

102. Le Tribunal n'accorde pas d'indemnité à Rohde & Schwarz bien que son intervention en l'espèce ait été utile et essentiellement la faute des manquements de TPSGC : une indemnisation adjugée à Rohde & Schwarz est incompatible avec le fait d'être le soumissionnaire à qui un contrat à fournisseur unique est attribué.

DÉCISION

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

104. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que TPSGC indemnise Rockwell Collins de la moitié des profits perdus pour les travaux de la phase 1 et pour les travaux des phases 2 et 3, et ce, dans la mesure où TPSGC a déjà exercé, ou prévoit exercer, les options de renouvellement pour les phases 2 et 3.

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

106. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Rockwell Collins le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte. Conformément à la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du Tribunal du degré de complexité de la présente plainte est le degré 3 et son indication provisoire du montant de l'indemnité est de 4 700 \$, ce qui reflète la nature technique de la DOC et la nécessité de tenir une audience. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire 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.

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre président

ANNEXE

Parties pertinentes de la DOC

Article 4.1.1³³

4.1.1 Processus d'évaluation des offres en deux étapes

4.1.1.1 Étape 1 : Examen initial des exigences obligatoires

Le Canada réalisera un examen initial des propositions des offrans afin de déterminer si toutes les exigences obligatoires ont été traitées et respectées tel que demandé. Après l'examen initial, l'autorité contractante fournira à chaque offrant un « rapport d'évaluation préliminaire » énumérant les exigences obligatoires non conformes évaluées à date. Cette liste ne comprendra que des références à la DDP pour chacun des critères qui n'ont pas réussi.

Les offrans qui ne respectent pas toutes les exigences obligatoires seront invités à soumettre des renseignements supplémentaires ou différents afin de prouver aux évaluateurs, conformément à la DDP, que leur proposition est conforme aux exigences obligatoires. Ces renseignements doivent être soumis à l'Unité de réception des soumissions au plus tard à la date et à l'heure de clôture précisée dans l'invitation.

Les nouveaux renseignements fournis par l'offrant doivent être basés sur le système proposé au moment de la fermeture de la demande d'offres.

En réponse à une demande de renseignements, l'offrant ne pourra substituer du matériel ou des logiciels du système proposé pour se rendre conforme à des exigences obligatoires.

Les critères obligatoires de l'évaluation papier seront ceux inclus dans les matrices de conformité suivantes :

Annexe E
Annexe G

[Traduction]

Annexe A

Le tableau 1 figurant à la section 2.1 de l'annexe A³⁴ présente la description générale de l'équipement requis et décrit un émetteur, un récepteur et une radio multicanal TXCVR (émetteur-récepteur) comme suit :

- | | |
|-----------------------------|---|
| 1. Émetteur (TX) | Radio(s) monocanal, capables d'émettre dans les bandes de fréquences suivantes :
a) VHF : 118 à 137 MHz;
b) UHF : 225 à 400 MHz |
| 2. Récepteur (RX) | Radio(s) monocanal, capables de recevoir dans les bandes de fréquences suivantes :
a) VHF : 118 à 137 MHz;
b) UHF : 225 à 400 MHz |
| 3. Radio multicanal (TXCVR) | Émetteur-récepteur multicanal capable d'émettre et de recevoir dans les bandes de fréquences suivantes : |

33. Pièce PR-2017-006-14 au par. 49, vol. 1C.

34. *Ibid.* aux par. 66 à 67.

a) VHF : 118 à 137 MHz;

b) UHF : 225 à 400 MHz

c) Remarque : Pour les émetteurs-récepteurs UHF/VHF, la solution préférée est celle d'un équipement multicanal commun VHF/UHF. Cependant, les soumissions proposant des émetteurs-récepteurs séparés pour les bandes UHF et VHF ne seront pas rejetées d'emblée si toutes les autres fonctions respectent la spécification.

[Traduction]

Annexe B

L'annexe B de la section 5 de la DOC s'intitule « Émetteur-récepteur multicanal » et prévoit en partie ce qui suit³⁵ :

L'émetteur-récepteur doit avoir les caractéristiques suivantes :

a) toutes les spécifications de performances s'appliquent aux deux bandes de fréquences, sauf indication contraire en tant qu'exigences pour la bande VHF seule ou la bande UHF seule.

[...]

Remarque : Toute soumission qui inclut un TXCVR UHF séparé offrant une capacité de formes d'onde spécialisée sera acceptée si elle satisfait aux spécifications relatives aux émetteurs-récepteurs. À sa propre discrétion, le soumissionnaire peut présenter un TXCVR doté de fonctions ATC (VHF, UHF) et d'un TXCVR (UHF) doté d'une capacité de formes d'onde spécialisées.

[Traduction]

Annexe I

Une description en préambule précède chaque tableau décrivant les exigences en matière de fréquences aux bases des Forces canadiennes B et C et énonce ce qui suit³⁶ :

Il s'agit de l'une des unités qui recevront un nouveau système de contrôle de la circulation aérienne. Les radios se trouvent à trois sites différents (émetteur monocanal à un site émetteur, récepteur monocanal à la tour et émetteur-récepteur multicanal au terminal radar et à la tour). Le but est de remplacer l'équipement actuel indiqué ci-dessous. Conserver des sites différents peut être négocié. Les radios multicanaux énumérées seront remplacées par des VHF/UHF multicanaux. Un UHF multicanal séparé pour les formes d'ondes spécialisées doit être inclus.

[Traduction]

35. *Ibid.* au par. 100.

36. *Ibid.* aux pp. 286 à 287.