



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2017-048

ASC International (ASC Canada)

*Décision prise
le mercredi 17 janvier 2018*

*Décision rendue
le vendredi 19 janvier 2018*

*Motifs rendus
le mercredi 31 janvier 2018*

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

PAR

ASC INTERNATIONAL (ASC CANADA)

CONTRE

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

DÉCISION

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

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

EXPOSÉ DES MOTIFS

INTRODUCTION

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

2. Le 12 janvier 2018, ASC International (ASC Canada) (ci-après ASC Canada) a déposé une plainte par rapport à une demande de propositions (invitation n° 08324-170224/A) (la DP) et concernant l'offre à commandes principale et nationale n° 08324-160210/001/HP (l'OCPN), toutes deux ayant été publiées par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement (Affaires mondiales Canada).

3. Le 17 janvier 2018, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte pour les raisons suivantes.

ANALYSE

4. ASC Canada est la titulaire de l'OCPN, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 et prendra fin le 31 décembre 2019. Selon les clauses de l'OCPN, ASC Canada offre de fournir certains types de véhicules utilitaires sport blindés lorsqu'une demande de commande subséquente à l'OCPN est faite par Affaires mondiales Canada.

5. ASC Canada allègue dans sa plainte que TPSGC a pris une décision injustifiée, injuste et préjudiciable en lançant un appel d'offres pour la fourniture d'une quantité importante de véhicules utilitaires sport blindés par l'entremise de la DP – c'est-à-dire une nouvelle procédure de passation de marché public concurrentielle – plutôt qu'en passant une commande subséquente à l'OCPN.

6. Afin d'établir s'il y a lieu d'enquêter, le Tribunal doit déterminer si la plainte remplit certaines conditions, comme l'exige le *Règlement*. Parmi ces conditions, la plainte doit avoir été déposée dans les délais prescrits.

7. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui souhaite déposer une plainte auprès du Tribunal « doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ».

8. Le paragraphe 6(2) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal « dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ».

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

9. Autrement dit, 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.

10. TPSGC a publié la DP le 19 octobre 2017. Le Tribunal accepte, en se fondant sur les renseignements dont il dispose, qu'ASC Canada ait pris connaissance ou aurait dû vraisemblablement prendre connaissance que TPSGC avait effectivement décidé de publier la DP plutôt que de passer une commande subséquente à l'OCPN pour ces mêmes biens le 19 octobre 2017. Par conséquent, ASC Canada a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte à cette date.

11. Les documents joints à la plainte indiquent que plusieurs courriels ont été échangés et plusieurs conversations ont eu lieu entre ASC Canada et TPSGC entre le 23 octobre 2017 et le 6 décembre 2017. Le Tribunal accepte, aux fins de la présente analyse, que le courriel d'ASC Canada à TPSGC du 23 octobre 2017 constitue une opposition d'ASC Canada, présentée dans les délais, à l'égard de la publication de la DP.

12. Toutefois, le Tribunal conclut qu'ASC Canada s'est vu refuser réparation quant à son opposition, et ce, au plus tard le 6 décembre 2017. Le courriel de TPSGC du 6 décembre 2017 comprenait le passage suivant :

[...] Il est également important de souligner qu'une offre à commandes n'équivaut pas à un contrat ni à un engagement ferme pour un nombre de véhicules donné.

Pour ce qui est de votre demande selon laquelle le nouvel appel d'offres doit être suspendu, SPAC a l'intention de poursuivre cette invitation qui en est maintenant à l'étape de l'évaluation [...].

[Nos italiques, traduction]

13. Conformément au paragraphe 6(2) du *Règlement*, ASC Canada devait déposer une plainte auprès du Tribunal sur cette question dans les 10 jours ouvrables suivant le 6 décembre 2017, ou au plus tard le 20 décembre 2017. La plainte d'ASC Canada, déposée le 12 janvier 2018, est donc forclosée à l'égard de cette même question et ne peut faire l'objet d'une enquête.

14. À cet égard, il semble qu'ASC Canada ait décidé d'attendre la conclusion de la DP, dont ASC Canada a pris connaissance le 28 décembre 2017, soit lorsqu'elle a été informée qu'elle n'était pas le soumissionnaire retenu, plutôt que de déposer une plainte dans les 10 jours ouvrables suivant le refus de réparation de TPSGC. ASC Canada a déposé la présente plainte 10 jours ouvrables après le 28 décembre 2017. Cependant, la manière de procéder d'ASC Canada n'est pas conforme au régime réglementaire de la *Loi sur le TCCE*, lequel vise à s'assurer que les procédures de passation de marchés publics soient conformes aux règles des accords commerciaux, tout en visant à s'assurer du caractère définitif des contrats dans les meilleurs délais possibles³. Dans ce contexte, il est bien établi que les fournisseurs potentiels doivent présenter leurs oppositions et déposer toute plainte dès qu'ils en prennent connaissance, et que le mécanisme d'examen des marchés publics ne prévoit pas la possibilité pour un soumissionnaire d'accumuler des griefs pour ne les présenter que si sa soumission est rejetée⁴.

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

4. *Ibid.*; *Trans-Cycle Industries Inc.* (6 octobre 2000), PR-2000-015 (TCCE) à la p. 5.

15. Compte tenu de la conclusion du Tribunal ci-dessus, le Tribunal n'est pas tenu d'examiner les autres allégations faites par ASC Canada dans sa plainte.

16. Malgré tout, le Tribunal souligne que la plainte d'ASC Canada comprend également l'allégation suivante :

Nous sentons que nous avons été gravement lésés dans cette procédure de passation de marché public pour plusieurs raisons, dont notamment les suivantes :

[...]

5. Le fait que l'APN 03824-170224/A n'ait pas été adjugé à ASC Canada. [...]

[Traduction]

17. Dans la mesure où ASC Canada conteste le fait que le contrat ne lui a pas été adjugé à la suite de la procédure de passation du marché public de la DP, le Tribunal a également décidé de ne pas enquêter sur cette allégation⁵. Bien qu'elle ait été présentée dans les délais, elle ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation des accords commerciaux, et ne remplit pas de ce fait une des conditions prescrites par le *Règlement* pour que le Tribunal puisse faire enquête.

18. ASC Canada n'expose pas en détail le fondement précis de son allégation selon laquelle le contrat aurait dû lui être adjugé dans le cadre de la DP. Les seuls renseignements qui ont trait à l'évaluation de la soumission d'ASC Canada se trouvent dans une certaine correspondance jointe à la plainte. Ces documents indiquent que la soumission d'ASC Canada a été rejetée puisqu'elle ne satisfaisait pas à tous les critères obligatoires de l'invitation et qu'elle n'était pas la moins-disante. La lettre de TPSGC à ASC Canada du 28 décembre 2017 comprenait l'information suivante :

[...] La présente a pour but de vous informer qu'aucun contrat ne vous sera adjugé pour ce besoin. Un contrat a été adjugé à Jankel Tactical Systems, dont la soumission a été retenue. [...] La valeur du contrat adjugé est de 6 138 299,00 \$, excluant les taxes applicables.

Comme il était indiqué dans l'appel d'offres, les soumissions devaient satisfaire à toutes les exigences obligatoires, sans exception. Malheureusement, l'équipe d'évaluation a conclu que votre soumission ne satisfaisait pas à toutes les exigences obligatoires de l'appel d'offres, dont les suivantes :

Phase II : Soumission technique :

Rapport d'évaluation de la conformité daté du 19 décembre 2017

Annexe 1 : élément n° 1, élément n° 4 et élément n° 11

5. Dans le même paragraphe, ASC Canada allègue quatre autres « raisons » pour lesquelles elle affirme avoir été « lésée par cette procédure de passation de marché public » : 1) TPSGC a communiqué avec des tierces parties par rapport à l'OCPN plutôt qu'avec ASC Canada et, par conséquent, est allé de l'avant en se fondant sur des renseignements incorrects; 2) TPSGC a lancé un appel d'offres relatif à la DP pour la fourniture des mêmes véhicules que ceux couverts par l'OCPN; 3) TPSGC a effectué neuf amendements « importants » à la DP au cours de l'invitation; 4) TPSGC a prétendument fourni différentes justifications pour avoir publié la DP plutôt qu'avoir passé une commande subséquente à l'OCPN. Le Tribunal interprète ces quatre autres raisons uniquement à titre d'éléments appuyant le motif de plainte principal d'ASC Canada selon lequel TPSGC a agi de manière injustifiée et injuste en lançant un appel d'offres plutôt qu'en passant une commande subséquente à l'OCPN.

Conformément au Rapport d'évaluation de la conformité, puisque la réponse de votre entreprise a été reçue après 10 h le 22 décembre, la soumission a été jugée non recevable et a été rejetée. [...]

[Traduction]

19. Le même jour, ASC Canada a envoyé le courriel suivant à TPSGC :

Ma réponse a été rejetée à cause des serveurs courriel qui ne sont pas en mesure de traiter des fichiers volumineux? [...] C'est d'un ridicule absolu. [...]

[Traduction]

20. Le 29 décembre 2017, TPSGC a répondu comme suit :

[...] En réponse à votre courriel, le Rapport d'évaluation de la conformité transmis à ASC Canada le 19 décembre 2017 indiquait qu'une réponse devait être reçue au plus tard le 22 décembre 2017 à 10 h. Malheureusement, votre réponse a été reçue le 22 décembre 2017 à 14 h 09. Aucune demande de prorogation de délai de la part de votre entreprise n'a été reçue; par conséquent, les renseignements soumis en réponse au Rapport d'évaluation de la conformité n'ont pas été évalués.

SPAC voudrait également porter à votre attention la méthode de sélection pour l'adjudication d'un contrat dans le cadre de cet appel d'offres et vous informer qu'ASC Canada n'offrait pas la soumission la moins-disante. [...]

[Traduction]

21. Le Tribunal accepte que ce motif de plainte ait été présenté dans les délais. ASC Canada a appris le 28 décembre 2017 qu'elle n'était pas le soumissionnaire retenu dans le cadre de la DP et les raisons sous-jacentes. Elle s'est opposée le même jour au fait que TPSGC n'ait pas tenu compte de sa réponse tardive du 22 décembre 2017 dans l'évaluation de sa soumission. TPSGC lui a refusé réparation le 29 décembre 2017. La plainte d'ASC Canada a été déposée le 9^e jour ouvrable à partir du 29 décembre 2017.

22. Cependant, tel qu'indiqué précédemment, la plainte ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation des accords commerciaux, ce qui est une des conditions exigées par le *Règlement* et devant être remplie pour que le Tribunal fasse enquête⁶. Règle générale, les accords commerciaux exigent qu'un contrat soit adjugé conformément aux critères d'évaluation et d'adjudication décrits dans les documents d'appel d'offres. Par exemple, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷ prévoit ce qui suit :

Article 1015 : Présentation, réception et ouverture des soumissions et adjudication des marchés

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

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

[...]

6. Alinéa 7(1)c) du *Règlement*.

7. *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^o 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).

c) 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;

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

[...]

23. Comme l'affirmait la lettre de TPSGC du 28 décembre 2017, la DP indiquait qu'une soumission devait respecter tous les critères obligatoires pour être déclarée recevable et que la soumission recevable avec le prix le plus bas serait recommandée pour l'attribution d'un contrat⁸. La DP décrivait aussi le processus d'évaluation des soumissions « en étapes » utilisé dans ce marché public, lequel précisait que les réponses des soumissionnaires au Rapport d'évaluation de la conformité devaient être reçues au cours de la période précisée par TPSGC et que les réponses reçues après la fin de cette période ne seraient pas prises en considération sauf dans les circonstances et conditions expressément prévues par le Rapport d'évaluation de la conformité⁹.

24. ASC Canada n'a joint à sa plainte ni le Rapport d'évaluation de la conformité envoyé par TPSGC le 19 décembre 2017, ni sa réponse à ce rapport, ni d'autres éléments de preuve ou arguments qui puissent indiquer que TPSGC aurait dû conclure qu'ASC Canada était le soumissionnaire conforme le moins-disant.

25. Le Tribunal conclut que les renseignements joints à la plainte ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que TPSGC a contrevenu aux accords commerciaux dans l'évaluation ou dans l'adjudication du contrat dans le cadre de la DP. Bien que la démonstration « dans une mesure raisonnable » soit un seuil peu élevé qui n'exige pas que le soumissionnaire prouve ses allégations selon la prépondérance des probabilités à cette étape-ci, une partie plaignante doit fournir une base raisonnable sur laquelle le Tribunal peut fonder son analyse. La plainte d'ASC Canada en l'espèce ne fournit aucune indication raisonnable selon laquelle TPSGC aurait mené l'évaluation et adjugé le contrat de manière contraire aux exigences des accords commerciaux.

26. À cet égard, bien que le Tribunal puisse, selon le cas, demander à une partie plaignante de déposer des renseignements additionnels à l'appui de sa plainte, une plainte suffisamment documentée doit néanmoins être déposée dans les délais prescrits par le *Règlement*¹⁰. La plainte d'ASC Canada par rapport au deuxième motif a été déposée à la toute limite de ces délais, ne laissant en pratique aucune possibilité au Tribunal de demander à ASC Canada de déposer des renseignements additionnels qui auraient pu appuyer sa plainte, ni à ASC Canada de déposer de tels renseignements dans les délais.

27. En somme, les renseignements dont dispose le Tribunal ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que TPSGC n'a pas effectué cette évaluation conformément aux exigences de la DP et, par conséquent, aux accords commerciaux.

8. Voir, par exemple, DP, article 4.2. Les documents d'invitation à soumissionner sont disponibles en ligne à l'adresse suivante : <https://achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/appels-d-offres/PW-HP-912-73590>.

9. DP, article 4.1.1.3(c).

10. Voir le paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, l'article 6 du *Règlement* et l'alinéa 96(1)b des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION

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

Serge Fréchette

Serge Fréchette
Membre président