



Ottawa, le lundi 14 juillet 2003

Dossier n° PR-2003-005

EU ÉGARD À une plainte déposée par Ready John Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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 n'est pas fondée.

Meriel V.M. Bradford

Meriel V.M. Bradford

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision et des motifs : Le 14 juillet 2003

Membre du Tribunal : Meriel V.M. Bradford, membre président

Agent principal d'enquête : Peter Rakowski

Conseiller pour le Tribunal : Eric Wildhaber

Partie plaignante : Ready John Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Christianne M. Laizner
Ian McLeod



Ottawa, le lundi 14 juillet 2003

Dossier n° PR-2003-005

EU ÉGARD À une plainte déposée par Ready John Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 14 avril 2003¹, Ready John Inc. (Ready John) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*². La plainte concernait une convention d'offre à commandes (invitation n° W0105-03E005/A) par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour la fourniture de toilettes chimiques à la Base des Forces canadiennes (BFC) Gagetown, au Nouveau-Brunswick.

Ready John a allégué que Plaggenborg's Ltd. (Plaggenborg), le soumissionnaire retenu, n'était pas en mesure de faire une proposition conforme à une exigence obligatoire de l'invitation et que l'offre à commandes n'aurait donc pas dû lui être délivrée.

Plus particulièrement, Ready John a allégué que Plaggenborg n'était pas en mesure de satisfaire à l'exigence suivante : « Le fournisseur retenu doit avoir en sa possession un minimum de 250 unités » [traduction]. Elle a soutenu, en ce qui concerne la proposition de Plaggenborg, que cette exigence devait être interprétée conjointement avec une obligation semblable de Plaggenborg découlant d'une autre offre à commandes de toilettes chimiques pour la BFC Gagetown. Par conséquent, Ready John a soutenu que Plaggenborg devait prouver qu'elle avait en stock un minimum de 500 toilettes chimiques et que, à sa connaissance, Plaggenborg n'avait pas ce nombre d'unités en stock. À titre de mesure corrective, elle a demandé que seuls devaient être pris en considération les soumissionnaires qui se conformaient aux exigences de l'appel d'offres.

Le 17 avril 2003, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE* et du paragraphe 7(1) du *Règlement sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 20 mai 2003, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴. Le 30 mai 2003, Ready John a déposé ses observations sur le RIF. Le 6 juin 2003, Ready John a

1. Date à laquelle les renseignements supplémentaires demandés par le Tribunal ont été reçus.
2. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].
3. D.O.R.S. /93-602 [*Règlement*].
4. D.O.R.S. /91-499 [*Règles*].

déposé ses observations supplémentaires sur le RIF. Le 12 juin 2003, TPSGC a demandé au Tribunal la permission de déposer d'autres exposés. Cette demande a été refusée le 23 juin 2003.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 14 janvier 2003, un avis de projet de marché relatif à une demande d'offre à commandes (DOC) a été publié par l'intermédiaire du MERX⁵. La date de clôture de l'invitation était le 24 février 2003.

Les exigences techniques de l'invitation étaient énoncées dans un document du MDN daté du 14 novembre 2002, intitulé « Spécification » et mis à la disposition des fournisseurs par l'intermédiaire du MERX. La section 14.1.1 de la Spécification stipule ce qui suit :

Nombre de toilettes : L'entrepreneur doit avoir en sa possession un minimum de 250 unités. Les toilettes seront inspectées avant que l'offre à commandes soit délivrée.

[Traduction]

Le 18 février 2003, Ready John a envoyé une lettre à TPSGC au sujet de l'invitation en cause et a souligné en particulier l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification. Elle a également fait référence à une autre offre à commandes existante pour des toilettes chimiques à la BFC Gagetown et a suggéré à TPSGC de prendre en considération les exigences des deux marchés au moment d'évaluer les propositions soumises dans le cadre de la nouvelle invitation. Le 18 février 2003 également, TPSGC a envoyé la lettre de Ready John au MDN. Le même jour, le MDN a confirmé à TPSGC qu'il vérifierait que le soumissionnaire le moins disant respectait l'exigence dont il était question dans la lettre de Ready John.

À la date de clôture de l'invitation, deux propositions avaient été reçues, l'une de Ready John et l'autre de Plaggenborg. Selon TPSGC, ces deux propositions ont été envoyées au MDN aux fins d'évaluation le 25 février 2003. Le 27 février 2003, le MDN a rencontré les représentants de Plaggenborg et d'A1 Portable Toilets Ltd. (A1) afin de vérifier si Plaggenborg pouvait se conformer à la section 14.1.1 de la Spécification. Selon TPSGC, au cours de cette visite, Plaggenborg a expliqué l'entente qu'elle avait conclue avec A1 pour s'assurer qu'elle serait en possession de toutes les unités nécessaires pour satisfaire à ses obligations découlant des deux offres à commandes visant la BFC Gagetown. Le 27 février 2003, le MDN a fait une inspection sur les lieux et a vérifié que Plaggenborg avait un nombre suffisant d'unités pour lui permettre de remplir les deux offres à commandes. Le 4 mars 2003, l'offre à commandes a été délivrée à Plaggenborg, le soumissionnaire conforme le moins disant.

Le 14 mars 2003, Ready John a écrit à TPSGC pour s'opposer à la délivrance de l'offre à commandes à Plaggenborg. Le 31 mars 2003, TPSGC a écrit à Ready John pour indiquer qu'il avait confirmé que le soumissionnaire retenu avait le droit reconnu par la loi de prendre possession de suffisamment d'unités pour satisfaire aux exigences des deux offres à commandes. Le 4 avril 2003, Ready John a écrit à TPSGC pour contester les conclusions de la lettre de TPSGC du 31 mars 2003. Le 14 avril 2003, Ready John a déposé une plainte auprès du Tribunal.

5. Service électronique d'appel d'offres du Canada.

POSITION DES PARTIES

Position de Ready John

Ready John a soutenu que Plaggenborg ne satisfait pas à l'exigence portant sur la possession de 250 unités. Elle a soutenu également que l'accord de location conclu par Plaggenborg ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle Plaggenborg doit avoir « possession » des unités. Selon Ready John, le choix du mot « possession » visait à garantir qu'un nombre minimum d'unités pouvait être livré au MDN dans de brefs délais. Ready John a soutenu que l'accord de location contient un élément d'incertitude à la fois quant au nombre d'unités disponibles et quant à leur disponibilité dans de brefs délais. Selon Ready John, la lettre du fabricant ne fait qu'ajouter à l'incertitude parce que les unités dont il est question sont à la disposition de n'importe quel client du fournisseur ou du fabricant. Ready John a soutenu que l'accord de location et la lettre du fabricant ne garantissent pas la disponibilité de 250 unités dans de brefs délais.

En ce qui concerne la déclaration de TPSGC selon laquelle Plaggenborg aurait pu déposer une plainte si l'offre à commandes avait été délivrée à Ready John plutôt qu'à Plaggenborg, Ready John a fait valoir que ce n'était pas pertinent et que cela ne justifiait pas la mesure prise par TPSGC. Elle a également soutenu que, si elle avait su que l'autre offre à commandes avait été délivrée à Plaggenborg en fonction d'un accord de location pour satisfaire à l'exigence portant sur la « possession » de 250 unités, elle aurait déposé une plainte à l'égard de ce marché.

Ready John a soutenu que Plaggenborg ne satisfait pas à l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification et que, en délivrant l'offre à commandes à Plaggenborg, TPSGC n'a pas respecté l'exigence de l'appel d'offre énoncée à la section 14.1.1 et qu'il n'a pas délivré l'offre à commandes de façon équitable et concurrentielle.

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu qu'il avait bien évalué la proposition de Plaggenborg et qu'il lui avait délivré l'offre à commandes de façon équitable et concurrentielle. TPSGC a soutenu qu'il existe dans les accords commerciaux un principe fondamental selon lequel TPSGC doit préciser toutes les exigences dans les documents d'invitation à soumissionner et que seules les exigences publiées sont prises en considération au fins d'évaluation.

Selon TPSGC, l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification se lit ainsi : « L'entrepreneur doit avoir en sa possession 250 unités » [traduction]. TPSGC a soutenu qu'au pied de la lettre, cette exigence fait référence à la « possession d'un minimum de 250 unités », mais qu'elle ne mentionne aucune autre exigence ayant trait à d'autres obligations contractuelles. Elle n'utilise pas l'expression « être propriétaire » qui est un concept beaucoup plus étroit que l'expression « avoir en sa possession » et n'utilise pas non plus l'expression « en stock ». TPSGC a soutenu également que Ready John suggère que la section 14.1.1 aurait dû être appliquée à la proposition de Plaggenborg avec une condition spéciale selon laquelle l'évaluation aurait dû être faite en tenant compte des obligations contractuelles de Plaggenborg découlant d'une autre offre à commandes, avec pour résultat que Plaggenborg aurait été dans l'obligation d'avoir 500 unités, tandis que Ready John aurait été dans l'obligation de n'avoir que 250 unités. TPSGC a soutenu que, si on avait utilisé cette approche dans le processus d'évaluation pour rejeter l'offre de Plaggenborg, Plaggenborg aurait eu de bonnes raisons de s'opposer.

En ce qui concerne la prétention de Ready John selon laquelle, dans le cadre de marchés précédents, elle devait avoir 500 unités « en stock », TPSGC a soutenu que cela n'a aucune pertinence à la présente plainte. Il a soutenu que le Tribunal a conclu dans des décisions précédentes que les soumissionnaires devaient traiter toutes les invitations comme étant indépendantes les unes des autres et que, par conséquent, les pratiques suivies dans le cadre d'invitations précédentes, ou la perception qu'en ont les fournisseurs, ne s'appliquent pas aux invitations subséquentes.

De plus, TPSGC a soutenu que, même si la section 14.1.1 de la Spécification était interprétée en tenant compte des autres obligations de Plaggenborg, les faits indiquent que la proposition de Plaggenborg aurait été conforme à cette exigence. Il affirme avoir reçu la preuve que Plaggenborg s'était assurée d'avoir un nombre d'unités suffisant pour satisfaire aux exigences des deux offres à commandes. En particulier, TPSGC a soutenu que, en ayant obtenu le droit reconnu par la loi de prendre possession sur demande du nombre d'unités requis, Plaggenborg avait satisfait de façon complète et raisonnable à l'exigence publiée portant sur la possession d'un minimum de 250 unités.

En conclusion, TPSGC a soutenu que la position de Ready John selon laquelle la section 14.1.1 de la Spécification devait être interprétée en tenant compte d'obligations contractuelles existantes et en incorporant les concepts d'« être propriétaire » et de « stock » n'est pas tenable et doit être rejetée. De plus, selon TPSGC, les faits montrent que Plaggenborg a prouvé qu'elle pouvait remplir à la fois les exigences de l'offre à commandes dont il est question dans la présente plainte et les exigences de l'offre à commandes existante pour la fourniture de toilettes chimiques à la BFC Gagetown.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, il doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables.

La question fondamentale en litige dans la présente affaire est l'exigence obligatoire énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification : « L'entrepreneur doit avoir en sa possession un minimum de 250 unités. Les toilettes seront inspectées avant que l'offre à commandes soit délivrée » [traduction]. À cet égard, il semblerait que le Tribunal ait deux questions à trancher. La première est de savoir si TPSGC a, à raison, conclu que les accords de location passés par Plaggenborg, le soumissionnaire retenu, suffisaient à rendre sa proposition conforme aux exigences de la DOC. La deuxième est de savoir si TPSGC, en évaluant les propositions soumises dans le cadre de l'invitation, devait tenir compte d'une exigence semblable énoncée dans une autre offre à commandes portant sur la possession de 250 unités et si cette exigence supplémentaire impliquait que Plaggenborg aurait dû avoir en sa possession un total combiné de 500 unités.

Sur la question de savoir si le fournisseur doit avoir en sa possession 250 unités ou 500 unités, le Tribunal conclut que les exigences du marché public doivent être considérées par elles-mêmes et que les exigences d'un autre marché public ne sont pas pertinentes. Le Tribunal prend note du fait que ce marché public était destiné à la BFC Gagetown pour son propre compte, tandis que l'autre marché public était destiné à d'autres unités des Forces canadiennes et de l'OTAN à la BFC Gagetown. De l'avis du Tribunal, il est tout à fait raisonnable d'avoir deux contrats distincts. Par conséquent, le Tribunal estime que l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification porte sur un minimum de 250 unités.

En ce qui concerne la signification de l'exigence portant sur la « possession » énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification, le Tribunal fait observer que c'est l'entrepreneur et non le soumissionnaire qui doit avoir le nombre d'unités requis en sa possession, et qu'il y aura une inspection avant l'adjudication du contrat.

De l'avis du Tribunal, pour satisfaire à l'exigence portant sur la « possession » énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification, l'entrepreneur doit pouvoir contrôler l'allocation des unités au marché public si le contrat est adjugé. Les moyens qu'il se donne pour respecter cette exigence comprennent **entre autres** d'être propriétaire des unités. Le Tribunal est d'avis qu'il existe d'autres moyens de satisfaire à l'exigence portant sur la « possession » au sens du dictionnaire, et que ces moyens peuvent comprendre les accords de location et une offre d'achat acceptée.

Dans la présente affaire, il a été établi qu'avant la délivrance de l'offre à commandes, le MDN a vérifié que Plaggenborg avait conclu avec A1 un accord de location qui lui permettait de satisfaire à l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification. En plus de cet accord de location, Plaggenborg a confirmé qu'A1 avait obtenu une source fiable d'unités qu'elle pouvait également utiliser afin de respecter son contrat de location avec Plaggenborg. Le MDN a informé TPSGC de ces accords avant de délivrer l'offre à commandes à Plaggenborg, le soumissionnaire conforme le moins disant.

Eu égard au fait que l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification concerne l'entrepreneur plutôt que le soumissionnaire, le Tribunal est d'avis que, dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire de développer cette distinction. De l'avis du Tribunal, la discussion précédente a montré que Plaggenborg, en tant que soumissionnaire et fournisseur éventuel, avait fait la preuve de sa conformité à l'exigence, avant même que ne lui soit délivrée l'offre à commandes. À la suite de la décision de délivrer une offre à commandes à Plaggenborg, une lettre confidentielle du MDN à TPSGC a confirmé que Plaggenborg avait le nombre d'unités requis pour satisfaire aux exigences du marché public.

Le Tribunal est conscient du fait que le libellé de l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification peut donner lieu à une interprétation douteuse et que c'est peut-être ce qui a donné lieu à la plainte concernant le respect des exigences. En effet, le MDN a dû vérifier si Plaggenborg pouvait satisfaire à l'exigence énoncée à la section 14.1.1, et les éléments de preuve confidentiels établissant la conformité ont été versés au RIF par le truchement de la procédure de plainte du Tribunal. Certains éléments de preuve n'ont été fournis à TPSGC qu'à la suite des objections initiales de Ready John à TPSGC et après que TPSGC a demandé confirmation que Plaggenborg avait le « **droit reconnu par la loi de prendre possession de suffisamment d'unités** pour satisfaire aux exigences des deux offres à commandes » [traduction]. Ce libellé est différent de celui utilisé dans la section 14.1.1.

À la suite de la décision d'adjuger le contrat à Plaggenborg, une lettre confidentielle du MDN à TPSGC a confirmé que Plaggenborg avait le nombre d'unités nécessaire pour satisfaire aux exigences du marché public.

De plus, Plaggenborg a envoyé son contrat de location avec A1 et la lettre de confirmation de son fournisseur à TPSGC qui demandait confirmation que Plaggenborg aurait le « droit reconnu par la loi de prendre possession de suffisamment d'unités pour satisfaire aux exigences des deux offres à commandes » à la suite de la délivrance de l'offre à commandes dans la présente affaire.

Étant donné le manque de clarté dans la rédaction des exigences et en raison du fait que la preuve de la capacité de se conformer à l'exigence énoncée à la section 14.1.1 de la Spécification a été obtenue après

la délivrance de l'offre à commandes, le Tribunal est d'avis que chaque partie devra assumer ses propres frais en l'espèce.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Meriel V.M. Bradford

Meriel V.M. Bradford

Membre président