



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2007-053 et
PR-2007-054

Serco Facilities Management Inc.

c.

Construction de Défense Canada

*Décision et motifs rendus
le mardi 18 décembre 2007*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	1
ANALYSE DU TRIBUNAL	2
MESURE CORRECTIVE.....	8
Frais	9
DÉCISION DU TRIBUNAL	9

EU ÉGARD À deux plaintes déposées par Serco Facilities Management 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 À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**SERCO FACILITIES MANAGEMENT INC.****Partie plaignante****ET****CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA****Institution fédérale****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 les plaintes sont fondées.

Aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Serco Facilities Management Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions pour les invitations n^{os} GB18826 et GB18829. Serco Facilities Management Inc. doit déposer auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, dans les 30 jours de la date de la présente décision, un exposé sur le montant des frais qu'elle a engagés. Construction de Défense Canada aura alors 7 jours ouvrables après réception de cet exposé pour y répondre. Serco Facilities Management Inc. aura ensuite 5 jours ouvrables après réception de l'exposé déposé en réponse pour présenter tout autre exposé supplémentaire. Les parties sont tenues de présenter leurs exposés en même temps 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 Serco Facilities Management Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement des plaintes, ces frais devant être payés par Construction de Défense Canada. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 2 400 \$. 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'indemnisation,

elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

Membre du Tribunal : Ellen Fry, membre président

Directeur : Randolph W. Heggart

Enquêteur principal : Michael W. Morden

Conseiller juridique pour le Tribunal : Alain Xatruch

Partie plaignante : Serco Facilities Management Inc.

Conseillers juridiques pour la partie plaignante : Ronald D. Lunau
Catherine Beaudoin

Institution fédérale : Construction de Défence Canada

Conseiller juridique pour l'institution fédérale : David M. Attwater

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7

Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. Le 19 septembre 2007, Serco Facilities Management Inc. (Serco) a déposé deux plaintes 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*¹. Les plaintes portaient sur des marchés publics (invitation n^{os} GB18826 et GB18829) passés par Construction de Défense Canada (CDC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour des services de construction. Serco a demandé que l'information qu'elle avait précédemment déposée auprès du Tribunal, dans le dossier n^o PR-2007-030, fasse partie desdites plaintes.

2. Serco a allégué que CDC avait indûment rejeté les soumissions qu'elle avait présentées en réponse aux invitations susmentionnées.

3. Le 25 septembre 2007, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur les plaintes puisqu'elles répondaient aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Étant donné qu'il s'agissait des mêmes motifs de plainte et que les invitations étaient étroitement liées, le Tribunal a décidé de joindre les deux procédures conformément à la règle 6.1 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 26 octobre 2007, CDC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) portant sur les deux plaintes. Le 7 novembre 2007, Serco a déposé ses observations sur le RIF.

4. Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le bien-fondé des plaintes, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur les plaintes sur la foi des documents au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

5. Les invitations à soumissionner dont il est question dans les plaintes concernaient le remplacement de fenêtres dans le bâtiment 564 (invitation n^o GB18826) et des rénovations au bâtiment 271A (invitation n^o GB18829) de la Base des Forces canadiennes Goose Bay. L'invitation n^o GB18826 a été diffusée par l'intermédiaire du MERX⁴ le 22 juin 2007 et elle a pris fin le 12 juillet 2007. L'invitation n^o GB18829 a été diffusée par l'intermédiaire du MERX le 29 juin 2007 et elle a pris fin le 17 juillet 2007.

6. Le 12 juillet 2007, les résultats des soumissions en réponse à l'invitation n^o GB18826 ont été rendus publics et la soumission de Serco étant celle qui présentait le prix le plus bas. Le 18 juillet 2007, CDC a demandé à Serco de lui fournir des explications sur ses signataires autorisés et si elle avait reçu et tenu compte, dans sa proposition, des deux modifications qui avaient été diffusées. Le 18 juillet 2007, Serco a répondu aux questions de CDC et a fourni les renseignements requis. Le 24 juillet 2007, Serco a demandé un rapport de situation à CDC.

7. Le 27 juillet 2007, CDC a informé Serco des faits suivants : « l'adjudication du marché à Serco mettrait clairement Serco en conflit d'intérêts puisque Serco est également chargée de la préparation des dessins, du cahier des charges, de l'estimation et des services à l'étape de construction pour les deux

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].
2. D.O.R.S. /93-602 [*Règlement*].
3. D.O.R.S./91-499.
4. Service électronique d'appel d'offres du Canada.

projets » [traduction]. CDC a indiqué que Serco avait déjà conclu un marché avec le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) (invitation n° W0153-01FF70/001/ZH), aux termes duquel Serco devait fournir à CDC une aide dans le cas où des travaux devaient faire l'objet d'une soumission. CDC a informé Serco que, pour les projets à venir, y compris l'invitation n° GB18829 pour laquelle Serco avait participé à la préparation des projets, elle n'accepterait aucune soumission de la part de Serco.

8. Le 31 juillet 2007, Serco s'est opposée à la décision de CDC au sujet du « conflit d'intérêts » et a demandé à CDC de lui indiquer une clause ou une référence qui interdisait à Serco de soumissionner aux invitations en cause ou à tout autre marché à venir.

9. Le 13 août 2007, Serco a déposé une plainte auprès du Tribunal (dossier n° PR-2007-030) alléguant que CDC avait indûment rejeté ses propositions. Le 14 août 2007, le Tribunal a déterminé que la plainte de Serco était prématurée puisque CDC n'avait pas encore répondu à l'objection de Serco.

10. Le 5 septembre 2007, Serco a reçu une télécopie datée du 4 septembre 2007 dans laquelle CDC l'informait qu'elle avait confirmé auprès de TPSGC que Serco était le responsable de la conception du projet en question (invitation n° GB18826) du MDN et que son rôle consistait à revoir les dessins d'atelier, à faire des inspections et à dispenser une aide pendant la transition. Selon CDC, cela signifiait que Serco, si les marchés lui étaient adjugés, non seulement exécuterait les travaux, mais serait en plus responsable de la supervision et de l'inspection du projet. CDC a ajouté que l'adjudication d'un marché à tout entrepreneur qui est l'ingénieur-concepteur officiel connu et qui, de ce fait, possède une connaissance plus détaillée des exigences du projet serait également injuste pour les autres fournisseurs potentiels. Pour ces raisons, CDC a confirmé qu'à l'avenir, elle n'accepterait pas de soumissions de la part de Serco si celle-ci avait participé directement à la conception ou à l'inspection des travaux.

11. Le 19 septembre 2007, Serco a déposé ses plaintes auprès du Tribunal.

ANALYSE DU TRIBUNAL

12. 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. De plus, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. En outre, l'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents, en l'occurrence l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵.

13. Concernant l'évaluation des propositions, le paragraphe 506(6) de l'*ACI* porte ce qui suit :

[...] Les 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.

14. Serco a fait valoir qu'elle subissait un préjudice du fait que CDC avait appliqué après le fait des critères qui n'avaient pas été publiés dans les documents d'invitation, même si CDC connaissait déjà tous les faits pertinents entourant Serco au moment où les documents d'invitation ont été préparés. Serco a prétendu que le RIF⁶ indique manifestement que CDC a été amenée à agir de la sorte parce qu'un des concurrents de Serco l'a menacée par lettre de poursuites judiciaires après la publication des résultats de l'invitation n° GB18826.

5. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

6. RIF au para. 46.

15. Serco a fait valoir qu'aucune modalité de son contrat actuel avec TPSGC ni des invitations en cause ne lui interdisait de soumissionner auxdits marchés. Selon Serco, en l'absence d'interdiction expresse dans son contrat ou dans les documents d'invitation, Serco ne pouvait être écartée sur la foi d'un prétendu conflit d'intérêts.

16. Serco a fait valoir que le Tribunal avait examiné un cas similaire, à savoir *Dollco Printing (Dollco Corporation)*⁷ (Dollco), où le ministère du Patrimoine canadien (PC) avait élaboré une demande pour un arrangement en matière d'approvisionnement (DAMA) en retenant les services d'un fournisseur externe qui ne travaillait pas pour Dollco à l'époque de l'exécution des travaux, mais qui travaillait pour Dollco au moment de la présentation des soumissions. Serco a cité les passages suivants de la décision du Tribunal concernant la non-insertion d'une clause sur les conflits d'intérêts, comme on peut en trouver dans le *Guide des clauses et des conditions uniformisées d'achat* de TPSGC :

Parce que PC n'a pas intégré la clause susmentionnée, ni de formulation semblable, à la DAMA, les fournisseurs ne pouvaient pas savoir ce que PC considérait comme un conflit d'intérêts. En l'absence de toute définition de conflit d'intérêts dans les documents de l'appel d'offres, il est impossible pour le Tribunal de déterminer quelle était l'intention de PC en ce qui concerne un conflit d'intérêts au moment où la DAMA a été diffusée.

[...]

Le Tribunal conclut que la décision de PC de rejeter la soumission de Dollco ne reposait pas sur le libellé de la DAMA ni sur aucune disposition précise de l'ACI. La décision de PC était plutôt fondée sur un critère qui n'était pas clairement indiqué dans les documents d'appel d'offres et contrevenait donc au paragraphe 506(6) de l'ACI. Le Tribunal est d'avis qu'il aurait fallu que toutes les conséquences d'un éventuel conflit d'intérêts ainsi que la définition de ce qui constituait un conflit d'intérêts soient incluses dans la DAMA pour que PC puisse légitimement rejeter la soumission de Dollco. Le Tribunal est également d'avis que, si PC avait cru à l'existence d'un possible conflit d'intérêts, il aurait pu corriger l'absence de clauses relatives au conflit d'intérêts en annulant le marché public et en diffusant une nouvelle invitation à soumissionner qui aurait comporté la clause appropriée.

[...]

[Soulignement ajouté par Serco]

17. Serco a fait valoir que CDC, qui était nécessairement au courant du conflit d'intérêts dont elle allègue maintenant l'existence, n'a rien fait, au moment de préparer les documents d'invitation, pour y inclure des dispositions relatives aux conflits d'intérêts qui auraient empêché Serco de participer à l'invitation. Elle a fait valoir que si CDC avait cru que Serco était en conflit d'intérêts, elle :

- aurait inséré dans les invitations des clauses relatives aux conflits d'intérêts;
- aurait soulevé la question des conflits d'intérêts auprès de Serco dès réception des soumissions de celle-ci;
- n'aurait ouvert aucune des soumissions de Serco;
- n'aurait pas affiché les résultats de l'invitation dans lesquels figurait la soumission de Serco à l'invitation n° GB18826.

7. *Re plainte déposée par Dollco Printing (Dollco Corporation)* (5 août 2003), PR-2003-016 (TCCE).

18. Serco a prétendu que tous les soumissionnaires avaient eu accès aux mêmes dessins et cahier des charges et que personne, ni même CDC, n'avait allégué que les dessins étaient inexacts ou trompeurs ou qu'ils ne présentaient pas suffisamment d'information aux fins de la soumission. Quant à l'argument de CDC selon lequel les autres soumissionnaires avaient subi un préjudice parce qu'ils s'étaient fiés aux estimations de coût de Serco pour établir les prix dans leurs propositions, Serco a prétendu que l'écart de plus de 100 000 \$ entre le plus élevé et le moins élevé des prix dans le cadre de l'invitation n° GB18826 et le fait que tous les soumissionnaires, Serco y compris, avaient dépassé l'estimation pour l'invitation n° GB18829 n'appuyaient pas cette conclusion.

19. Serco a réfuté l'argument de CDC voulant qu'elle ne s'attendait raisonnablement pas à ce que ses propositions soient acceptées. Elle a fait valoir qu'elle ne consacrerait pas de ressources à la préparation de soumissions pour lesquelles elle ne s'attendait raisonnablement pas de remporter le contrat. Selon Serco, les faits démontrent que CDC n'avait elle-même jugé qu'il y avait matière à conflit d'intérêts qu'après la publication des résultats de l'invitation n° GB18826 et la menace d'une poursuite de la part d'un concurrent rejeté.

20. Concernant les trois affaires, à savoir *Averna Technologies Inc.*⁸, *Spacesaver Corporation*⁹ et *Calian Ltd.*¹⁰, qui, selon CDC, appuyaient sa position en l'espèce, Serco a prétendu que, pour ce qui est de *Averna Technologies Inc.*, la demande de propositions renfermait une clause particulière au sujet des conflits d'intérêts possibles et de leurs conséquences pour le soumissionnaire (c'est-à-dire le rejet de sa proposition) s'il était trouvé en conflit d'intérêts. Serco a prétendu que son cas est fort différent de celui de *Spacesaver Corporation*, Serco ayant présenté les soumissions les plus basses. Concernant *Spacesaver Corporation*, la soumission de la partie plaignante avait été jugée non conforme et TPSGC avait proposé une indemnisation plutôt que le dépôt d'un RIF, et n'avait donc présenté aucune défense contre la plainte, et aucune décision n'avait été prise quant au bien-fondé de la plainte. Pour ce qui est de *Calian Ltd.*, Serco a prétendu que cette affaire était différente puisque le conflit d'intérêts avait été imputé à des membres des Forces canadiennes (c'est-à-dire du gouvernement). Serco a fait valoir que les accords commerciaux ont pour objet de régler la conduite du gouvernement et non pas d'entités privées comme elle.

21. Compte tenu de ce qui précède, Serco a demandé au Tribunal d'accepter ses plaintes et d'ordonner à CDC d'évaluer les soumissions comme l'indiquent les invitations respectives ou, subsidiairement, qu'on lui verse une indemnisation pour les profits qu'elle a perdus ou pour l'occasion de profit qui lui a été retirée, ou pour les frais qu'elle a engagés dans la préparation des soumissions. Elle a aussi demandé qu'on lui rembourse les frais de présentation de ses plaintes auprès du Tribunal.

22. CDC a prétendu qu'elle avait un pouvoir implicite, voire exprès, de rejeter les propositions de Serco puisque faire autrement contreviendrait aux dispositions de non-discrimination de l'ACI, plus précisément aux articles 501 et 504, qui portent ce qui suit :

Article 501 : Objet

Conformément aux principes énoncés au paragraphe 101(3) (Principes convenus) et à leurs modalités d'application énoncées au paragraphe 101(4), le présent chapitre vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficacité.

8. *Re plainte déposée par Averna Technologies Inc.* (13 février 2006), PR-2005-035 (TCCE).

9. *Re plainte déposée par Spacesaver Corporation* (11 janvier 1999), PR-98-028 (TCCE).

10. *Re plainte déposée par Calian Ltd.* (21 juillet 2006), PR-2006-008 (TCCE).

Article 504 : Non-discrimination réciproque

1. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), en ce qui concerne les mesures visées par le présent chapitre, chaque Partie accorde :

- a) aux produits et aux services des autres Parties, y compris aux produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres produits et services;
- b) aux fournisseurs de produits et de services des autres Parties, y compris aux produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres fournisseurs de tels produits et services.

2. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), le paragraphe 1 a pour effet d'interdire au gouvernement fédéral d'exercer de la discrimination :

- a) entre les produits ou services d'une province ou d'une région, y compris entre ceux inclus dans les marchés de construction, et les produits ou services d'une autre province ou région;
- b) entre les fournisseurs de tels produits ou services d'une province ou d'une région et les fournisseurs d'une autre province ou région.

[...]

23. CDC a prétendu que Serco était en conflit d'intérêts et que son exclusion des invitations n^{os} GB18826 et GB18829 était nécessaire pour protéger l'intégrité desdites invitations. Comme l'a aussi prétendu CDC, la Cour d'appel fédérale a statué que l'*ACI* devait être interprété d'une manière qui soit compatible avec l'obligation d'agir avec équité qui est imposée par la common law à la procédure d'adjudication des marchés publics fédéraux et que la simple crainte de partialité constituait une infraction à l'obligation d'agir avec équité et, du même coup, à l'*ACI*¹¹.

24. CDC a fait valoir que Serco avait été chargée d'estimer les valeurs contractuelles des invitations n^{os} GB18826 et GB18829 et que la connaissance qu'elle avait des coûts détaillés et l'information qu'elle avait obtenue pendant les étapes de conception et d'ingénierie des travaux lui accordaient un avantage net et injuste par rapport aux autres soumissionnaires. Selon CDC, dans le cas de l'invitation n^o GB18826, il est évident que les autres soumissionnaires, dont les prix s'échelonnent entre 194 300 \$ et 297 500 \$, se sont fiés à l'estimation de 221 000 \$ de Serco au moment d'établir la valeur de leur proposition respective, alors que Serco indiquait dans sa proposition un prix de 177 975 \$. Pour ce qui est de l'invitation n^o GB18829, CDC a indiqué que Serco avait estimé les travaux à 130 000 \$, que sa soumission était de 149 000 \$ et que les propositions des autres soumissionnaires s'échelonnaient entre 159 958 \$ et 194 000 \$.

25. CDC a fait état de trois décisions antérieures du Tribunal qui, selon elle, appuyaient ses arguments de conflit d'intérêts de la part de Serco et la soutenaient dans sa décision de rejeter les propositions de Serco : *Averna Technologies Inc.*, où le Tribunal a statué que la proposition d'un soumissionnaire aurait dû être exclue après qu'il fut révélé que ce soumissionnaire avait aidé à préparer la DP; *Spacesaver Corporation*, où le Tribunal a statué que le gouvernement n'avait pas appliqué ses procédures de passation de marché de façon non discriminatoire lorsqu'il avait embauché un consultant (qui avait eu des liens avec le soumissionnaire retenu) pour l'aider à préparer le cahier des charges; et *Calian Ltd.* CDC a fait valoir que si un lien antérieur entre une partie chargée de préparer le cahier des charges d'un appel d'offres et un soumissionnaire crée une discrimination, il y a alors aussi, *a fortiori*, discrimination si l'on autorise la partie ayant préparé le cahier des charges à soumissionner à l'invitation en question. Dans le cas de *Calian Ltd.*,

11. *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2000), 264 N.R. 49, 26 Admin. L.R. (3d) 30 au para. 23.

toujours selon les allégations de CDC, le Tribunal avait décrété que des circonstances donnant lieu à un conflit d'intérêts, voire à une apparence de conflit d'intérêts, constituaient une infraction à l'article 504 de l'*ACI*. CDC a aussi prétendu que les documents d'invitation dans l'affaire *Calian Ltd.* ne comportaient expressément aucune disposition interdisant les conflits d'intérêts.

26. CDC a indiqué que la clause 6.1 des Instructions aux soumissionnaires dans les invitations n^{os} GB18826 et GB18829 porte ce qui suit :

Construction de Défense (1951) Limitée n'acceptera pas nécessairement la soumission la plus basse ni aucune autre soumission.

[Traduction]

27. CDC a prétendu que, par cette clause, tous les soumissionnaires savaient qu'elle se réservait le droit de rejeter toute soumission. Elle a allégué que, eu égard au conflit d'intérêts évident et à l'existence de cette clause, Serco ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce que ses propositions soient acceptées par CDC.

28. De plus, CDC a allégué que le Tribunal ne devait pas s'opposer à sa décision à moins qu'il ne trouve sa décision déraisonnable sur la foi des éléments de preuve ou d'autres renseignements jugés authentiques. CDC a fait valoir que, au moment d'examiner le caractère raisonnable des décisions d'une autorité contractante, le Tribunal doit tenir compte de l'information à la disposition de ladite autorité et savoir si elle peut ou non appuyer raisonnablement ses décisions. Se reportant à l'affaire *Northern Lights Aerobatic Team, Inc.*, CDC a indiqué que le Tribunal avait statué qu'il n'interviendrait que si l'évaluation était déraisonnable¹² et aussi que, en citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*¹³, le Tribunal avait aussi expliqué qu'une décision est raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de l'organisme de révision¹⁴.

29. Sur la foi des arguments précédents, CDC a allégué que les plaintes de Serco devraient être rejetées et que CDC devrait se faire rembourser ses frais. Elle a prétendu que, si la plainte est acceptée, et eu égard au conflit d'intérêts évident, Serco ne devrait pas faire l'objet d'une « recommandation de mesure corrective » ni être remboursée ni dédommée des frais de la plainte ou des frais qu'elle a engagés pour la préparation de ses soumissions. Compte tenu de l'avancement des travaux exécutés aux termes des marchés, CDC a aussi allégué qu'il serait inapproprié pour le Tribunal de recommander la résiliation desdits marchés et leur réadjudication à Serco. Pour protéger l'intégrité des invitations et eu égard à ses plus vastes intérêts à titre d'autorité contractante, CDC a indiqué qu'elle n'attribuerait pas les marchés à Serco.

30. Les faits pertinents suivants ne sont pas en litige :

- Selon son contrat avec TPSGC, Serco a aidé le MDN à préparer les dessins, le cahier des charges et l'estimation de la valeur du marché des deux invitations.
- Selon son contrat avec TPSGC, Serco pouvait, à titre de représentante du MDN, superviser les travaux en question et fournir d'autres services d'administration de marché.

12. *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au para. 51.

13. [2003] 1 R.C.S. 247 au para. 55.

14. *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au para. 52.

- Serco a soumissionné aux deux invitations et, au départ, au moins une de ses soumissions (pour l'invitation n° GB18826) a été traitée comme toutes les autres soumissions. Ceci est démontré par le fait que Serco a figuré, le 12 juillet 2007, sur la liste des résultats de l'invitation à titre de soumissionnaire le plus bas et par le fait que, le 18 juillet 2007, CDC a demandé des éclaircissements à Serco au sujet de sa soumission.
- Un autre soumissionnaire a porté plainte à CDC au sujet de la participation de Serco, alléguant que, selon lui, Serco était en conflit d'intérêts.
- Serco a par la suite été informée que ses soumissions ne seraient pas examinées.
- Ni l'une ni l'autre des parties n'a pu indiquer au Tribunal une clause quelconque dans l'une ou l'autre des invitations en question ou dans le contrat conclu avec TPSGC qui traite précisément de ce genre de situation.

31. Le Tribunal est d'avis que le rôle joué par Serco dans la préparation des invitations et le rôle de supervision qu'on s'attendait qu'elle joue dans l'administration du contrat auraient à tout le moins suscité une crainte raisonnable de partialité chez CDC au moment de l'évaluation des soumissions. Un soumissionnaire qui aurait déposé une plainte en temps opportun aurait bien pu avoir un motif valide devant le Tribunal.

32. Cependant, étant une entité gouvernementale assujettie à l'ACI, CDC est tenue de se conformer aux exigences de l'ACI à l'intention de *tous* les soumissionnaires, y compris, dans ce cas, Serco. Le paragraphe 506(6) de l'ACI obligeait CDC à « [...] 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 ». Comme indiqué plus haut et convenu par les deux parties, les documents d'invitation ne renfermaient aucune disposition particulière précisant qu'une entreprise dans la situation de Serco ne pouvait être le soumissionnaire retenu.

33. Le Tribunal n'est pas d'avis que CDC a une raison fondée d'exclure Serco par le recours à la clause générale portant que la soumission la plus basse ou aucune autre soumission ne sera pas nécessairement acceptée. Si cette clause était interprétée comme l'a fait CDC dans son argumentation, le Tribunal y verrait un pouvoir quasi illimité pour CDC de rejeter une invitation pour des motifs contradictoires aux dispositions des accords commerciaux. Le Tribunal ne croit pas que l'on puisse raisonnablement interpréter les dispositions de la *Loi sur le TCCE* et du *Règlement* comme donnant à CDC une telle latitude pour contourner les exigences de l'ACI. Selon le Tribunal, une telle clause doit s'interpréter comme donnant à CDC le pouvoir d'annuler un appel d'offres plutôt que d'exclure un soumissionnaire particulier d'une façon qui contrevient aux exigences de l'ACI.

34. En conséquence, le Tribunal conclut que la décision de CDC d'exclure Serco était fondée sur des critères qui n'étaient pas clairement indiqués dans les documents d'invitation et qu'elle contrevient donc à l'article 505(6) de l'ACI. Pour ces raisons, le Tribunal conclut que les plaintes sont fondées.

35. Le Tribunal fait remarquer que, dans les circonstances en l'espèce, CDC s'est mise dans une situation où il aurait bien pu lui être impossible de respecter les exigences de l'ACI pour l'ensemble des soumissionnaires. Cependant, le Tribunal est d'avis que CDC aurait pu éviter cette situation de deux façons : a) en indiquant clairement dans les documents d'invitation qu'une entreprise dans la situation de Serco n'était pas admissible à soumissionner ou b) en annulant les invitations lorsqu'on lui a appris la situation de Serco et, par la suite, en présentant une nouvelle invitation après avoir ajouté une clause appropriée dans les documents d'invitation.

MESURE CORRECTIVE

36. Jugeant les plaintes fondées, le Tribunal doit maintenant recommander un redressement approprié du préjudice causé à Serco.

37. Pour recommander une mesure, le Tribunal doit tenir compte des paragraphes 30.15(2), 30.15(3) et 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, qui portent ce qui suit :

2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;
- d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;
- e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;
- c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- d) la bonne foi des parties;
- e) le degré d'exécution du contrat.

4) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, accorder au plaignant le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres.

38. Le Tribunal fait observer que ni l'une ni l'autre des parties n'a allégué que l'autre avait agi de mauvaise foi et qu'aucun élément de preuve n'indique que cela s'est produit. Selon le Tribunal, il est clair qu'une lacune a entaché le processus de passation de marché et que Serco a subi un préjudice. Pour cette raison, le Tribunal est d'avis que, même si CDC tentait de préserver l'intégrité du processus, elle l'a fait d'une façon non appropriée et on peut effectivement lui reprocher d'avoir compromis cette intégrité en omettant d'inclure dans les documents d'invitation des clauses appropriées relatives aux conflits d'intérêts.

39. Compte tenu des considérations normales d'ordre commercial, il est très peu probable que Serco aurait affecté des ressources à la préparation et à la présentation de soumissions si elle avait su qu'elles n'auraient pas été examinées. Comme indiqué plus haut, le Tribunal est d'avis que rien dans les documents d'invitation n'amenait Serco à s'attendre qu'elle soit exclue.

40. Malgré ce qui précède, le Tribunal croit également que les considérations normales d'ordre commercial auraient raisonnablement dû amener Serco à savoir qu'il était très possible qu'une entreprise dans sa situation ne remporte pas le contrat en question. Par conséquent, le Tribunal ne recommandera aucune indemnisation pour perte de profits ou occasion perdue. Cependant, désirant remettre Serco dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle avait su qu'elle ne pouvait participer aux invitations, et conformément au paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Serco le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés dans la préparation de ses propositions. Les deux parties auraient avantage à utiliser les *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public (novembre 1999)* du Tribunal pour formuler par écrit leur exposé respectif.

Frais

41. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Serco le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement des plaintes.

42. La *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*) fait reposer le 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. L'indication provisoire du degré de complexité de la plainte donnée par le Tribunal, le degré 2. La complexité des marchés publics était moyenne, car ils portaient sur un projet de service défini pour des services de construction et d'entretien. La complexité des plaintes était aussi moyenne, car la question était complexe et les circonstances, inhabituelles. La complexité de la procédure était faible, étant donné qu'il n'y avait aucune partie intervenante, aucune requête et aucune nécessité de tenir une audience publique. Par conséquent, comme le prévoit la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du montant de l'indemnisation accordée par le Tribunal est de 2 400 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

43. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes sont fondées.

44. Aux termes du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Serco le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation de ses propositions pour les invitations n^{os} GB18826 et GB18829. Serco doit déposer auprès du Tribunal, dans les 30 jours de la date de la présente décision, un exposé sur le montant des frais qu'elle a engagés. CDC aura alors 7 jours ouvrables après réception de cet exposé pour déposer un exposé en réponse. Serco aura ensuite 5 jours ouvrables après réception de l'exposé déposé en réponse pour présenter tout autre exposé supplémentaire. Les parties sont tenues de présenter leurs exposés en même temps au Tribunal et à l'autre partie.

45. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Serco le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement des plaintes, ces frais devant être payés par CDC. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donnée par le Tribunal est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 2 400 \$. 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'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président