



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2009-039

6979611 Canada Inc.

*Décision prise
le mardi 18 août 2009*

*Décision et motifs rendus
le lundi 31 août 2009*

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 (4^e supp.), c. 47

PAR

6979611 CANADA INC.

CONTRE

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

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

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. La plainte porte sur deux processus de passation de marchés, le projet 5225-2-2007-5 (projet 1) et le projet 5225-2-2009-2 (projet 2), passés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour la location de locaux à bureaux à Gatineau (Québec). Les projets étaient divisés en trois phases. Au cours de la première phase, TPSGC a émis un appel d'intérêt (AI), par lequel il cherchait à obtenir des renseignements de fournisseurs au sujet de la construction et de la location d'édifices dans un certain secteur de Gatineau et de certaines exigences en général. Au cours de la seconde phase, celle de la sélection des fournisseurs invités à soumissionner, TPSGC a fourni aux fournisseurs une liste d'exigences beaucoup plus détaillée au sujet des locaux à louer (les spécifications sur le plan architectural, mécanique, électrique et des télécommunications ainsi que d'autres exigences en matière de logistique et de construction). Les fournisseurs devaient ensuite soumettre une demande de qualification (DDQ) qui comprenait un plan détaillé respectant toutes les exigences de la seconde phase. Au cours de la troisième phase, celle de l'offre irrévocable de location, les soumissionnaires qui respectaient ou excédaient les critères d'évaluation obligatoires de la deuxième phase étaient invités à soumettre une offre irrévocable de location, laquelle donnait en détail, entre autres, les prix associés à la proposition du fournisseur. Comme discuté plus en détail ci-dessous, la procédure d'appel d'offres concernant le projet 1, qui en était rendu à la troisième phase, a été annulée le 28 novembre 2008. Par la suite, TPSGC a lancé une nouvelle procédure d'appel d'offres (projet 2) lorsqu'il a émis un AI le 23 février 2009 et a débuté la seconde phase en publiant, le 2 juillet 2009, une invitation aux fournisseurs à soumissionner.

3. 6979611 Canada Inc.³ (GDC) allègue avoir été traitée d'une façon injuste lorsque son offre irrévocable de location dans le cadre du projet 1 a été refusée et que la procédure d'appel d'offres dans le cadre du projet 2 a été structurée de façon à la désavantager directement. Plus particulièrement, GDC allègue que TPSGC a omis de lui accorder un traitement juste et a contrevenu à diverses dispositions des accords commerciaux :

1. en rejetant l'offre irrévocable de location de GDC dans le cadre du projet 1 en raison d'un critère erroné se rapportant à un « rapport d'étude de marché » qui n'était pas indiqué dans la documentation de l'appel d'offres;
2. en rejetant l'offre irrévocable de location de GDC dans le cadre du projet 1 en raison de spécifications techniques ayant trait à la forme plutôt qu'à la substance et à la validité d'une lettre de crédit de soutien irrévocable;

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Selon la plainte, 6979611 Canada Inc. est la société remplaçante de GDC Gatineau Development Corporation/Corporation Développement GDC Gatineau, à la suite d'une amalgamation horizontale en vigueur depuis le 14 août 2009. Le prédécesseur de 6979611 Canada Inc., GDC Gatineau Development Corporation/Corporation Développement GDC Gatineau, a soumissionné dans le cadre du projet 1 et a soumis une réponse à l'AI dans le cadre du projet 2.

3. en rejetant l'offre irrévocable de location de GDC dans le cadre du projet 1 en raison de critères d'évaluation non compris dans la documentation de l'appel d'offres ayant trait à la preuve d'autorisation de mettre l'offre à exécution;
4. en refusant d'adjuger à GDC le contrat dans le cadre du projet 1 quand son offre irrévocable de location était jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation contenus dans la documentation de l'appel d'offres;
5. en divulguant l'offre de location de GDC dans le cadre du projet 1 au dossier public du recours en révision judiciaire entamé par GDC concernant l'annulation de cette invitation;
6. en refusant d'accorder à GDC une réunion d'information sur la notation qu'elle a obtenue dans le cadre du projet 1 même si une telle réunion d'information a été accordée à au moins un des concurrents de GDC;
7. en omettant d'accorder un traitement juste et impartial à GDC en la désavantageant par la restructuration du projet 2 en supprimant un élément important pour lequel GDC avait obtenu la meilleure note lors de la première invitation.

4. Le Tribunal fait remarquer que la plupart de ces allégations concernent le projet 1. Toutefois, GDC soutient que TPSGC l'a mise dans une situation concurrentielle désavantageuse dans le cadre du projet 2 suite aux actions résumées dans les allégations 5, 6 et 7.

5. Puisque le projet 1 est maintenant annulé et qu'aucun contrat ne sera adjugé par suite de cette invitation, une question qui se pose par rapport aux motifs de plainte ayant trait à ce projet est de déterminer si ces motifs concernent un « contrat spécifique » comme le prévoit l'article 7 du *Règlement*. Toutefois, le Tribunal applique habituellement les articles 6 et 7 de façon consécutive⁴. Par conséquent, il déterminera premièrement si la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 avant d'examiner, si nécessaire, les autres conditions préalables à l'ouverture d'une enquête qui figurent à l'article 7.

6. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui dépose 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 ». Le paragraphe 6(2) 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 ».

7. Autrement dit, une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle a pris connaissance des faits à l'origine de l'opposition, 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, la partie plaignante peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables où elle a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation par l'institution fédérale.

4. *Re plainte déposée par Augusta Westland International Limited* (24 novembre 2004), PR-2004-041 (TCCE).

8. Selon la plainte, l'AI dans le cadre du projet 1 était publié sur MERX⁵ le 1^{er} juin 2007. GDC a répondu à l'AI. L'invitation aux fournisseurs à soumissionner dans le cadre du projet 1 était publiée le 23 avril 2008, et GDC soumettait sa DDQ le 26 juin 2008. Le 15 septembre 2008, TPSGC avisait GDC que sa DDQ avait obtenu une notation de 83 p. 100 et invitait GDC à présenter une offre irrévocable de location, ce que GDC faisait le 30 septembre 2008.

9. Le 28 novembre 2008, TPSGC avisait GDC qu'aucune proposition ne satisfaisait complètement l'exigence de la Couronne et que la procédure d'appel d'offres dans le cadre du projet 1 avait été annulée. TPSGC avisait aussi GDC qu'il s'attendait à lancer une nouvelle procédure d'appel d'offres à une date ultérieure. Le 2 décembre 2008, à la suite de la demande de GDC pour la tenue d'une réunion d'information, TPSGC avisait GDC qu'il ne la rencontrerait pas, mais lui fournissait une lettre exposant en détail les points de son offre irrévocable de location qui ne satisfaisaient pas aux exigences de TPSGC. La lettre affirmait que l'offre irrévocable de location de GDC :

- contenait un loyer annuel qui excédait la gamme des loyers du rapport d'étude de marché et qui excédait aussi le budget de TPSGC;
- ne contenait pas le crédit documentaire de soutien irrévocable requis en vigueur jusqu'au 31 août 2012, mais plutôt une lettre de crédit émise annuellement que la banque pourrait décider de ne pas renouveler;
- ne contenait pas la lettre de crédit requise assujettie aux Règles et usances (usages) uniformes relatives aux crédits documentaires, révision de 2007, publication n° 600 de la Chambre de commerce internationale, lors de l'invitation aux fournisseurs à soumissionner;
- ne contenait pas de règlement administratif n° 1 ou une résolution du conseil d'administration de GDC Gatineau Development Corporation/Corporation Développement GDC Gatineau dûment signé.

10. Le 4 décembre 2008, GDC répondait à la lettre de TPSGC en affirmant que :

- rien dans l'invitation aux fournisseurs à soumissionner ne faisait référence à un rapport d'étude de marché. De plus, il n'y avait aucun renseignement dans aucun des documents d'appel d'offres dans le cadre du projet 1 au sujet du budget de TPSGC ou d'une exigence que le loyer annuel se situe à l'intérieur de certaines limites;
- la lettre de crédit de soutien possédait la date d'expiration requise, soit le 31 août 2012, et était renouvelable automatiquement, sauf si la banque en avisait par écrit, auquel moment TPSGC pouvait retirer le plein montant en vertu de la lettre de crédit;
- puisqu'il a été fait référence à la publication n° 590 de la Chambre de commerce internationale, sa lettre de crédit de soutien excédait les exigences de TPSGC;
- il n'y avait aucune exigence dans l'invitation aux fournisseurs à soumissionner que le règlement administratif ou la résolution soit signé et que, étant donné les autres documents et renseignements fournis à TPSGC pendant le processus de passation du marché, il n'y avait aucune question par rapport à l'autorité des signataires de l'offre de mettre le projet à exécution.

11. Enfin, GDC a demandé à TPSGC de révoquer immédiatement l'annulation du processus de passation du marché dans le cadre du projet 1 et que les agents appropriés de TPSGC rencontrent GDC afin de lui fournir l'occasion de discuter des questions ci-dessus dans l'intention de donner suite au projet.

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

12. Le 11 décembre 2008, TPSGC répondait en citant des clauses de l'invitation aux fournisseurs à soumissionner qui lui permettaient a) de ne pas donner suite au processus de passation du marché ou b) de rejeter n'importe laquelle ou toutes les offres. Il citait aussi un passage de sa lettre à GDC datée du 15 septembre 2008 qui l'avisait que « [...] ce projet ne pourra aller de l'avant si le loyer offert ne peut être supporté par TPSGC. [...] » [traduction]. Il avisait qu'il maintenait sa décision d'annuler le processus de passation du marché et de lancer un nouvel appel d'offres.

13. Le Tribunal conclut que les motifs 1 à 4 de la plainte de GDC concernent exclusivement le projet 1 et sont liés spécifiquement à l'échange noté ci-dessus. Il considère que GDC a pris connaissance de ces motifs le 2 décembre 2008, quand TPSGC l'a avisée des raisons pour lesquelles son offre irrévocable de location n'avait pas été acceptée. Le Tribunal considère que la lettre de GDC datée du 4 décembre 2008 constitue son opposition aux raisons de TPSGC d'annuler l'appel d'offres. Il est clair pour le Tribunal que GDC recevait le refus de réparation, comme le prévoit le paragraphe 6(2) du *Règlement*, quand la lettre du 11 décembre 2008 de TPSGC affirmait qu'il maintenait sa décision d'annuler le processus de passation du marché. Pour que la plainte de GDC soit considérée avoir été déposée dans les délais prescrits, elle aurait dû être déposée dans les 10 jours ouvrables suivant la réception du refus de réparation, soit au plus tard le 29 décembre 2008. Puisque la plainte n'était pas déposée avant le 17 août 2009, le Tribunal conclut que ces motifs de plainte n'ont pas été déposés dans les délais prescrits et qu'ils ne feront pas l'objet d'une enquête.

14. En ce qui concerne le cinquième motif, selon la plainte, GDC entamait le 29 décembre 2008⁶ une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale ayant trait à la décision de TPSGC d'annuler le processus d'invitation. Le ou autour du 5 février 2009, TPSGC soumettait un certain nombre de documents à la Cour fédérale, y compris l'analyse financière de TPSGC de l'offre de GDC dans le cadre du projet 1. GDC allègue que cette divulgation l'a, en fait, exclue d'une participation juste et équitable à la procédure des marchés publics dans le cadre du projet 2, qui avait débuté le 23 février 2009 par l'émission de l'AI pour l'invitation n° 5225-2-2009-2. À la lumière de ces considérations, le Tribunal conclut que GDC a pris connaissance, ou aurait dû raisonnablement prendre connaissance, de la divulgation par TPSGC de ses renseignements financiers et, par conséquent, du fondement de ce motif de plainte au plus tard en février 2009. Cependant, c'est seulement le 15 juillet 2009 que GDC présentait une opposition à TPSGC au sujet qu'il ait divulgué des données financières dans le cadre de la procédure devant la Cour fédérale. Par conséquent, cette opposition n'a pas été présentée dans les 10 jours ouvrables prévus au paragraphe 6(2) du *Règlement*. Ainsi, le Tribunal conclut que le cinquième motif de plainte n'a pas été déposé dans les délais prescrits et qu'il ne fera pas l'objet d'une enquête.

15. En ce qui concerne le sixième motif, le 10 février 2009, GDC demandait à TPSGC de tenir une réunion d'information pour connaître le détail de la notation de sa DDQ. Elle informait TPSGC qu'elle savait que ses concurrents avaient participé à une réunion d'information et demandait la tenue d'une réunion d'information pour elle-même en vue de la seconde invitation. Tel que mentionné ci-dessus, le 23 février 2009, TPSGC publiait un AI pour le projet 2. Le 27 février 2009, TPSGC avisait GDC que, puisque l'invitation concernant le projet 1 était contestée devant la Cour fédérale, il ne pouvait acquiescer à sa demande de tenir une réunion d'information. Il est clair pour le Tribunal que GDC a pris connaissance le 27 février 2009 qu'une réunion d'information n'aurait pas lieu. Étant donné que la plainte a été déposée plus de cinq mois après cette date, c'est-à-dire le 17 août 2009, et le manque d'indication qu'une opposition a été présentée à TPSGC dans les délais, le Tribunal conclut aussi que le sixième motif de plainte n'a pas été déposé dans les délais prescrits et qu'il ne fera pas l'objet d'une enquête.

6. Plainte, onglet 19, n° du greffe T-1995-08.

16. En ce qui concerne le dernier motif de plainte, que TPSGC a omis d'accorder à GDC un traitement juste et impartial en la désavantageant par la restructuration du projet 2 en supprimant un élément important pour lequel GDC avait obtenu la meilleure note lors de la première invitation, GDC allègue que la suppression de l'élément portant sur la gestion immobilière représente une perte directe pour GDC et, en contrepartie, un gain direct pour ses concurrents qui, lors du processus précédant, avaient démontré un manque d'expérience quant à cet aspect de l'invitation. GDC allègue que les actions de TPSGC ont contrevenu aux obligations du Canada en vertu des accords commerciaux.

17. Le 3 août 2009, TPSGC répondait à GDC en l'avisant que la gestion immobilière des nouveaux locaux loués serait assurée par TPSGC lui-même ou par son fournisseur de services actuel. Il l'avisait que la suppression de l'élément portant sur la gestion immobilière rendait le processus accessible à plus de soumissionnaires et, par conséquent, plus concurrentiel.

18. Le Tribunal fait remarquer que GDC a soumis sa réponse à l'AI du 23 février 2009 en respectant la date d'échéance du 26 mars 2009. Le 2 juillet 2009, TPSGC publiait la deuxième invitation aux fournisseurs à soumissionner qui, à la différence de la première, ne comprenait pas un élément de gestion immobilière. Le 15 juillet 2009, GDC écrivait à TPSGC pour s'opposer, entre autres, à la suppression de cet élément dans la nouvelle invitation. D'après ce qui précède, le Tribunal conclut que GDC a pris connaissance ou aurait dû raisonnablement prendre connaissance de ce motif de plainte au moment où TPSGC a publié le 2 juillet 2009 la seconde invitation aux fournisseurs à soumissionner, et étant donné l'opposition de GDC du 15 juillet 2009 et le refus de réparation de TPSGC du 3 août 2007, le Tribunal conclut que la plainte, par rapport à ce motif, a été déposée dans les délais prescrits.

19. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁸, à l'*Accord sur les marchés publics*⁹ ou au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*¹⁰, selon le cas. Dans sa plainte, GDC allègue que TPSGC a contrevenu aux dispositions de l'ACI, de l'ALÉNA et de l'AMP. Le Tribunal est d'accord que ces accords commerciaux s'appliquent et de plus fait remarquer que l'ALÉCC n'exclut pas les services en question. Ainsi, le Tribunal considère que les quatre accords commerciaux s'appliquent.

20. Le Tribunal n'a aucune raison de douter de l'assertion de GDC que, sans un élément de gestion immobilière, sa proposition en réponse à la seconde invitation aux fournisseurs à soumissionner n'obtiendrait pas d'aussi bonnes notes que lors du premier processus de passation du marché. Toutefois, de l'avis du Tribunal, une entité acheteuse a le droit de définir ses propres besoins et n'a aucune obligation, quand elle prépare une invitation, d'incorporer les modalités d'une invitation précédente. Les soumissionnaires doivent traiter chaque invitation de façon indépendante et les modalités d'une invitation précédente ne déterminent pas les modalités d'une nouvelle invitation¹¹.

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° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

8. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

9. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

10. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [ALÉCC]. Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

11. *Re plainte déposée par la Bande indienne de Spallumcheen* (26 avril 2001), PR-2000-042 (TCCE).

21. En l'espèce, comme TPSGC l'a expliqué dans sa réponse à l'opposition, le Tribunal est d'avis que la suppression de l'élément portant sur la gestion immobilière a eu pour effet d'accroître la concurrence et de donner accès au marché public à encore plus de fournisseurs potentiels. Les accords commerciaux visent à accroître la concurrence, non à la réduire. De plus, le Tribunal ne voit aucune preuve que les changements apportés à la structure de la soumission l'ont été précisément pour désavantager GDC ou pour avantager d'autres fournisseurs en particulier. Le Tribunal n'est pas persuadé que ces changements ont été introduits par TPSGC pour aucune autre raison que d'assouplir une structure de soumission qui était jugée inutilement restrictive dans les circonstances ou qui ne correspondait pas à ses besoins réels. Ainsi, le Tribunal conclut, en ce qui concerne ce motif de plainte, que les renseignements n'indiquent pas, de façon raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents.

22. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

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

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président