



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2009-066

Halkin Tool Limited

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le lundi 3 mai 2010*

*Corrigendum émis
le mardi 18 mai 2010*

*Motifs rendus
le mardi 18 mai 2010*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....i

CORRIGENDUM..... ii

EXPOSÉ DES MOTIFS..... 1

 CONTEXTE.....1

 Plainte1

 Procédure de passation du marché public2

ANALYSE3

 Position de TPSGC.....4

 Position de Halkin.....5

 Bien-fondé.....7

 Mesures correctives et frais..... 10

DÉCISION DU TRIBUNAL 11

EU ÉGARD À une plainte déposée par Halkin Tool Limited 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 la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**HALKIN TOOL LIMITED****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****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 la plainte est fondée en partie.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure correctrice, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule l'invitation n^o W1895-105348/A et lance une nouvelle invitation en conformité avec les dispositions des accords commerciaux pertinents. Dans la nouvelle invitation, si le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux choisit d'exiger un modèle ou un type particulier ou d'y faire référence, il devra inclure dans l'exigence des termes tels que « ou l'équivalent », conformément aux accords commerciaux applicables.

Diane Vincent

Diane Vincent

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

EU ÉGARD À une plainte déposée par Halkin Tool Limited 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'enquête sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**HALKIN TOOL LIMITED****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****DÉCISION DU TRIBUNAL****CORRIGENDUM**

La première phrase du deuxième paragraphe de la décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur le 3 mai 2010 doit être énoncée ainsi : « Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule l'invitation n^o W1985-105348/A et lance une nouvelle invitation en conformité avec les dispositions des accords commerciaux pertinents. »

Par ordre du Tribunal,

Dominique Laporte
Secrétaire

Membre du Tribunal : Diane Vincent, membre président

Directeur : Randolph W. Heggart

Gestionnaire de l'enquête : Michael W. Morden

Conseiller juridique pour le Tribunal : Alain Xatruch

Partie plaignante : Halkin Tool Limited

Conseiller juridique pour la partie plaignante : Dean Albrecht

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Ian McLeod
Karina Fauteux

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

CONTEXTE

Plainte

1. Le 18 décembre 2009, Halkin Tool Limited (Halkin) déposait 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*¹. La plainte concernait une demande de proposition (DP) (invitation n° W1985-105348/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) en vue de la fourniture d'une presse-plier hydraulique.

2. Halkin allègue que TPSGC a fondé certaines spécifications techniques obligatoires sur le produit d'une entreprise concurrente, donnant ainsi au marché un caractère partial favorisant cette entreprise. Halkin allègue aussi que ces spécifications techniques obligatoires n'étaient pas décrites en fonction de critères de rendement, mais qu'elles renvoyaient à une conception ou à un type particulier de montage des vérins. Selon Halkin, il s'agit là d'une violation de l'article 504 de l'*Accord sur le commerce intérieur*², de l'article 1007 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ et de l'article VI de l'*Accord sur les marchés publics*⁴. Halkin demande que lui soit adjugé le contrat en cause.

3. Le 23 décembre 2009, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisque cette dernière répondait 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*⁵. Le 29 décembre 2009, le Tribunal rendait une ordonnance de report d'adjudication du contrat, dans laquelle il ordonnait à TPSGC de différer l'adjudication de tout contrat jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le bien-fondé de la plainte. Le 1^{er} février 2010, TPSGC déposait le rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal. Le 11 février 2010, Halkin déposait ses observations sur le RIF.

4. Le 29 mars 2010, le Tribunal demandait des renseignements supplémentaires à TPSGC. Il demandait notamment que TPSGC informe le Tribunal au sujet de sa position à l'égard de certains points soulevés par Halkin dans ses commentaires sur le RIF. Le Tribunal s'informait aussi au sujet du nombre de soumissions reçues en réponse à l'invitation n° W1985-105348/A, de l'identité des soumissionnaires et du modèle de produit proposé par ces derniers; de plus, si une évaluation technique avait été effectuée, le Tribunal voulait connaître le nombre de soumissions jugées conformes aux spécifications techniques obligatoires.

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

2. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

3. *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].

4. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

5. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

5. Le 8 avril 2010, TPSGC répondait en partie à la demande du Tribunal. Il soulignait qu'il ne pouvait répondre entièrement à ladite demande étant donné qu'il n'avait pas encore établi lesquelles, le cas échéant, des soumissions présentées étaient conformes aux exigences de l'invitation. Le 12 avril 2010, Halkin présentait ses commentaires sur la réponse de TPSGC.

6. Lors des procédures, le conseiller de Halkin, qui avait aidé cette dernière à préparer sa soumission en réponse à l'invitation en cause, a demandé l'accès à des renseignements confidentiels de TPSGC et d'une tierce partie, soit les renseignements fournis par TPSGC en réponse à la demande formulée par le Tribunal le 29 mars 2010. Le 26 avril 2010, le Tribunal refusait au conseiller de Halkin l'accès aux renseignements confidentiels susmentionnés⁶.

7. Les renseignements au dossier étant suffisants 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

8. La DP concernant l'invitation en cause dans la présente plainte a été diffusée par l'intermédiaire du MERX⁷ le 6 novembre 2009. La date de clôture des soumissions a d'abord été fixée au 21 décembre 2009, mais a finalement été reportée au 5 février 2010.

9. Le 8 décembre 2009, Halkin écrivait à TPSGC, alléguant que les critères 2.1.2 et 2.1.17 de même que la note associée au critère 2.1.17, que l'on trouve à l'article 2 de l'annexe A de la DP, favorisaient Cincinnati Incorporated (Cincinnati). Le 9 décembre 2009, TPSGC informait Halkin que ses objections et questions avaient été envoyées à l'autorité technique afin qu'elle les examine et que les questions de Halkin, de même que les réponses à ces dernières, devaient être traduites avant d'être affichées sur le MERX. Entre les 9 et 17 décembre 2009, Halkin a envoyé d'autres lettres à TPSGC dans lesquelles elle posait d'autres questions au sujet du besoin décrit dans cet appel d'offres.

10. Le 18 décembre 2009, Halkin déposait sa plainte auprès du Tribunal.

11. Le 23 décembre 2009, la modification n° 2 à la DP était publiée par l'intermédiaire du MERX; elle répondait aux questions de Halkin et des autres soumissionnaires. Le même jour, le Tribunal informait Halkin et TPSGC qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte.

12. Le 29 décembre 2009, le Tribunal rendait son ordonnance de report d'adjudication du contrat.

6. Le conseiller de Halkin a souligné que les formules pertinentes suivantes ont été déposées auprès du Tribunal : Formule I — Avis de participation (partie), Formule II — Avis de représentation (conseiller) et Formule III — Acte de déclaration, d'engagement et de reconnaissance (divulgarion restreinte). Le paragraphe 45(3) de la *Loi sur le TCCE* donne au Tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser la divulgation de renseignements confidentiels à un conseiller dans le cadre de ces procédures. Ce pouvoir est normalement exercé dans les cas où le Tribunal estime que la divulgation de renseignements confidentiels à un conseiller est susceptible de la rendre accessible à une partie représentée par ce conseiller ou à tout concurrent de la personne dont les activités commerciales sont visées par les renseignements. En l'espèce, étant donné son double rôle de conseiller et de consultant de Halkin, le Tribunal a estimé que la situation suscite ou est susceptible de susciter une crainte raisonnable que la divulgation de renseignements confidentiels, volontairement ou non, puisse se produire et que Halkin tire injustement profit de ces renseignements.

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

13. Le 14 janvier 2010, Halkin posait à TPSGC des questions supplémentaires; les réponses à certaines de ces dernières étaient affichées dans la modification n° 6 de la DP le 25 janvier 2010. TPSGC a informé Halkin que certaines de ces questions avaient déjà été abordées dans des modifications antérieures de la DP.

14. Le 5 février 2010, la période de soumission prenait fin.

ANALYSE

15. 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. À la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé 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 qui, en l'espèce, sont l'*ACI*, l'*ALÉNA*, l'*AMP* et l'*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*⁸.

16. Les dispositions suivantes de la DP sont pertinentes en l'espèce :

PARTIE 4 – PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET CRITÈRES DE SÉLECTION

[...]

2. Évaluation technique et méthode de sélection

2.1 Les facteurs suivants seront pris en compte au cours de l'évaluation de chaque soumission :

a) La conformité technique selon les spécifications techniques énoncées à l'annexe A. Une proposition sera rejetée si l'équipement proposé est un prototype ou s'il s'agit d'un modèle qui doit subir des changements pour être conforme. Par conséquent, l'équipement doit satisfaire à tous les critères au moment de la soumission et intégrer une technologie éprouvée. Il faut fournir la preuve que l'équipement proposé est utilisé par d'autres entreprises.

b) Fournir des documents descriptifs aux fins de l'analyse. Seuls les documents fournis seront utilisés pour effectuer l'évaluation technique. Une proposition sera rejetée si le fournisseur ne fournit pas d'éléments concrets, c'est-à-dire que le fournisseur doit remettre des photographies de l'équipement permettant de voir tous les éléments de façon à confirmer que l'équipement proposé satisfait à tous les critères. Veuillez noter que les schémas, les croquis ou les dessins graphiques ne seront pas acceptés.

[...]

8. *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. Étant donné que Halkin a déposé sa plainte avant que le *Règlement* soit modifié de façon à permettre au Tribunal d'établir si une procédure de marché public a été suivie conformément aux exigences de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009), ledit accord ne s'applique pas.

Annexe A
Énoncé des exigences
Presse-plieuse hydraulique 1 250 tonnes (US)

[...]

2. Spécifications techniques obligatoires

La proposition **doit comprendre tous** les éléments suivants :

[...]

2.1 Le système de presse-plieuse doit comprendre les éléments suivants :

[...]

2.1.2 Vérins hydrauliques montés sur chape et chargement axial afin de concentrer les contraintes de fonctionnement dans le bâti principal de façon à éliminer le grippage des vérins et des pistons et, par conséquent, à réduire les fuites;

[...]

2.1.17 Les vérins avec des tiges de piston trempées et rectifiées sont montés sur chape avec chargement axial;

Remarque : ces exigences ont pour objet de concentrer les contraintes de fonctionnement dans le bâti principal de façon à éliminer le grippage des vérins et des pistons et, par conséquent, à réduire au minimum les fuites des vérins et des pistons.
--

[...]

[Traduction]

Position de TPSGC

17. TPSGC soutient que l'invitation n° W1985-095302/A (non en cause en l'espèce) a été émise par l'intermédiaire du MERX le 16 janvier 2009 et qu'elle concernait le même besoin que celui qui était visé par l'invitation en cause (c.-à-d. une presse-plieuse hydraulique pour le 202^e Dépôt d'ateliers à Montréal [Québec]). La période de soumission prenait fin le 2 mars 2009 et trois soumissions ont été présentées, y compris une par Halkin. Selon TPSGC, au cours de l'évaluation des soumissions, mais dans une démarche indépendante de l'invitation, un employé du MDN, à qui on avait demandé d'élaborer le plan de l'atelier où la presse-plieuse visée par le projet d'acquisition serait installée, a communiqué par téléphone avec les trois entreprises qui avaient présenté des soumissions et a demandé à chacune les dimensions des machines qu'elles proposaient⁹. TPSGC soutient que, même si ces appels, à son avis, n'avaient pas d'effet sur le processus d'invitation, il a décidé que, sur le plan des perceptions, il était préférable d'annuler l'invitation et de demander de nouvelles propositions.

18. TPSGC soutient que les exigences obligatoires de l'invitation en cause sont fondées sur les besoins opérationnels légitimes du MDN et qu'elles sont formulées à l'appui desdits besoins opérationnels. Il soutient que les caractéristiques des deux exigences en cause prévoient une conception simplifiée et une souplesse structurelle accrue, ce qui permet de prévoir une diminution des frais d'entretien à long terme.

9. Halkin soutient qu'elle est une des entreprises ayant présenté une soumission dans cette première invitation et qu'il était « entièrement faux » [traduction] qu'un employé du MDN ait communiqué avec elle. Tel que souligné précédemment, la première invitation n'est pas en cause en l'espèce et, par conséquent, le Tribunal n'a pas à aborder cette question dans le contexte de la présente enquête.

19. En ce qui concerne les « vérins hydrauliques montés sur chape » [traduction], TPSGC affirme que, comparativement à une fixation boulonnée, le recours à un montage sur chape permet une plus grande souplesse en ce qui concerne la structure de la machine et réduit la déformation des châssis latéraux par suite de la pression exercée par le bélier hydraulique. En ce qui a trait au « chargement axial » [traduction], TPSGC soutient que l'installation des vérins directement au-dessus du bélier selon le concept de chargement axial débouche sur un modèle simplifié qui réduit la probabilité de problèmes fréquents d'entretien comparativement au modèle avec culbuteur monté à l'arrière qui comprend de nombreuses pièces mobiles.

20. Selon TPSGC, même si les dépenses en immobilisations initiales d'une presse-plieuse utilisant un montage sur chape des vérins hydrauliques sont supérieures à celles qu'entraîne la version avec fixation boulonnée, le MDN prévoyait que les coûts d'entretien à long terme d'un modèle avec montage sur chape seraient bien inférieurs. TPSGC soutient que le MDN avait l'intention d'acquérir la presse-plieuse dans une perspective à long terme et de réaliser des économies de coûts en conséquence. Il soutient qu'étant donné que le MDN ne fait pas de fabrication en série, ce dernier conserve généralement son équipement plus longtemps que ne le font les entreprises privées et que, par conséquent, l'équipement est utilisé de façon moins intensive que dans le secteur privé pendant la même période.

21. Selon TPSGC, les exigences en cause ne sont pas propres à un modèle en particulier; elles ont un caractère générique et sont bien comprises par l'industrie. Il soutient que selon des renseignements accessibles au public¹⁰, au moins trois fabricants produisent des presses-plieuses qui se caractérisent par le montage sur chape et le chargement axial et que ces caractéristiques ne sont donc pas propres aux produits offerts par Cincinnati.

22. TPSGC souligne aussi que, en réponse au processus d'invitation précédent visant la même exigence, Halkin a soumis une proposition concernant une presse-plieuse avec montage sur chape et chargement axial.

23. TPSGC estime que la plainte doit être rejetée et qu'il doit obtenir le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte.

Position de Halkin

24. Halkin soutient que les besoins opérationnels du MDN concernant la presse-plieuse doivent être définis en fonction du rendement et non d'un type particulier de modèle. Elle affirme que tous les besoins opérationnels du MDN pourraient être satisfaits en l'absence d'exigences précises concernant à la fois des vérins hydrauliques sur chape et un chargement axial. Selon Halkin, les exigences du MDN ont été formulées de façon à les rendre spécifiques et non génériques, de manière à favoriser Cincinnati.

25. En ce qui concerne l'assertion de TPSGC sur les vérins hydrauliques montés sur chape, Halkin estime que l'énoncé selon lequel le type de montage des vérins réduit la déformation du châssis latéral n'est pas fondé. Elle soutient que, pour un même tonnage et avec un châssis latéral de même forme et de même épaisseur, le type de montage des vérins hydrauliques ne peut qu'avoir un effet minime sur la déformation des châssis latéraux. En fait, Halkin soutient que, compte tenu de la disposition des éléments, il y a une possibilité accrue de déformation des châssis latéraux au point de fixation au châssis latéral du vérin monté sur chape. En ce qui concerne l'assertion de TPSGC sur la construction à chargement axial, Halkin affirme que le chargement axial n'a jamais été un élément pertinent dans la présente proposition. La question, selon elle, se rapporte plutôt à l'assertion que les vérins montés sur chape avec chargement axial sur cette presse-plieuse élimineront le grippage des vérins et des pistons.

10. RIF, pièce 17 aux pp. 7-16.

26. Halkin soutient que la prétention de TPSGC selon laquelle un modèle coûtera plus cher que l'autre ne peut être confirmée sans que soient connues les caractéristiques précises des modèles de vérin et de châssis latéral et sans savoir de quelle façon ces pièces seront fabriquées. Selon Halkin, rien ne démontre qu'un modèle de vérin monté sur chape entraîne des coûts de fabrication plus élevés qu'un modèle à fixation boulonnée. Halkin soutient qu'il semble que le MDN essaie de « justifier d'avance » [traduction] le coût plus élevé d'une presse-plieuse de Cincinnati qui, selon Halkin, n'est pas justifié par la conception technique, mais pourrait s'expliquer simplement par une marge bénéficiaire plus élevée pour Cincinnati. Elle ajoute que, en réalité, les frais d'entretien à long terme d'un modèle comparativement à l'autre sont inconnus. À son avis, le rendement à long terme d'un modèle comparativement à l'autre repose plus sur le contrôle de la qualité, le mode d'utilisation de la presse-plieuse et la fréquence des activités d'entretien plutôt que sur la configuration du montage des vérins ou le coût initial de la presse-plieuse. Elle mentionne que les vérins montés sur chape ne sont pas nécessairement à l'abri des fuites et elle défie TPSGC de prouver que le MDN fait fonctionner son équipement plus longtemps que celui qui est utilisé dans le secteur privé, que ce soit en termes de durée pure et simple ou en nombre d'heures d'exploitation des machines.

27. Halkin soutient que la déclaration de TPSGC selon laquelle les exigences ne sont pas propres à un modèle donné et ont un caractère générique est fautive. Selon elle, il est bien connu dans l'industrie que Cincinnati fabrique une presse-plieuse utilisant des vérins montés sur chape, que cette caractéristique fait partie de ses produits à elle et qu'elle l'invoque abondamment dans ses activités de commercialisation. En ce qui concerne la déclaration de TPSGC selon laquelle trois fabricants utilisent des vérins montés sur chape dans certains de leurs produits, Halkin affirme que tous les autres fabricants de produits à haute précision et de grande qualité utilisent des vérins à fixation boulonnée. Selon Halkin, les deux fabricants autres que Cincinnati mentionnés par TPSGC qui utilisent le montage sur chape et le chargement axial dans la conception de leurs presses-plieuses n'offrent pas de solutions de rechange à la machine de Cincinnati parce qu'elles ne satisfont pas à certaines des autres spécifications techniques obligatoires et qu'aucune de leurs machines ne serait considérée comme une option valable dans le présent marché public¹¹.

28. Halkin ajoute que les alinéas 2.1a) et 2.1b) de la partie 4 de la DP prévoyaient qu'une proposition serait rejetée si la presse-plieuse devait « [...] subir des changements pour être conforme [...] » [traduction]. Halkin soutient que cette demande est complètement irréaliste et qu'elle ne correspond pas à la pratique standard dans l'industrie des machines-outils. À son avis, les presses-plieuses de ces dimensions ne se trouvent pas telles quelles dans des entrepôts dans l'attente d'être vendues et sont fabriquées selon les exigences du client et le choix que ce dernier fait parmi les options et accessoires offerts. Selon Halkin, même si cette dernière a vendu plus de 10 000 presses-plieuses, la combinaison particulière de tonnage, de dimensions, d'options et d'accessoires requise par la MDN n'a peut-être jamais été assemblée. Dans ses commentaires relatifs au RIF, Halkin affirme que l'article 2.1 de la partie 4 de la DP constituait une autre tentative de restreindre les spécifications au profit d'un seul fabricant¹².

11. Aux pages 8 et 9 de ses observations sur le RIF, Halkin énumère les raisons précises pour lesquelles elle estime que les machines des deux autres fabricants ne satisfont pas à certaines des autres exigences obligatoires.

12. Le Tribunal ne peut enquêter que sur les motifs de plainte mentionnés par la partie plaignante dans la plainte elle-même. Dans les cas où, dans le processus de plainte, la partie plaignante découvre de nouveaux motifs de plainte, elle peut déposer une nouvelle plainte conformément au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et aux conditions énoncées au *Règlement*. En l'espèce, le Tribunal a estimé que Halkin connaissait ce motif allégué avant le dépôt de sa plainte originale le 18 décembre 2009. Dans sa décision finale, le Tribunal n'a donc pas tenu compte de ce motif de plainte possible.

29. Halkin estime qu'il faut modifier les spécifications techniques obligatoires afin d'éliminer l'exigence des vérins montés sur chape ou que les termes « ou l'équivalent » soient ajoutés, comme l'exige l'article 1007 de l'ALÉNA. Subsidiairement, Halkin propose que l'élément de partialité soit supprimé au moyen de la modification de l'exigence énoncée à l'article 2.1 de la partie 4 de la DP.

Bien-fondé

Est-ce que les spécifications techniques obligatoires sont formulées de façon incorrecte?

30. L'article 1007 de l'ALÉNA prévoit notamment ce qui suit¹³ :

[...]

2. Chacune des Parties fera en sorte que toute spécification technique prescrite par ses entités soit, s'il y a lieu,
 - a. définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives, et
 - b. fondée sur des normes internationales, des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment.
3. Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques prescrites par ses entités n'exigent ni ne mentionnent de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché, et à condition que des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

31. Selon Halkin, les exigences obligatoires relatives à l'invitation en cause n'étaient pas énoncées en termes de critères de rendement, mais elles visaient plutôt un modèle ou un type particulier, soit avec vérins montés sur chape et chargement axial. Par ailleurs, TPSGC est d'avis que les exigences obligatoires sont conformes aux besoins opérationnels légitimes du MDN, qu'elles ont un caractère générique et qu'elles ne sont pas propres à un modèle en particulier.

32. Selon le Tribunal, les exigences énoncées dans les spécifications techniques obligatoires 2.1.2 et 2.1.17 désignent un modèle ou un type en particulier et ne peuvent être réputées avoir un caractère générique. Il est clair pour le Tribunal qu'en faisant mention des vérins hydrauliques montés sur chape et du chargement axial, TPSGC faisait référence à un modèle ou des caractéristiques descriptives relatives au produit dont il voulait faire l'acquisition plutôt que d'énoncer des critères de rendement qu'il cherchait à respecter au moyen de ce type de modèle, même si ce dernier est bien connu dans l'industrie.

33. TPSGC a annexé à son RIF une lettre datée du 28 janvier 2010 signée par un employé du MDN (un ingénieur) qui a participé à l'élaboration des spécifications techniques relatives à l'invitation en cause; dans cette lettre, l'employé soutient que les concepts de vérins hydrauliques montés sur chape et de chargement axial ne sont pas propres à un modèle en particulier. Cependant, le Tribunal souligne que, malgré cette allégation, la lettre comprend les passages suivants : « [...] l'utilisation du montage sur chape permet une conception de qualité supérieure [...] » [traduction] et « [l']installation des vérins directement au-dessus du bélier dans la construction à chargement axial permet une conception simplifiée [...] » [traduction]. Ces passages ne font que renforcer l'impression du Tribunal selon laquelle les exigences énoncées dans les spécifications techniques obligatoires 2.1.2 et 2.1.17 désignent un modèle ou un type en particulier.

13. On trouve des dispositions quasiment identiques à l'article *Kbis-07* de l'ALÉCC et à l'article VI de l'AMP. L'ACI ne contient pas de disposition semblable.

34. En n'incorporant pas des termes comme « ou l'équivalent » dans ses spécifications, tel que requis par le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA et les dispositions semblables des autres accords commerciaux pertinents¹⁴, des presses-plieres hydrauliques fondées sur d'autres modèles, qui peuvent possiblement satisfaire aux besoins opérationnels du MDN, sont exclues du processus d'évaluation de TPSGC. Le Tribunal conclut que cette omission crée ou a pour effet de créer un obstacle non nécessaire au commerce.

35. Par conséquent, compte tenu de ce qui précède, le Tribunal détermine que la plainte de Halkin, dans la mesure où elle concerne la formulation inappropriée des spécifications techniques obligatoires, est fondée.

Est-ce que les spécifications techniques obligatoires ont été rédigées de façon à favoriser un fournisseur?

36. Le paragraphe 504(3) de l'ACI prévoit que les mesures incompatibles avec les objectifs de non-discrimination des marchés publics du gouvernement fédéral comprennent notamment les suivantes¹⁵ :

- b) la rédaction des spécifications techniques de façon soit à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés [...] soit à favoriser ou à défavoriser des fournisseurs de tels produits ou services, en vue de se soustraire aux obligations prévues dans le présent chapitre.

37. Selon Halkin, les spécifications techniques obligatoires en cause ont été rédigées de façon à favoriser les produits fabriqués par Cincinnati et les presses-plieres hydrauliques produites par les deux autres fabricants, dont TPSGC assure qu'elles comportent un montage sur chape et un chargement axial, ne satisfont pas à certaines des autres spécifications techniques obligatoires de l'invitation. TPSGC, par ailleurs, estime qu'au moins trois fabricants produisent des presses-plieres avec montage sur chape et chargement axial et que ces concepts ne sont donc pas exclusifs aux produits offerts par Cincinnati.

38. Le Tribunal a déjà établi que les exigences énoncées dans les spécifications techniques obligatoires 2.1.2 et 2.1.17 visent un modèle ou un type particulier; cependant, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces spécifications ont été rédigées de façon à favoriser un produit donné ou le fournisseur de ce dernier.

39. Dans *FLIR Systems Ltd.*, le Tribunal a établi que des spécifications fondées sur la conception d'un produit ne sont pas nécessairement injustes ou discriminatoires. Il a affirmé ce qui suit :

FLIR a présenté de longues observations sur le fait que des spécifications fondées sur la conception par rapport aux spécifications fondées sur les propriétés d'emploi équivalent, à elles seules, à une discrimination. Le Tribunal fait observer que, contrairement à l'ALÉNA, la distinction entre des spécifications fondées sur la conception et des spécifications fondées sur les propriétés d'emploi n'est pas expressément établie dans l'ACI. En outre, le Tribunal est d'avis que les spécifications fondées sur des critères de conception ne sont pas nécessairement injustes ou discriminatoires¹⁶.

40. Après avoir examiné avec soin tous les éléments de preuve, y compris les renseignements supplémentaires reçus de TPSGC le 8 avril 2010, le Tribunal n'est pas convaincu que les spécifications techniques obligatoires ont été rédigées de façon à favoriser Cincinnati. Le Tribunal souligne que, selon la pièce 17 du RIF, le MDN a écrit à TPSGC pour expliquer que même s'il a utilisé les formulations que l'on

14. L'article Kbis-07.3 de l'ALÉCC et le paragraphe VI(3) de l'AMP.

15. L'ALÉNA, l'AMP et l'ALÉCC ne contiennent pas de dispositions semblables.

16. *Re plainte déposée par FLIR Systems Ltd.* (25 juillet 2002), PR-2001-077 (TCCE) à la p. 16.

retrouve dans les documents de Cincinnati au moment de la rédaction des spécifications techniques, il l'a fait en fonction des besoins opérationnels du MDN et non pour exclure des concurrents. Le MDN a écrit ce qui suit :

En établissant les exigences techniques pour l'invitation, j'ai fait état des documents descriptifs produits par Cincinnati, mais ces documents mentionnaient et incorporaient des concepts et des formulations génériques. En recensant et en rédigeant les exigences techniques pour la présente invitation, je souhaitais que les exigences aient un caractère générique de façon à refléter les besoins opérationnels du MDN afin de garantir le déroulement d'un processus conforme aux besoins du MDN et concurrentiel¹⁷.

[Traduction]

41. Le Tribunal ajoute que la pièce 17 du RIF comprend des documents d'information sur les produits de trois fabricants, y compris Cincinnati, qui utilisent des vérins montés sur chape, où il est possible de constater que le même concept est décrit de façon très semblable dans les documents de tous les fabricants.

42. Les documents de Cincinnati sur ses produits affirment ce qui suit :

Les vérins montés sur chape et le chargement axial concentrent les contraintes de fonctionnement à l'intérieur du bâti principal afin d'éliminer le grippage des vérins et des pistons¹⁸.

[Traduction]

43. Les documents de Betenbender Manufacturing Inc. sur ses produits affirment ce qui suit :

Les vérins montés sur chape éliminent le grippage des vérins en réduisant les risques de fuites d'huile¹⁹.

[Traduction]

44. Les documents de Hydrapower International Inc. sur ses produits affirment ce qui suit :

Les châssis latéraux peuvent absorber la pleine charge axiale. Chargement axial sur les châssis latéraux et l'axe de l'outil. Vérins à centrage automatique montés sur chape, avec tiges de piston trempées et rectifiées.

Caractéristiques de construction

Les vérins hydrauliques sont fixés au bélier au moyen de paliers de butée sphériques trempés à centrage automatique qui offrent une durée d'utilisation exceptionnelle sans lubrification. Les déflexions et les surcharges du châssis et du bâti n'ont pas d'effet sur l'alignement des vérins et des coulisseaux²⁰.

[Traduction]

45. Même si Halkin conteste le fait que les deux fabricants autres que Cincinnati pourraient satisfaire aux exigences techniques de la DP, le Tribunal ne trouve aucun élément de preuve, outre les observations de Halkin, selon lequel l'un quelconque des produits de ces fabricants ne satisferait pas aux exigences techniques de la DP après avoir été proposé par un soumissionnaire. De plus, selon les renseignements reçus de TPSGC le 8 avril 2010, les presses-plier d'autres fabricants ont aussi été proposées par des

17. RIF, pièce 17 à la p. 4.

18. *Ibid.*, pièce jointe 2 à la p. 2.

19. *Ibid.*, pièce jointe 2 à la p. 4.

20. RIF, pièce 17, pièce jointe 2 à la p. 5.

soumissionnaires dans l'invitation en cause. Le Tribunal est d'avis que les soumissionnaires, en règle générale, ne répondent à des DP que s'ils ont une expectative raisonnable de réussir. Le Tribunal en déduit que malgré le fait que l'absence des termes « ou l'équivalent » dans les exigences techniques obligatoires a créé un obstacle non nécessaire au commerce, aucun indice raisonnable ne permet d'établir que les spécifications techniques ont été rédigées de façon à favoriser Cincinnati.

46. Par conséquent, compte tenu de ce qui précède, le Tribunal détermine que la plainte de Halkin, en ce qui concerne la rédaction des spécifications techniques faites prétendument pour favoriser Cincinnati, n'est pas fondée.

Mesures correctives et frais

47. Ayant établi que la plainte est fondée en partie, le Tribunal doit maintenant recommander la mesure corrective appropriée.

48. À cet égard, les paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoient 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.

49. Le Tribunal estime que le défaut de formuler les exigences en conformité avec les accords commerciaux pertinents constitue un manquement grave dans la procédure de passation du marché public. Le Tribunal croit aussi que ce manquement grave affaiblit l'intégrité et l'efficacité du mécanisme d'adjudication. Cependant, en l'espèce, aucun contrat n'a été attribué et le Tribunal n'a été saisi d'aucun élément de preuve donnant à penser que l'autorité technique n'agissait pas de bonne foi lorsqu'elle a rédigé les exigences.

50. Le Tribunal recommande donc que TPSGC annule l'invitation et, si le besoin existe encore, qu'il émette une nouvelle invitation conforme aux dispositions des accords commerciaux pertinents. Dans la nouvelle invitation, si TPSGC choisit d'exiger un modèle ou un type en particulier ou d'y faire référence, il doit incorporer des termes comme « ou l'équivalent » dans l'exigence, comme le prévoient les accords commerciaux pertinents.

51. Halkin n'a pas demandé le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte. Par conséquent, conformément à la pratique du Tribunal, ces frais ne sont pas accordés.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

53. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC annule l'invitation n° W1985-105348/A et lance une nouvelle invitation en conformité avec les dispositions des accords commerciaux pertinents. Dans la nouvelle invitation, si TPSGC choisit d'exiger un modèle ou un type particulier ou d'y faire référence, il devra inclure dans l'exigence des termes tels que « ou l'équivalent », conformément aux accords commerciaux pertinents.

Diane Vincent

Diane Vincent

Membre président