



Tribunal canadien du  
commerce extérieur

Canadian International  
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN  
DU COMMERCE  
EXTÉRIEUR

# Marchés publics

---

## DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2009-088

Adware Promotions Inc., Canadian  
Spirit Inc., Contractual Joint  
Venture

c.

Ministère des Travaux publics et  
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus  
le mardi 15 juin 2010*

## TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
PLAINTÉ .....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	1
ANALYSE DU TRIBUNAL .....	2
Mesure corrective .....	9
Frais .....	10
DÉCISION DU TRIBUNAL .....	11

EU ÉGARD À une plainte déposée par Adware Promotions Inc., Canadian Spirit Inc., Contractual Joint Venture aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> 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**

**ADWARE PROMOTIONS INC., CANADIAN SPIRIT INC.,  
CONTRACTUAL JOINT VENTURE**

**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) and 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine qu'il ne convient pas de recommander une mesure corrective.

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 Adware Promotions Inc., Canadian Spirit Inc., Contractual Joint Venture le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. 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 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 de plainte portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

---

Membre du Tribunal :	Ellen Fry, membre président
Directeur :	Randolph W. Heggart
Enquêteur principal :	Cathy Turner
Conseiller juridique pour le Tribunal :	Eric Wildhaber
Partie plaignante :	Adware Promotions Inc., Canadian Spirit Inc., Contractual Joint Venture
Partie intervenante :	Rideau Recognition Solutions Inc.
Conseillers juridiques pour la partie intervenante :	Ronald D. Lunau Stephanie Pearce
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<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0G7  
Téléphone : 613-993-3595  
Télécopieur : 613-990-2439  
Courriel : [secretaire@tcce-citt.gc.ca](mailto:secretaire@tcce-citt.gc.ca)

## EXPOSÉ DES MOTIFS

### PLAINTÉ

1. Le 8 février 2010, Adware Promotions Inc., Canadian Spirit Inc., Contractual Joint Venture (Adware) 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*<sup>1</sup> à l'égard d'un marché public (invitation n° 42001-070468/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du Secrétariat du Conseil du Trésor en vue de la gestion du Programme de récompense pour longs états de service et du Programme de primes instantanées.

2. Adware allègue que TPSGC a incorrectement évalué sa proposition, notamment en ce qui concerne la partie des critères d'évaluation pour le Programme de primes instantanées qui porte sur la vérification des références. Adware demande, à titre de mesure corrective, que le Tribunal recommande que TPSGC lance de nouveau l'invitation. À titre de solution de rechange, Adware demande que le Tribunal recommande que TPSGC l'indemnise pour sa perte de profits. Adware demande le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte ainsi que les frais de préparation de sa soumission.

3. Le 17 février 2010, le Tribunal avisait 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*<sup>2</sup>.

4. Le 19 février 2010, TPSGC informait le Tribunal que deux offres à commandes avaient été attribuées à Rideau Recognition Solutions Inc. (Rideau). Le 2 mars 2010, le Tribunal accordait la demande par laquelle Rideau demandait le statut de partie intervenante. Le 25 mars 2010, TPSGC déposait un rapport auprès du Tribunal conformément à l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>3</sup> (le rapport de l'institution fédérale). Le 1<sup>er</sup> avril 2010, Adware déposait ses observations sur le rapport de l'institution fédérale. Le 8 avril 2010, Rideau déposait ses observations sur le rapport de l'institution fédérale.

5. Étant donné que les renseignements au dossier étaient 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

6. Le 29 juillet 2009, TPSGC lançait une demande d'offres à commandes (DOC) en vue de la gestion du Programme de récompense pour longs états de service et du Programme de primes instantanées. La clôture des soumissions avait lieu le 30 septembre 2009. Selon TPSGC, six propositions ont été reçues, dont une d'Adware. En ce qui concerne le Programme de primes instantanées, trois propositions, dont celle d'Adware, répondaient aux exigences obligatoires.

---

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. D.O.R.S./91-499.

7. Le 23 décembre 2009, TPSGC informait Adware par écrit que même si sa proposition était conforme aux exigences obligatoires, elle n'était pas conforme aux exigences minimales afférentes à la deuxième étape, « Critères techniques cotés ». Par conséquent, sa proposition a été rejetée et n'est pas passée à la troisième étape de l'évaluation. Plus tard ce jour-là, Adware a demandé une séance d'information et des renseignements sur la raison pour laquelle sa proposition avait été jugée non conforme.

8. Le 5 janvier 2010, TPSGC avisait Adware par courriel que les entreprises clientes données comme références par Adware n'avaient pas fourni de réponses relativement au Programme de primes instantanées, que sa proposition n'avait donc obtenu aucun point pour ce critère et que sa proposition n'avait donc pas obtenu le nombre minimal de points requis pour passer à l'étape d'évaluation suivante.

9. Selon la plainte, le 28 janvier 2010, une séance d'information avait lieu.

10. Le 8 février 2010, Adware déposait sa plainte auprès du Tribunal.

## ANALYSE DU TRIBUNAL

11. 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, il doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables, qui sont en l'espèce l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>4</sup>, l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>5</sup>, l'*Accord de libre-échange Canada-Chili*<sup>6</sup> et l'*Accord sur les marchés publics*<sup>7</sup>.

12. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit que « [l]es 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 ».

13. L'alinéa 1013(1)h) de l'*ALÉNA* prévoit que « [l]a documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables [...] », notamment « les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autre que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...] ».

14. L'alinéa 1015(4)a) de l'*ALÉNA* prévoit que « pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation ». L'alinéa 1015(4)d) prévoit que « l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres ».

---

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <[http://www.ait-aci.ca/index\\_fr/ait.htm](http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm)> [ACI].

5. *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<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].

6. *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.

7. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)> [AMP].

15. L'AMP et l'ALÉCC contiennent des dispositions similaires à celles de l'ALÉNA<sup>8</sup>.
16. La DOC contenait des dispositions prévoyant que TPSGC effectuerait la vérification des références, lesquelles sont exposées en détail ci-après.
17. Le 27 novembre 2009, TPSGC envoyait un courriel à la personne-ressource à la première entreprise cliente donnée comme référence par Adware à l'adresse électronique indiquée dans la proposition d'Adware<sup>9</sup>. Le courriel indiquait que la personne-ressource disposait de trois jours ouvrables pour répondre à la demande d'information de TPSGC et qu'à défaut, la proposition d'Adware ne se verrait attribuer aucun point pour les références. Le courriel demandait aussi à la personne-ressource d'accuser réception du courriel. TPSGC a indiqué qu'après défaut de réponse de la personne-ressource, il a tenté à trois reprises de la joindre par téléphone. Selon TPSGC, des messages vocaux ont été laissés à la personne-ressource, mais elle n'a jamais donné suite<sup>10</sup>.
18. Le 27 novembre 2009, TPSGC envoyait aussi un courriel à la personne-ressource à la deuxième entreprise cliente donnée comme référence par Adware<sup>11</sup>. Le courriel indiquait que la personne-ressource disposait de trois jours ouvrables pour répondre à la demande d'information de TPSGC et qu'à défaut, la proposition d'Adware ne se verrait attribuer aucun point pour les références. Ce jour-là, TPSGC a reçu un courriel automatique de l'administrateur de système, lequel indiquait que le courriel n'avait pas été livré parce que l'adresse était inconnue. Le 1<sup>er</sup> décembre 2009, selon TPSGC, on a tenté à deux reprises de joindre la personne-ressource par téléphone au numéro indiqué dans la proposition d'Adware. Selon TPSGC, des messages vocaux ont été laissés à la personne-ressource, mais elle n'a jamais donné suite<sup>12</sup>.

---

8. L'article XII de l'AMP prévoit ce qui suit : « 2. La documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs contiendra tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, notamment [...] h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...]. » L'article XIII de l'AMP prévoit ce qui suit : « 4 a) Pour être considérées en vue de l'adjudication, les soumissions devront être conformes, au moment de leur ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été déposées par un fournisseur remplissant les conditions de participation. [...] c) Les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres. » L'article Kbis-06 de l'ALÉCC prévoit ce qui suit : « 1. L'entité remettra aux fournisseurs intéressés la documentation relative à l'appel d'offres contenant tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de préparer et de présenter des soumissions valables. La documentation contiendra tous les critères d'adjudication que l'entité prendra en compte au moment d'adjuger le marché, notamment tous les éléments des coûts, les conditions de caractère technique et la pondération ou, le cas échéant, les valeurs relatives que l'entité attribuera à ces éléments lors de l'évaluation des soumissions. » L'article Kbis-10 de l'ALÉCC prévoit ce qui suit : « 1. L'entité exigera que, pour être considérée en vue de l'adjudication, la soumission soit présentée par écrit et qu'au moment de sa présentation, elle réponde aux conditions suivantes : a. être conforme aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres; et b. avoir été présentée par un fournisseur qui remplisse les conditions de participation remises par l'entité à tous les fournisseurs participants. 2. Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas adjuger le marché, l'entité adjugera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les exigences et les critères d'évaluation spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres. »

9. Rapport de l'institution fédérale, pièce confidentielle 11.

10. *Ibid.*, pièces confidentielles 4, 11.

11. *Ibid.*, pièce confidentielle 12.

12. *Ibid.*, pièces confidentielles 4, 12, 13.

19. Dans un courriel daté du 21 janvier 2010, la personne-ressource de la deuxième entreprise cliente donnée comme référence par Adware l'informait qu'elle n'avait jamais reçu d'appel téléphonique de TPSGC. Dans un courriel daté du 27 janvier 2010, la deuxième personne-ressource de la première entreprise cliente donnée comme référence par Adware a informé Adware que TPSGC n'avait jamais communiqué avec elle.

20. Adware allègue que TPSGC n'a pas agi de façon appropriée en communiquant avec ses entreprises clientes données comme références, de sorte que TPSGC a incorrectement refusé d'accorder des points pour la partie des critères d'évaluation liée à la vérification des références. En particulier, elle allègue que TPSGC :

- « n'a pas fait suffisamment d'efforts pour communiquer avec les entreprises clientes données comme références (première ou deuxième personne-ressource) » [traduction];
- n'a pas tenté de communiquer avec elle pour l'informer de la difficulté de communication avec les références;
- n'a pas tenté de communiquer avec les références par courrier ordinaire plutôt que par courriel;
- a incorrectement identifié le soumissionnaire, dans son courriel, comme « Adware Promotions Inc. » plutôt que comme « Contractual Joint Venture of Adware Promotions Inc. and Canadian Spirit Inc. »;
- n'a pas indiqué, dans ses messages électroniques, qu'il faisait partie du gouvernement du Canada;
- « n'a pas tenté de communiquer avec les entreprises clientes données comme références avant l'expiration de la période indiquée (selon une modification) » [traduction].

21. Lorsqu'elle avait à communiquer avec les entreprises clientes données comme références, TPSGC était tenu de respecter les exigences des documents d'appel d'offres conformément aux dispositions des accords commerciaux pertinents. L'annexe « C » de la DOC contenait les exigences suivantes concernant les entreprises clientes données comme références :

- 1.3 Nommer deux (2) projets de nature et de portée similaires à cette exigence exécutés au cours des trois (3) dernières années, en donnant la valeur monétaire, la complexité, la durée, la liste des tâches et les responsabilités du personnel, l'utilisation d'Internet, les problèmes majeurs et leur mode de résolution;  
(Maximum : 80 points/minimum : 56 points)
- 1.4 Nommer un (1) client-référence par projet comme le mentionne l'article 1.3  
(Maximum : 60 points/minimum : 42 points)

Le responsable de l'offre à commandes (TPSGC) communiquera par écrit avec le client-référence pour confirmer les renseignements demandés. Le client-référence disposera de trois (3) jours ouvrables à compter de la communication de la demande pour fournir une réponse à TPSGC. Si TPSGC est incapable de communiquer avec la personne-ressource indiquée, l'État se réserve le droit de communiquer avec la deuxième personne-ressource, qui disposera alors de trois (3) jours ouvrables à compter de la demande pour fournir une réponse à TPSGC. Si TPSGC ne réussit pas à obtenir une réponse des références, dans le délai indiqué, l'offre ne se fera attribuer aucun point pour ce critère.



Les renseignements suivants sont requis :

- 1) Nom de l'entreprise : \_\_\_\_\_  
Adresse : \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
Personne-ressource : \_\_\_\_\_  
Deuxième personne-ressource : \_\_\_\_\_  
Téléphone/télécopieur : \_\_\_\_\_  
Courriel : \_\_\_\_\_

[Traduction]

22. La modification n° 001 de la DOC<sup>13</sup> comportait la question et la réponse suivantes concernant le calendrier du processus d'évaluation :

**Question 2 :** Pourriez-vous préciser l'échéancier des trois premières étapes du processus de sélection, après le 30 septembre 2009?

**Réponse :** Nous prévoyons l'échéancier suivant pour les trois (3) premières étapes :

Les propositions évaluées à la première étape et à la deuxième étape doivent être terminées dans un délai de un (1) mois. L'évaluation afférente à la troisième étape [...] doit être terminée dans un délai de deux (2) à trois (3) semaines.

Quant à l'évaluation finale, elle doit être entièrement terminée à la fin de novembre 2009.

[Traduction]

23. La modification n° 001 à la DOC comportait aussi la question et la réponse suivantes concernant le processus de communication avec les entreprises clientes données comme références :

**Question 26 :** Pouvons-nous vous indiquer les moments où vous pourriez appeler nos références pour nous assurer que les gens seront disponibles pour répondre aux questions?

**Réponse :** Comme l'indique l'article 1.4 à la page 43, le responsable de l'offre à commandes (TPSGC) communiquera avec le client-référence par écrit pour confirmer les renseignements demandés. Le client-référence disposera de trois (3) jours ouvrables à compter de la communication de la demande pour fournir une réponse à TPSGC. Si TPSGC est incapable de communiquer avec la personne-ressource indiquée, l'État se réserve le droit de communiquer avec la deuxième personne-ressource, qui disposera alors de trois (3) jours ouvrables à compter de la demande pour fournir une réponse à TPSGC. Si TPSGC ne réussit pas à obtenir une réponse des références, dans le délai indiqué, l'offre ne se fera attribuer aucun point pour ce critère.

[Traduction]

24. La DOC contenait aussi un énoncé général indiquant qu'il incombait au soumissionnaire de fournir des renseignements de façon claire :

**Il incombe au soumissionnaire de fournir clairement et distinctement les renseignements demandés et il n'appartient pas à l'évaluateur de chercher la réponse, afin d'évaluer la note.**

[Traduction]

---

13. *Ibid.*, pièce 2.

25. Dans sa réponse aux articles 1.3 et 1.4 de l'annexe « C » de la DOC, la proposition d'Adware contenait un tableau comprenant des cases qui fournissaient des renseignements relatifs à ses deux entreprises clientes données comme références, sous les rubriques suivantes : « Organisation cliente » [traduction], « Adresse » [traduction] et « Personne-ressource et deuxième personne-ressource » [traduction]<sup>14</sup>.

26. Le Tribunal fait remarquer que l'article 1.4 de l'annexe « C » de la DOC exigeait des soumissionnaires qu'ils fournissent une adresse municipale et une adresse électronique; elle n'exigeait pas de numéro de télécopieur mais donnait aux soumissionnaires l'occasion d'en fournir un. Adware n'a pas fourni l'adresse municipale de ses entreprises clientes données comme références dans la rubrique du tableau intitulée « Personne-ressource et deuxième personne-ressource ». Toutefois, sa réponse à l'article 1.4 renvoie aux renseignements fournis pour l'article 1.3 dans son ensemble. Cette réponse, à la lumière d'une interprétation raisonnable des exigences de l'article 1.3, amène le Tribunal à conclure que les renseignements figurant dans la rubrique « Adresse » de la case auraient raisonnablement dû être interprétés par les évaluateurs comme étant l'adresse municipale requise pour les entreprises clientes données comme références sous la rubrique « Personne-ressource et deuxième personne-ressource », comme l'exigeait l'article 1.4. Compte tenu de la façon dont cette partie de la proposition a été structurée par Adware, le Tribunal n'estime pas qu'Adware devait nécessairement inscrire l'adresse municipale dans la rubrique « Personne-ressource et deuxième personne-ressource » du tableau afin de s'acquitter de son obligation aux termes de cette exigence de la DOC.

27. Adware n'a pas indiqué avoir fourni de numéro de télécopieur. Compte tenu de ce fait et de la preuve de l'employé de TPSGC qui a tenté de communiquer avec les personnes-ressources aux numéros de téléphone indiqués, il est raisonnable de conclure que les numéros de téléphone fournis par Adware (indiqués dans la proposition sous « Téléphone/télécopieur ») n'étaient pas aussi des numéros de télécopieur, de sorte qu'Adware n'a pas fourni de numéro de télécopieur pour ses entreprises clientes données comme références.

28. TPSGC a fourni un affidavit fait sous serment par l'employé de TPSGC qui a tenté de communiquer avec les entreprises clientes données comme références par Adware, de même que des copies des courriels pertinents et des notes concomitantes écrites à la main concernant les appels téléphoniques<sup>15</sup>. Adware a fourni les courriels des deux entreprises clientes données comme références. Selon l'affidavit, l'employé de TPSGC a tenté de communiquer avec celles-ci par courriel, mais non par courrier ordinaire. Adware ne conteste pas cette déclaration.

29. Pour la première entreprise cliente donnée comme référence par Adware, l'affidavit indique que TPSGC a tenté de joindre la personne-ressource au moyen de l'adresse électronique fournie par Adware, et ensuite en lui téléphonant deux fois (ce qui a mené à des messages dans la boîte vocale) sans recevoir de réponse. Dans sa plainte, Adware a fourni un courriel provenant de la deuxième personne-ressource de cette entreprise cliente donnée comme référence, lequel indiquait que personne n'avait communiqué avec elle. Toutefois, il n'y a aucun élément de preuve provenant de la personne-ressource de cette entreprise cliente donnée comme référence et le courriel de la deuxième personne-ressource n'indique pas si cette première personne-ressource a reçu une communication.

---

14. *Ibid.*, pièce confidentielle 3 à la p. 58.

15. *Ibid.*, pièce confidentielle 4.

30. Quant à la deuxième entreprise cliente donnée comme référence par Adware, l'affidavit indique que l'employé de TPSGC a tenté de communiquer avec la personne-ressource au moyen d'une adresse électronique qui n'était pas l'adresse précise fournie par Adware. L'affidavit n'explique pas pourquoi l'employé n'a pas utilisé l'adresse électronique précise fournie. Le rapport de l'institution fédérale offre une explication possible, mais il s'agit strictement d'une hypothèse puisque les éléments de preuve de l'employé n'indiquent pas si cette explication est correcte. L'affidavit énonce qu'un message d'erreur a été reçu en réponse au courriel et que l'employé de TPSGC a ensuite utilisé le numéro de téléphone fourni par cette personne-ressource, processus qui a mené à un message dans une boîte vocale et à une tentative vaine de parler à une personne au numéro de la « réception » [traduction]. L'employé de TPSGC a envoyé un deuxième courriel à une adresse légèrement différente, en vue de corriger ce qu'il croyait être une erreur typographique dans la proposition, mais a reçu un deuxième message d'erreur. L'employé de TPSGC n'a pas reçu de réponse à la suite des appels téléphoniques.

31. Dans sa plainte, Adware a fourni un courriel de la personne-ressource de la deuxième entreprise cliente donnée comme référence, lequel indiquait que cette personne n'avait jamais reçu d'appel téléphonique. Ce courriel indiquait une adresse différente de celle fournie dans la proposition.

32. Par conséquent, les éléments de preuve produits par les parties concernant les tentatives par TPSGC de communiquer avec les entreprises clientes données comme références se contredisent.

33. Concernant la première entreprise cliente donnée comme référence par Adware, TPSGC a fourni un affidavit fait sous serment par l'employé qui a tenté de communiquer avec la personne-ressource, de même que des copies des courriels pertinents et des notes concomitantes écrites à la main. Adware a fourni un courriel de la deuxième personne-ressource, qui ne mentionne pas directement les tentatives de communication avec la première personne-ressource. Le Tribunal estime que les éléments de preuve fournis par TPSGC sont de meilleure qualité que ceux fournis par Adware, de sorte que dans la mesure où les éléments de preuve des parties se contredisent à cet égard, le Tribunal accepte ceux de TPSGC.

34. Concernant la deuxième entreprise cliente donnée comme référence par Adware, TPSGC a aussi fourni un affidavit fait sous serment par l'employé qui a tenté de communiquer avec la personne-ressource, de même que des copies des courriels pertinents et des notes concomitantes écrites à la main. Adware a fourni un courriel de la personne-ressource qui traite du présumé appel téléphonique de TPSGC. Concernant l'appel téléphonique, TPSGC a fourni des éléments de preuve de meilleure qualité étant donné qu'ils prennent la forme d'un affidavit fait sous serment par son employé, de sorte que dans la mesure où les éléments de preuve des parties se contredisent à cet égard, le Tribunal accepte ceux de TPSGC. Concernant les tentatives par TPSGC de communiquer avec la personne-ressource par courriel, l'adresse du courriel qu'a fournie Adware paraît indiquer que celle-ci a fourni une adresse électronique inexacte dans sa proposition, ce qui appuie la preuve de TPSGC selon laquelle les tentatives d'utiliser l'adresse électronique fournie dans la proposition ont échoué.

35. La question en litige consiste à savoir si, en se fondant sur les éléments de preuve, TPSGC s'est conformé aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres.

36. TPSGC était tenu par la DOC de communiquer avec la personne-ressource « par écrit ». Ni la DOC ni les autres documents intégrés par renvoi dans la DOC ne définissent le terme « par écrit »<sup>16</sup>. Même s'il ressort de l'usage régulier qu'un document papier envoyé par courrier ordinaire est envoyé « par écrit », on ne sait pas si un courriel tombe aussi dans cette catégorie.

37. Rideau, la partie intervenante, prétend que puisque la personne-ressource de l'entreprise cliente donnée comme référence dispose seulement de trois jours ouvrables « [...] à compter de la communication de la demande de fournir une réponse à TPSGC [...] » [traduction], la DOC doit supposer que les communications électroniques sont « par écrit ». Le Tribunal ne convient pas que cela soit nécessairement le cas puisqu'on pourrait prétendre que pour une communication en format papier envoyée par courrier ordinaire, la demande n'est pas « communiquée » avant sa livraison au destinataire et qu'une référence qui répond par courrier ordinaire ne fournit pas une réponse avant que sa lettre ne soit livrée à TPSGC.

38. Toutefois, compte tenu du fait que les messages électroniques sont écrits et qu'il n'y aurait aucune raison apparente d'exiger des soumissionnaires qu'ils fournissent l'adresse électronique de l'entreprise cliente donnée comme référence en réponse au critère coté 1.4 si les courriels n'étaient pas interprétés comme étant « par écrit », le Tribunal conclut que les communications électroniques doivent être considérées faites « par écrit » aux fins de cette exigence. Par conséquent, TPSGC n'est pas tenu d'utiliser le courrier ordinaire plutôt que le courrier électronique, ou en sus de celui-ci, afin de se conformer aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres.

39. Pour ce qui est de la première entreprise cliente donnée comme référence par Adware, il est clair que TPSGC s'est conformé à l'exigence de communiquer avec la personne-ressource par écrit.

40. Toutefois, pour ce qui est de la deuxième entreprise cliente donnée comme référence par Adware, TPSGC n'a pas utilisé l'adresse électronique fournie dans la proposition dans ses tentatives de communications écrites. Les deux tentatives de communications électroniques faites par TPSGC utilisent des variantes légères de l'adresse électronique fournie dans la proposition. Les éléments de preuve indiquent que l'employé de TPSGC avait comme but, en utilisant les deux variantes, d'être proactif afin de trouver la bonne adresse. Les éléments de preuve indiquent aussi que l'adresse fournie dans la proposition était inexacte, de sorte qu'une communication électronique envoyée à cette adresse aurait échoué. Toutefois, malgré ces circonstances, il n'en demeure pas moins que TPSGC n'a pas utilisé l'adresse que le soumissionnaire a fournie, comme l'exige la DOC.

41. Le Tribunal n'est pas d'accord avec l'argument avancé par Adware selon lequel TPSGC aurait dû communiquer avec Adware lorsque les tentatives de communication avec les personnes-ressources des entreprises clientes données comme références ont échoué. La DOC n'exige pas que TPSGC agisse ainsi.

42. Adware prétend que la teneur des communications de TPSGC avec les entreprises clientes données comme références était inappropriée puisque ces communications indiquaient incorrectement que le soumissionnaire était « Adware Promotions Inc. » et n'indiquaient pas que l'employé de TPSGC faisait partie du gouvernement du Canada. Le Tribunal n'est pas d'accord. La proposition d'Adware indique clairement qu'il était entièrement approprié de désigner le soumissionnaire comme « Adware Promotions Inc. »<sup>17</sup>. De plus, la DOC n'exige pas expressément que ces communications indiquent que l'auteur fait

---

16. Les Instructions et conditions uniformisées 2006 de TPSGC - Instructions uniformisées - demande d'offres à commandes - biens ou services - besoins concurrentiels (2008-12-12) ont été incorporées par renvoi à la DOC et en faisaient partie intégrante.

17. Rapport de l'institution fédérale, pièce confidentielle 3, Sommaire à la p. 2.

partie du gouvernement du Canada. Le Tribunal fait remarquer que les courriels envoyés par l'employé de TPSGC aux entreprises clientes données comme références mentionnent la « Couronne », ce qui indique la participation du gouvernement, et fournissent des renseignements sur la personne-ressource afin de permettre au destinataire de préciser la nature de la source s'il le veut.

43. Adware prétend que TPSGC a communiqué de façon inappropriée parce qu'il l'a fait après l'écoulement de la période indiquée dans la DOC. Le Tribunal n'est pas d'accord. La DOC ne contient aucune exigence voulant que la vérification des références ait lieu dans un délai prescrit. Il ressort du libellé de la modification n° 001 de la DOC que les périodes prévues dans cette modification relativement aux étapes du processus d'évaluation ne sont que des périodes prévues, et non pas des exigences.

44. Par conséquent, le Tribunal conclut que pour la première entreprise cliente donnée comme référence, TPSGC s'est conformé aux exigences de la DOC. Quant à la deuxième entreprise cliente donnée comme référence, TPSGC ne s'y est pas conformé parce qu'il n'a pas utilisé l'adresse électronique fournie dans la proposition.

45. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal détermine que TPSGC n'a pas respecté les exigences de la DOC pour la deuxième entreprise cliente donnée comme référence, contrairement aux accords commerciaux pertinents, et conclut donc que la plainte est fondée en partie.

### Mesure corrective

46. Le Tribunal doit maintenant recommander la mesure corrective appropriée.

47. À cet égard, le paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit :

(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.

48. Le défaut d'évaluer une proposition conformément aux critères prévus par la DOC constitue manifestement une irrégularité dans la procédure de passation du marché public qui cause préjudice à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication. Toutefois, dans ce cas, le non-respect des exigences de la DOC était relativement mineur et n'a fait aucune différence dans le résultat des tentatives par TPSGC de communiquer avec la deuxième entreprise cliente donnée comme référence. Même si TPSGC aurait dû utiliser l'adresse électronique de la deuxième entreprise cliente donnée comme référence, indiquée dans la proposition, il ressort des éléments de preuve qu'il ne s'agissait pas de la bonne adresse électronique. De plus, les éléments de preuve n'indiquent pas que l'employé de TPSGC agissait de mauvaise foi à cet égard.

49. Par conséquent, le Tribunal n'estime pas que le processus d'appel d'offres aurait mené à un résultat différent si TPSGC s'était entièrement conformé aux accords commerciaux pertinents. Puisque Adware n'a subi aucun préjudice par suite des actes de TPSGC, le Tribunal estime qu'il ne convient pas de recommander une mesure corrective dans cette affaire.

## Frais

50. Le Tribunal accorde à Adware le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Pour déterminer le montant des frais dans la présente plainte, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui fonde l'évaluation du 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.

51. De l'avis préliminaire du Tribunal, la présente plainte a un niveau de complexité correspondant au premier niveau de complexité mentionné à l'annexe A de la *Ligne directrice*. Le marché public était relativement simple. La plainte n'était pas complexe puisqu'elle ne portait que sur la question de savoir si TPSGC avait communiqué avec des références comme il se devait. Les procédures de plainte étaient modérément complexes puisqu'il y avait une partie intervenante. L'indication provisoire donnée par le Tribunal du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$.

52. Le Tribunal fait remarquer que Rideau a demandé le remboursement des frais qu'elle avait engagés à titre de partie intervenante dans la plainte. Le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, d'accorder le remboursement des frais aux parties intervenantes ou contre elles. Lorsqu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire, il suit généralement les mêmes principes que ceux qui sont appliqués par les tribunaux<sup>18</sup>.

53. À cet égard, le Tribunal a examiné la pratique de la Cour fédérale du Canada<sup>19</sup> et fait remarquer les indications qu'elle a fournies dans *Sawridge c. Canada*<sup>20</sup>. Dans cette affaire, la Cour fédérale a indiqué que, même si elles n'ont pas généralement droit au remboursement des frais, les parties intervenantes peuvent obtenir un remboursement lorsque leurs droits sont directement affectés par l'instance et que d'autres éléments militent en faveur du remboursement des frais. Ces éléments sont les suivants :

- La partie intervenante a-t-elle contribué aux délibérations de la Cour en ajoutant un point de vue qui, autrement, n'aurait pas été pris en compte?
- Existe-t-il des mesures législatives pertinentes qui portent à croire que la partie intervenante a un intérêt particulier ou un important rôle à jouer?
- Quelle est la nature de l'intérêt particulier de la partie intervenante?

La Cour fédérale a indiqué que, dans ce contexte, l'intérêt particulier d'une partie intervenante peut être de nature financière patrimoniale, non pécuniaire ou autre et qu'il n'y a généralement pas lieu de prendre en compte les ressources des parties intervenantes pour décider s'il y a lieu de leur attribuer les frais<sup>21</sup>.

54. Il est clair que Rideau, en tant que soumissionnaire gagnant, avait un intérêt pécuniaire dans l'issue de cette affaire. C'est le cas pour toutes ou presque toutes les parties intervenantes dans les enquêtes du Tribunal sur les marchés publics. Rideau n'a pas prétendu qu'il y avait des dispositions législatives ou réglementaires pertinentes indiquant qu'elle avait un autre intérêt particulier. L'argument de Rideau était

---

18. *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525.

19. Le paragraphe 400(1) des *Règles des Cours fédérales*, D.O.R.S./98-106, prévoit que les cours fédérales ont « [...] le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer. »

20. 2006 CF 656 (CanLII) [*Sawridge*].

21. *Sawridge* au para. 40.

utile au Tribunal, mais il ne constituait pas, dans une mesure significative, un point de vue que le Tribunal n'aurait pas autrement pris en considération. Tout compte fait, guidé par les facteurs énoncés par la Cour fédérale dans *Sawridge*, le Tribunal considère qu'il ne convient pas d'attribuer des frais en faveur de Rideau.

### DÉCISION DU TRIBUNAL

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

56. Aux termes des paragraphes 30.15(2) and 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine qu'il ne convient pas de recommander une mesure corrective.

57. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Adware le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par TPSGC. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. 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 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*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président