



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2010-051

Hatehof Ltd.

*Décision prise
le lundi 23 août 2010*

*Décision et motifs rendus
le mardi 14 septembre 2010*

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

HATEHOF LTD.

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 décide de ne pas enquêter sur la plainte.

André F. Scott

André F. Scott

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

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 une demande d'expression d'intérêt et de qualification (DEIQ) (demande n° W847L-100018/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), au nom du ministère de la Défense nationale (MDN), pour la fourniture d'une flotte de véhicules blindés tactiques de patrouille (VBTP) et du soutien logistique pendant la durée de vie utile des VBTP. Selon les documents relatifs à la demande, la DEIQ constitue la première phase de deux phases d'une procédure de passation d'un marché public. Seuls les répondants qui satisfont aux exigences obligatoires des spécifications des exigences relatives aux systèmes des véhicules (SESV) sélectionnées énoncées à l'annexe C de la DEIQ seront invités à répondre à une demande de propositions, laquelle constitue la deuxième phase de la procédure de passation du marché.

3. Hatehof Ltd. (Hatehof) allègue que le libellé utilisé pour décrire deux des exigences obligatoires des SESV était imprécis et déroutant, la rendant ainsi injustement victime de discrimination et ayant pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Hatehof allègue en outre que les renseignements qu'elle a fournis en réponse à ces deux exigences obligatoires démontraient clairement qu'elle possédait les capacités techniques nécessaires pour exécuter le marché et que la décision de TPSGC de l'exclure de la deuxième phase de la procédure de passation du marché en raison de son omission de fournir des renseignements sous une forme particulière ne constitue pas une utilisation légitime de la procédure de présélection.

4. Le 24 mars 2010, TPSGC a publié une DEIQ visant l'acquisition de 500 VBTP (soit des véhicules de combat sur roues) et l'option d'acheter jusqu'à 100 véhicules supplémentaires, de même que la fourniture du soutien logistique pendant la durée de vie utile des VBTP. À la date de publication de la DEIQ, les deux exigences obligatoires des SESV, énoncées à l'annexe C de la DEIQ et pertinentes pour les fins de la présente plainte, prévoyaient ce qui suit :

N° d'identification	Spécification des exigences relatives aux systèmes des véhicules	Type d'exigence	Directives au répondant
DEIQ-SESV 116	À la date de clôture de la DEIQ, la protection contre les mines sous les roues du VBTP doit fournir aux occupants du VBTP une protection contre une explosion de mine de niveau 3A suivant le <i>STANAG</i> 4569, annexe B,	Obligatoire	Les répondants doivent fournir de la documentation/des données (y compris la matrice d'inertie du véhicule) afin de prouver la conformité de leur véhicule à cette exigence à la date de clôture de la DEIQ. Les répondants doivent

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

N° d'identification	Spécification des exigences relatives aux systèmes des véhicules	Type d'exigence	Directives au répondant
	de l'OTAN, lorsque testée conformément à l'AEP-55, vol. 2, édition 1.		expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées. Les répondants doivent fournir l'emplacement du site d'essai et un rapport d'essai contenant les résultats d'essais indépendants réalisés suivant les méthodes décrites dans l'AEP-55, vol. 2, édition 1 et présentés conformément à l'annexe F, qui démontrent la conformité à une protection minimale de niveau 3A suivant le STANAG 4569.
DEIQ-SESV 117	À la date de clôture de la DEIQ, la protection contre les mines sous l'habitacle du VBTP doit fournir aux occupants du VBTP une protection contre une explosion de mine de niveau 2B suivant le <i>STANAG</i> 4569, annexe B de l'OTAN, lorsque testée conformément à l'AEP-55, vol. 2, édition 1.	Obligatoire	Les répondants doivent fournir de la documentation/des données (y compris la matrice d'inertie du véhicule) afin de prouver la conformité de leur véhicule à cette exigence à la date de clôture de la DEIQ. Les répondants doivent expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées. Les répondants doivent fournir l'emplacement du site d'essai et un rapport d'essai contenant les résultats d'essais indépendants réalisés suivant les méthodes décrites dans l'AEP-55, vol. 2, édition 1 et présentés conformément à l'annexe F, qui démontrent la conformité à une protection minimale de niveau 2B suivant le <i>STANAG</i> 4569.

[Traduction]

5. Le 17 mai 2010, les « Directives au répondant » pour la DEIQ-SESV 116 ont été modifiées comme suit :

Les répondants doivent fournir la matrice d'inertie du véhicule. Les répondants doivent expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées. Les répondants devraient fournir l'emplacement du site d'essai et un rapport d'essai contenant les résultats d'essais indépendants réalisés suivant les méthodes décrites dans l'AEP-55, vol. 2, édition 1 et présentés conformément à l'annexe F, qui démontrent la conformité à une protection minimale de niveau 3A suivant le STANAG 4569. **Si les répondants ne sont pas en mesure de fournir des rapports d'essai à la date de clôture de la DEIQ, le dépôt de l'annexe H – Certificat de conformité établira la conformité à cette exigence pour les fins de la DEIQ. Cela n'élimine pas l'obligation qu'ont les répondants de fournir la matrice d'inertie du véhicule et d'expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées.**

[Traduction]

6. Le 17 mai 2010, les « Directives au répondant » pour la DEIQ-SESV 117 ont été modifiées comme suit :

Les répondants doivent fournir la matrice d'inertie du véhicule. Les répondants doivent expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées. Les répondants devraient fournir l'emplacement du site d'essai et un rapport d'essai contenant les résultats d'essais indépendants réalisés suivant les méthodes décrites dans l'AEP-55, vol. 2, édition 1 et présentés conformément à l'annexe F, qui démontrent la conformité à une protection minimale de niveau 2B suivant le STANAG 4569. **Si les répondants ne sont pas en mesure de fournir des rapports d'essai à la date de clôture de la DEIQ, le dépôt de l'annexe H – Certificat de conformité établira la conformité à cette exigence pour les fins de la DEIQ. Cela n'élimine pas l'obligation qu'ont les répondants de fournir la matrice d'inertie du véhicule et d'expliquer clairement comment le niveau de protection a été établi en indiquant la norme d'essai et la méthodologie employées.**

[Traduction]

7. La date limite pour répondre à la DEIQ tombait initialement le 26 mai 2010. Toutefois, à la suite des modifications à la DEIQ, la date limite a été reportée au 2 juin 2010. Hatehof a déposé une réponse avant cette date, mais a été informée par TPSGC, le 19 juillet 2010, qu'elle ne remplissait pas les conditions requises aux termes de la DEIQ visant l'acquisition de VBTP, car sa réponse ne respectait pas toutes les exigences obligatoires de la DEIQ. TPSGC faisait expressément référence à la réponse de Hatehof aux DEIQ-SESV 116 et 117 comme ne satisfaisant pas aux exigences puisque Hatehof « [...] n'a pas fourni la matrice d'inertie du véhicule »³ [traduction].

8. Dans une lettre à TPSGC datée du 30 juillet 2010, Hatehof s'opposait à son exclusion de la deuxième phase de la procédure de passation du marché, soutenant que le libellé des DEIQ-SESV 116 et 117 était imprécis. Une séance d'information entre TPSGC et Hatehof se tenait le 4 août 2010, durant laquelle TPSGC a maintenu sa position quant à son évaluation de la réponse de Hatehof à la DEIQ. Selon la plainte, Hatehof a été informée par courriel, après la séance d'information, que TPSGC ne donnerait pas suite à sa lettre d'opposition. Le 17 août 2010, Hatehof déposait sa plainte auprès du Tribunal.

3. Plainte, onglet 4. La modification 009 à la DEIQ prévoit ce qui suit : « La matrice d'inertie (tenseur) réfère aux moments d'inertie du véhicule dans les axes primaire et secondaire tridimensionnels, mesurés selon le poids nominal brut du véhicule (PNBV). Les moments d'inertie par rapport au centre de gravité du véhicule sont I_{xx} , I_{yy} , I_{zz} , I_{xy} , I_{xz} , I_{yz} , exprimés en $\text{kg} \cdot \text{m}^2$ ou en unités équivalentes » [traduction].

9. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par le plaignant 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*⁴, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵, à l'*Accord sur les marchés publics*⁶, au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange Canada-Chili*⁷ ou au chapitre quatorze de l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou*⁸, selon le cas. En l'espèce, seul l'AMP s'applique⁹.

10. Le paragraphe VI(1) de l'AMP prévoit ce qui suit :

Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou services qui vont faire l'objet d'un marché, telles que la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité et les dimensions, les symboles, la terminologie, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ou les procédés et méthodes de production, ainsi que les prescriptions relatives aux procédures d'évaluation de la conformité définies par les entités contractantes, ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.

11. Le paragraphe VII(1) de l'AMP prévoit ce qui suit :

Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire [...]

12. L'article VIII de l'AMP prévoit ce qui suit :

Dans la qualification des fournisseurs, les entités ne feront de discrimination ni entre les fournisseurs des autres Parties ni entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs des autres Parties. Les procédures de qualification seront conformes aux dispositions suivantes :

[...]

b) les conditions de participation aux procédures d'appel d'offres seront limitées à celles qui sont indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le marché en question

[...]

4. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

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

6. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

7. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 1997 R.T.C. 1994 n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [ALÉCC]. Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

8. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : 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) [ALÉCP].

9. Comme Hatehof est une société établie en Israël et n'a pas d'établissement au Canada, elle ne peut se prévaloir des dispositions de l'ALÉNA, de l'ACI, de l'ALÉCC ni de l'ALÉCP. En ce qui concerne l'applicabilité de l'ACI, le Tribunal souligne que la Cour suprême du Canada a statué, dans *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50 (CanLII), que les fournisseurs non canadiens n'ont pas qualité pour présenter devant le Tribunal des plaintes fondées sur l'ACI. En ce qui concerne l'applicabilité de l'AMP, le Tribunal souligne que même si l'annexe 1 de l'appendice I de l'AMP exclut expressément du champ d'application de l'AMP les véhicules de combat, d'attaque et de tactique *chenillés* (code 2350 de la classification fédérale des approvisionnements) lorsqu'ils sont acquis par le MDN, elle n'exclut pas les véhicules de combat, d'attaque et de tactique *sur roues* (code 2355 de la classification fédérale des approvisionnements).

13. Hatehof soutient que les DEIQ-SESV 116 et 117, à la fois dans leur version initiale et dans leur version modifiée, ont été rédigées d'une manière qui en rendait la compréhension difficile. Elle soutient que l'utilisation de parenthèses dans la version initiale et la rédaction imprécise de la version modifiée faisaient en sorte qu'il était facile d'interpréter l'exigence comme signifiant que la matrice d'inertie n'était pas requise. Hatehof souligne que la société d'essai indépendante qu'elle a engagée pour réaliser les essais visant à fournir les données exigées dans les DEIQ-SESV 116 et 117 était aussi d'avis et comprenait qu'une matrice d'inertie n'était pas requise. Selon Hatehof, cette ambiguïté a eu pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international et, se faisant, elle a été injustement victime de discrimination et désavantagée.

14. Le Tribunal est d'avis que le libellé de la version initiale et de la version modifiée des DEIQ-SESV 116 et 117 est clair. Les deux versions exigeaient sans ambiguïté et sans équivoque qu'une matrice d'inertie du véhicule soit fournie à la date de clôture de la DEIQ. Le Tribunal ne trouve rien pour étayer la proposition selon laquelle les versions modifiées des DEIQ-SESV 116 et 117 pourraient être interprétées, de manière raisonnable, comme signifiant que la matrice d'inertie pouvait être soumise après la DEIQ à la condition que d'autres critères soient satisfaits. En fait, les versions modifiées des DEIQ-SESV 116 et 117 indiquent clairement (en caractères gras) que « [I]es répondants doivent fournir la matrice d'inertie du véhicule » et que le dépôt d'un certificat de conformité au lieu de rapports d'essai « [...] n'élimine pas l'obligation qu'ont les répondants de fournir la matrice d'inertie du véhicule [...] » [traduction].

15. Dans des décisions antérieures, le Tribunal indiquait clairement qu'il incombe aux soumissionnaires de demander des éclaircissements avant de soumettre une offre¹⁰. Par conséquent, si Hatehof était d'avis que le libellé des DEIQ-SESV 116 et 117 rendait les exigences ambiguës, elle aurait dû demander des éclaircissements à TPSGC avant de soumettre une réponse à la DEIQ.

16. Hatehof reconnaît qu'elle n'a pas fourni la matrice d'inertie du véhicule proposé. Le Tribunal souligne que la DEIQ énonce clairement les conséquences du non-respect d'une exigence obligatoire.

17. La section 4 de la DEIQ, intitulée « **PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION** » [traduction], énonce ce qui suit :

1.4 Les répondants doivent respecter chacune des exigences obligatoires de cette demande. Si un répondant ne respecte pas l'une des exigences obligatoires de cette demande, sa réponse sera jugée non conforme ou non recevable et ne fera l'objet d'aucun examen supplémentaire.

[...]

2.1 Une réponse doit respecter les exigences de la demande et satisfaire tous les critères d'évaluation techniques obligatoires pour être déclarée recevable. [...]

2.2 [...] Tous les répondants à la DEIQ qui n'auront pas été retenus seront éliminés de la procédure et en seront avisés. Les répondants non retenus n'auront aucune autre occasion de participer à la présélection.

[Traduction]

18. Le Tribunal constate donc que la décision de TPSGC d'exclure Hatehof de la deuxième phase de la procédure de passation du marché public parce que celle-ci n'a pas fourni la matrice d'inertie du véhicule proposé à la date de clôture de la DEIQ était justifiée. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte, relativement à ce motif, ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément à l'AMP.

10. Voir, par exemple, *Re plainte déposée par Berlitz Canada Inc.* (18 juillet 2003), PR-2002-066 (TCCE); *Re plainte déposée par Primex Project Management Ltd.* (22 août 2002), PR-2002-001 (TCCE).

19. Hatehof a également soutenu que la décision de TPSGC de l'exclure de la deuxième phase de la procédure de passation du marché pour n'avoir pas fourni une matrice d'inertie ne constitue pas une utilisation légitime de la procédure de présélection. À son avis, l'exigence de fournir des renseignements sous une forme particulière n'a aucun rapport avec la capacité d'un répondant d'exécuter le marché. Elle a soutenu que la matrice d'inertie était exigée afin de démontrer que le véhicule est conforme à certains niveaux de protection contre les explosions de mines et que la documentation qu'elle a fournie en réponse à la DEIQ démontrait qu'elle respectait ces niveaux.

20. 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 ».

21. Ces dispositions énoncent clairement qu'une partie plaignante dispose d'un délai de 10 jours ouvrables à compter de la date où celle-ci découvre ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte pour présenter une opposition à l'institution fédérale concernée ou pour déposer une plainte auprès du Tribunal.

22. Puisque le Tribunal conclut que les versions initiale et modifiée des DEIQ-SESV 116 et 117 exigeaient sans ambiguïté et sans équivoque qu'une matrice d'inertie du véhicule soit fournie à la date de clôture de la DEIQ, le Tribunal considère que Hatehof aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte après avoir pris connaissance de la DEIQ ou au plus tard le 2 juin 2010, lorsqu'elle a présenté sa réponse. Par conséquent, si l'exigence de fournir une matrice d'inertie, c'est-à-dire une forme particulière de renseignement, causait un problème à Hatehof, il lui incombait de présenter une opposition à TPSGC concernant l'inclusion de cette exigence dans la DEIQ ou de déposer une plainte auprès du Tribunal au plus tard le 16 juin 2010 (soit dans les 10 jours ouvrables suivant le 2 juin 2010). Puisque Hatehof n'a présenté son opposition à TPSGC que le 30 juillet 2010 et n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 17 août 2010, le Tribunal considère, relativement à ce motif, que la plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

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

DÉCISION

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

André F. Scott

André F. Scott

Membre président