

Ottawa, le mercredi 29 septembre 1999

Dossier n° : PR-99-018

EU ÉGARD À une plainte déposée par Am-Tech Power Systems Ltd. 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 EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte n'est pas fondée.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 29 septembre 1999

Membre du Tribunal : Arthur B. Trudeau

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Agent d'enquête : Dominique Laporte

Avocat pour le Tribunal : Tamra Alexander

Partie plaignante : Am-Tech Power Systems Ltd.

Avocat pour la partie plaignante : Colin R. Dubeau

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le mercredi 29 septembre 1999

Dossier n° : PR-99-018

EU ÉGARD À une plainte déposée par Am-Tech Power Systems Ltd. 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 EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 14 juillet 1999, Am-Tech Power Systems Ltd. (Am-Tech) a déposé 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 à l'égard du marché public (numéro d'invitation EHA36-9-6029) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) portant sur la fourniture et l'installation d'une génératrice de secours pour un immeuble du Centre de la sécurité des télécommunications.

Am-Tech a allégué que le Ministère a incorrectement déclaré non conforme l'offre commune qu'elle a présentée avec Les entreprises électriques Yvan Dubuc (Dubuc) (la soumission en question). Plus précisément, Am-Tech a soutenu que le Ministère a à tort déclaré la soumission en question non conforme du fait que le protocole d'entente (le Protocole) passé entre Am-Tech et Dubuc en vue de l'établissement d'une coentreprise rendait la soumission conditionnelle et du fait que Dubuc n'était pas une partie principale aux termes du cautionnement de soumission.

Am-Tech a demandé, à titre de mesure corrective, que le marché soit adjugé à Am-Tech et Dubuc. Comme solution de rechange, Am-Tech a demandé que toutes les soumissions présentées dans le cadre du marché public fassent l'objet d'une nouvelle évaluation. Comme autre solution de rechange, Am-Tech a demandé que Am-Tech et Dubuc reçoivent une indemnité d'un montant déterminé par le Tribunal. Am-Tech a demandé, de toute façon, le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement au traitement de sa plainte.

Le 15 juillet 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisque cette dernière répondait aux conditions énoncées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le même jour, le Tribunal a ordonné que soit reportée l'adjudication de tout contrat relatif au marché public en cause jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la validité de la plainte. Le 16 juillet 1999, le Ministère a informé le Tribunal qu'un marché avait été adjugé à un autre soumissionnaire le 23 juin 1999. Le 21 juillet 1999, le Tribunal a donc abrogé son ordonnance de report d'adjudication du 15 juillet 1999. Le 10 août 1999, le Ministère a déposé un rapport de l'institution fédérale (le RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du*

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

2. D.O.R.S. /93-602 [ci-après *Règlement*].

*commerce extérieur*³. Le 20 août 1999, Am-Tech a déposé ses commentaires sur le RIF auprès du Tribunal et, le 27 août 1999, le Ministère a déposé des observations complémentaires auprès du Tribunal en réponse aux commentaires d'Am-Tech sur le RIF. La réponse du Ministère a été transmise à Am-Tech le 30 août 1999. Il n'y a pas eu d'autres observations.

Les renseignements au dossier permettant de déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte à partir des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 5 mai 1999, le Ministère a reçu une demande visant la fourniture et l'installation d'une génératrice diesel de secours, le tout devant être exécuté avant le 30 novembre 1999. Le 31 mai 1999, le Ministère a donc transmis une invitation à soumissionner à six sociétés inscrites à la liste des fournisseurs compétents, dont Dubuc, mais non à Am-Tech. Le 7 juin 1999, Dubuc a informé le Ministère, par téléphone, de son intention de former une coentreprise avec Am-Tech.

L'invitation à soumissionner, au paragraphe 1.1 de la section intitulée « Instructions particulières aux soumissionnaires » indique, notamment, ce qui suit :

Les documents suivants sont incorporés par renvoi dans la présente demande de soumission et dans les documents contractuels et en font partie intégrante :

.1 Instructions générales aux soumissionnaires R0001T.

[Traduction]

Les sections 2, 3 et 10, « La soumission », « Modalités de signature » et « Exigences relatives à la garantie de soumission » des « Instructions générales aux soumissionnaires » comprennent, notamment, les dispositions suivantes :

2.1 La soumission doit être :

.3 remplie correctement en tous points;

.4 signée conformément aux modalités de signature énoncées dans la présente;

.5 accompagnées de la garantie de soumission précisée dans la présente.

3.1 La soumission est signée conformément aux exigences suivantes :

.4 Coentreprise – Les signataires autorisés de chaque membre de la coentreprise doivent signer, et leur nom et leur titre doivent être dactylographiés ou inscrits en lettres moulées dans l'espace prévu. Chacun des signataires participants signe le document de la façon qui correspond à ses modalités particulières.

10.1 Le soumissionnaire doit inclure dans sa soumission une garantie de soumission sous la forme d'un cautionnement de soumission ou d'un dépôt de garantie.

[Traduction]

Le 14 juin 1999, soit à la date de clôture des soumissions, une ouverture publique des soumissions a eu lieu. Quatre soumissions ont été reçues, dont la soumission en question.

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

Les sections 1.2 et 1.10 de la soumission en question prévoient, notamment, ce qui suit :

1.2 Nom et adresse d'affaires du soumissionnaire

NOM : LES ENTREPRISES ÉLECTRIQUES YVAN DUBUC LTÉE ET AM-TECH
POWER SYSTEMS LTD. - PROTOCOLE D'ENTENTE DE
COENTREPRISE CI-JOINT

1.10 Exécution de la soumission

Le soumissionnaire se reportera à la clause 3 des Instructions générales aux soumissionnaires.

SIGNÉ, AUTHENTIFIÉ ET LIVRÉ le quatorzième jour de juin 1999 au nom de LES
ENTREPRISES ÉLECTRIQUES YVAN DUBUC LTÉE ET AM-TECH POWER SYSTEMS
LTD. - PROTOCOLE D'ENTENTE DE COENTREPRISE CI-JOINT.

SIGNATAIRE(S) AUTORISÉ(S)
[Signature du président d'Am-Tech]

[Traduction]

Le Protocole, signé par des représentants sans titre d'Am-Tech et de Dubuc, était joint aux documents de soumission. Le Protocole indique, notamment, ce qui suit :

Il est par la présente convenu et entendu que, aux fins de l'exécution de ce projet, Les entreprises électriques Yvan Dubuc Ltée et Am-Tech Power Systems Ltd. se formeront en « coentreprise » dans laquelle les deux sociétés susmentionnées seront pleinement responsables de la bonne exécution du projet tel qu'il a été précisé et aux termes des lois du Canada si la soumission devait être celle qui est retenue.

[Traduction]

Un cautionnement de soumission établi auprès de la London Guarantee Insurance Company à titre de garantie et portant le nom d'Am-Tech à titre de partie principale était joint aux documents de soumission.

Le 23 juin 1999, le Ministère a adjugé le marché à Black Electric Ltd. et, le même jour, a informé Am-Tech que sa soumission était irrecevable. Le 7 juillet 1999, dans une lettre au Ministère, les avocats d'Am-Tech ont demandé des précisions quant aux raisons pour lesquelles la soumission en question n'était pas conforme. Le 9 juillet 1999, dans une lettre envoyée aux avocats d'Am-Tech, le Ministère a expliqué pourquoi la soumission en question n'était pas conforme.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

Le Ministère a soutenu que la soumission en question a correctement été déclarée non conforme du fait qu'elle n'avait pas été soumise selon les conditions obligatoires portant sur les modalités de signature dans le cas des soumissions présentées en participation, telles qu'elles avaient été énoncées dans les « Instructions générales aux soumissionnaires ». Le Ministère a soutenu que l'alinéa 3.1.4 des « Instructions générales aux soumissionnaires » précisait que chaque membre de la coentreprise devait signer. Étant donné que la soumission en question a été présentée au nom de Dubuc et d'Am-Tech — co-entreprise et qu'un protocole de coentreprise y était joint, mais était signé par le président d'Am-Tech uniquement, le Ministère a soutenu avoir correctement rejeté la soumission.

En outre, le Ministère a déclaré que la soumission en question ne satisfaisait pas les conditions obligatoires énoncées dans les « Instructions générales aux soumissionnaires » en ce qui a trait au cautionnement de soumission et à la garantie de soumission. Le Ministère a affirmé que le cautionnement de soumission, indiquant seulement Am-Tech comme partie principale, n'offrait pas une garantie de soumission au nom du soumissionnaire, à savoir la coentreprise, contrairement aux exigences énoncées dans les « Instructions générales aux soumissionnaires ». Le Ministère a soutenu que, contrairement à l'affirmation d'Am-Tech, le cautionnement de soumission n'est pas censé lier les deux sociétés, puisqu'il n'y est aucunement fait mention de Dubuc et a été exécuté uniquement par Am-Tech. En outre, le Ministère a soutenu, dans sa réponse aux observations d'Am-Tech sur le RIF, que l'alinéa 2.1.3 des « Instructions générales aux soumissionnaires » fait de l'obligation de remplir correctement en tous points les soumissions une condition obligatoire.

En ce qui concerne le Protocole, le Ministère a soutenu que ledit Protocole ne pourrait être exécuté en regard de l'une et l'autre des sociétés Am-Tech et Dubuc dans le contexte de l'exécution des modalités de la soumission ou de tout autre contrat subséquent. Le Ministère a aussi soutenu que la Couronne n'est pas une partie au Protocole et qu'il n'en découle aucun droit pour la Couronne. Le Ministère a ajouté que, puisque le Protocole fait part de l'entente entre Dubuc et Am-Tech visant la formation d'une coentreprise à une date ultérieure non précisée si la soumission devait être retenue, il est clair que la coentreprise n'existait pas au moment de la soumission. Par conséquent, toute affirmation d'Am-Tech donnant à croire que cette dernière avait le pouvoir de lier Dubuc en vertu d'un protocole de coentreprise en vigueur est dénuée de tout fondement. Au sujet de la jurisprudence citée par Am-Tech, le Ministère a déclaré qu'elle n'était pas pertinente à la soumission en question, puisque les affaires citées se rapportent aux critères qu'il convient d'appliquer pour déterminer si des parties avaient, ou non, l'intention d'établir une coentreprise ou un partenariat, en l'absence de textes précis à cet égard. Le Ministère a soutenu que, lorsque des soumissionnaires en coentreprise prétendent présenter une soumission dans le cadre d'une coentreprise, leur soumission est invalidée par des documents qui contredisent clairement et précisément l'existence d'un protocole de coentreprise, en indiquant que la formation de la coentreprise ne surviendra que plus tard et d'une manière conditionnelle à des éventualités futures.

Pour ce qui est de l'allégation d'Am-Tech selon laquelle le Protocole n'est qu'une simple expression des attentes mutuelles d'Am-Tech et de Dubuc et ne devrait pas être traité comme une condition préalable à la prise d'effet du caractère exécutoire de la soumission ou du marché, le Ministère a répondu que cette affirmation appuie la position du Ministère selon laquelle Am-Tech n'avait pas le pouvoir de lier Dubuc au moment de la soumission, et dans le contexte de la soumission et du cautionnement de soumission. Le Ministère a ajouté que, contrairement à l'observation d'Am-Tech selon laquelle le Protocole n'est qu'un ajout sous réserve de tout préjudice à la soumission, ledit Protocole est un élément qui fait partie intégrante de la soumission et qui établit la nature du lien entre les sociétés qui présentent la soumission en coentreprise. Quant à l'ambiguïté des documents d'appel d'offres, le Ministère a soutenu que, étant donné que la partie plaignante n'a jamais soulevé la question de l'ambiguïté avant la date de clôture des soumissions, la plainte pour ce motif n'a pas été présentée dans les délais prescrits.

Position d'Am-Tech

Am-Tech a soutenu que, puisqu'une coentreprise est fondamentalement un partenariat visant un objectif unique, le principe veut qu'un partenaire ait le pouvoir de lier. Par conséquent, l'exécution, par Am-Tech, de la soumission en question lie Am-Tech et Dubuc. Quant à l'aspect conditionnel de la soumission en question, Am-Tech a soutenu que sa présentation d'une soumission en coentreprise était une

exécution partielle aux termes du Protocole, ce qui lui conférait un caractère exécutoire. Par conséquent, puisque le Protocole avait force exécutoire, il n'a pas rendu conditionnelle la soumission en question. En réponse à la question concernant les modalités obligatoires de signature soulevées dans le RIF, Am-Tech a soutenu que le Ministère ne peut pas prétendre se fonder sur des modalités de signature ambiguës et a avancé que les modalités obligatoires auraient dû être interprétées en faveur de la partie plaignante, de telle sorte que l'une ou l'autre des sociétés en coentreprise auraient pu exécuter la soumission.

Am-Tech a soutenu que le Protocole n'était qu'un ajout aux documents de soumission. Ledit Protocole aurait dû être compris comme n'étant qu'une simple explication de certains éléments de la soumission et qu'une simple expression des attentes mutuelles des soumissionnaires en coentreprise. En ce qui concerne le cautionnement de soumission, Am-Tech a avancé que, puisque ledit cautionnement a été soumis dans le cadre du plus vaste ensemble que constituent les documents de soumission compris dans l'offre commune, l'exécution par Am-Tech lie, en l'espèce, les deux soumissionnaires en coentreprise. Finalement, Am-Tech a soutenu que, relativement à l'offre commune, en considérant cette dernière dans son ensemble et en accordant la prépondérance au fond plutôt qu'à la forme sous laquelle ladite soumission a été présentée, l'offre commune a été correctement exécutée à titre de coentreprise.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du *Règlement* prévoit notamment que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴.

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prescrit, notamment : « Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ». Par conséquent, le Tribunal doit déterminer si les documents d'appel d'offres ont indiqué clairement que des modalités de signature et des exigences de garantie particulières étaient requises dans le cas d'une soumission présentée par une coentreprise et si le Ministère a agi conformément auxdites procédures lorsqu'il a déclaré irrecevable la soumission en question.

Après avoir examiné avec soin les éléments de preuve ainsi que les observations présentées par les parties, le Tribunal est d'avis que le Ministère n'a pas contrevenu aux dispositions de l'ACI lorsque ce dernier a déclaré la soumission en question non conforme pour ce qui concerne les modalités de signature dans le cas des coentreprises et les garanties de sécurité exigées. Le Tribunal fait observer que, dans la soumission en question, le « Soumissionnaire » est clairement désigné comme étant Am-Tech et Dubuc – coentreprise. Le Tribunal conclut que l'invitation à soumissionner indique clairement, à deux endroits (au paragraphe 1.1 des « Instructions particulières aux soumissionnaires » et au paragraphe 1.2 des « Instructions générales aux soumissionnaires ») que les instructions générales font partie intégrante des documents d'invitation à soumissionner et que la présentation d'une soumission constitue une reconnaissance par le soumissionnaire que ce dernier comprend et accepte d'être lié par lesdits documents. Quant aux modalités de signature, le Tribunal est d'avis que l'alinéa 3.1.4 des « Instructions générales aux soumissionnaires » exige spécifiquement que chaque membre de la coentreprise signe la soumission. Les documents d'invitation à soumissionner, à l'alinéa 2.1.3 des « Instructions générales aux

4. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994 [ci-après ACI].

soumissionnaires », ainsi qu'au paragraphe 1.10 du document d'appel d'offres, renvoient clairement à cette condition obligatoire.

En ce qui a trait aux exigences relatives à la garantie de soumission, le Tribunal conclut que le paragraphe 1.6 des documents de soumission énonce, sans ambiguïté, que le cautionnement de soumission doit être soumis en conformité avec l'article 10 des « Instructions générales aux soumissionnaires » et que le défaut de fournir un tel cautionnement selon la formule prévue rendrait la soumission irrecevable. Étant donné que le cautionnement de soumission devait être soumis par le « Soumissionnaire » et qu'il n'a été soumis qu'au nom d'Am-Tech, le Tribunal est d'avis que le Ministère a correctement conclu que le cautionnement de soumission n'était pas fourni au nom du soumissionnaire, contrairement aux conditions énoncées à la section 10 des « Instructions générales aux soumissionnaires ». En outre, le Tribunal estime que les alinéas 2.1.3 et 2.1.5 des « Instructions générales aux soumissionnaires » établissent clairement que, pour être jugée conforme, la soumission doit être remplie correctement en tous points et accompagnée de la garantie de soumission précisée dans le document d'appel d'offres.

Étant donné que le Tribunal a conclu que le Ministère n'a pas contrevenu aux dispositions de l'ACI lorsque ce dernier a déclaré que la soumission en question ne répondait pas aux conditions obligatoires de l'invitation à soumissionner, il n'est pas nécessaire que le Tribunal traite de la question du Protocole ni de la question du moment du dépôt de la partie de la plainte qui porte sur l'ambiguïté des modalités de signature.

Le Ministère a demandé dans le RIF l'occasion de présenter d'autres exposés sur les frais dans la présente affaire. Le Tribunal a décidé que les circonstances de l'espèce ne justifient pas d'accorder des frais contre Am-Tech. Bien que la plainte d'Am-Tech ne soit pas fondée, elle n'était pas dénuée de fondement⁵. Des exposés sur cette question ne sont donc pas nécessaires, et le Tribunal n'accordera pas le remboursement de frais.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède et relativement à l'objet de la plainte, le Tribunal détermine que le marché public a été passé conformément aux exigences énoncées dans le cadre de l'ACI et que, par conséquent, la plainte n'est pas fondée.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre président

5. *Flolite Industries* (7 août 1998), PR-97-045 (T.C.C.E.).