



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2012-043

Sunny Jaura s/n Jaura Enterprises

*Décision prise
le jeudi 21 février 2013*

*Décision rendue
le vendredi 22 février 2013*

*Motifs rendus
le mardi 5 mars 2013*

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

SUNNY JAURA S/N JAURA ENTERPRISES

CONTRE

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

DÉCISION

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.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Eric Wildhaber

Eric Wildhaber

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

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.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ

2. Sunny Jaura s/n Jaura Entreprises (Jaura) a déposé une plainte concernant un marché public (invitation n° W0102-136957/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale pour des services d'hébergement à la base aéronavale de Sigonella en Sicile (Italie). Plus particulièrement, Jaura soutient ce qui suit :

- 1) le soumissionnaire retenu n'a peut-être pas obtenu la couverture et le certificat appropriés auprès d'un assureur autorisé à faire affaire au Canada, comme le prévoit l'exigence obligatoire en matière d'assurance de la demande de propositions (DP) (premier motif);
- 2) en permettant à des fournisseurs potentiels non canadiens ne figurant pas sur la liste affichée sur MERX³ de soumissionner, TPSGC a injustement désavantagé les fournisseurs potentiels canadiens inscrits sur cette liste parce qu'ils n'ont pas pu consulter la liste complète de leurs concurrents (deuxième motif).

3. À titre de mesure corrective, Jaura demande l'annulation du contrat, la publication d'une nouvelle invitation à soumissionner et le remboursement intégral de la valeur du contrat et des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa proposition et pour le dépôt de sa plainte. Jaura demande également qu'une ordonnance de report d'adjudication du contrat soit rendue.

CONTEXTE

4. Le 23 janvier 2013, TPSGC a publié l'invitation pour des services d'hébergement sur MERX. Jaura a présenté sa proposition à la date de clôture des soumissions, soit le 1^{er} février 2013.

5. Le 12 février 2013, le contrat a été adjugé à NH Parco Degli Aragonesi (NH Parco)⁴. Le même jour, Jaura a déposé une plainte par téléphone auprès de l'autorité contractante de TPSGC eu égard aux deux motifs énoncés ci-dessus. Cependant, ce n'était pas la première fois que Jaura exprimait ses préoccupations à l'égard de la procédure suivie par TPSGC pour adjudger des contrats semblables.

6. Selon la plainte, Jaura avait communiqué avec TPSGC relativement à deux autres invitations concernant l'hébergement hôtelier. Le 25 janvier 2013, le gestionnaire des approvisionnements de TPSGC a répondu par courriel aux plaintes de Jaura lui indiquant que, pour les invitations futures, TPSGC publierait sur MERX le nom des fournisseurs potentiels qu'il invite directement, ainsi que le nom de ceux qui ont demandé les documents d'appel d'offres par l'entremise du système électronique d'appels d'offres.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

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

4. L'avis d'adjudication du contrat a été publié sur MERX le 13 février 2013. Voir plainte, pièce jointe « EX. ITA #3 ».

De même, le 1^{er} février 2013, au cours d'un appel téléphonique, le gestionnaire des approvisionnements et l'autorité contractante de TPSGC ont prétendument garanti à Jaura que la question de l'affichage sur MERX d'une liste de tous les fournisseurs potentiels « serait réglée pour les DP futures »⁵ [traduction]. Le 8 février 2013, le gestionnaire des approvisionnements a fait parvenir un courriel à Jaura dans lequel il a employé les termes « selon ce qui a été discuté la semaine dernière » [traduction] pour faire référence à l'exigence obligatoire en matière d'assurance de la DP. Le gestionnaire des approvisionnements a indiqué que des changements seraient apportés pour les « prochains marchés publics qui seront passés à l'extérieur du Canada »⁶ [traduction].

7. Le 14 février 2013, Jaura a envoyé un courriel au gestionnaire des approvisionnements pour se plaindre du fait qu'aucune liste des fournisseurs invités n'était affichée sur MERX pour l'invitation en question. Jaura a également demandé si le contrat serait annulé ou si une nouvelle invitation serait publiée dans le cas où le soumissionnaire retenu ne respecterait pas les exigences obligatoires en matière d'assurance de la DP.

8. Le 15 février 2013, le gestionnaire des approvisionnements a répondu que l'invitation en question avait déjà été publiée lorsque Jaura a exprimé ses préoccupations pour la première fois. Il a assuré Jaura que, pour les invitations futures, TPSGC demandera aux fournisseurs potentiels de télécharger les documents d'appel d'offres sur MERX. Néanmoins, le gestionnaire des approvisionnements l'a également avertie qu'il pourrait encore y avoir des fournisseurs potentiels qu'elle ne connaîtrait pas puisque TPSGC ne pourrait contrôler le partage des documents d'appel d'offres, une pratique totalement permise.

9. Le 18 février 2013, Jaura a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

ANALYSE DU TRIBUNAL

Premier motif

10. La *Loi sur le TCCE* et le *Règlement* permettent à un fournisseur potentiel de déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique⁷. En appliquant ces dispositions, le Tribunal a fait une distinction importante entre la procédure de passation des marchés publics et l'administration des contrats. La procédure de passation d'un marché public débute au moment où une institution fédérale décide des produits ou services à acquérir et se poursuit jusqu'à l'attribution du marché⁸. L'administration d'un contrat est une étape distincte qui se déroule après l'adjudication du marché. Elle porte sur les questions soulevées lors de l'exécution et de la gestion du contrat. Le Tribunal a clairement indiqué que les questions d'administration de contrats ne sont pas de sa compétence⁹.

5. Plainte, pièce jointe « EX. LET 1A ».

6. Plainte, pièce jointe « Gmail #2 ».

7. *Loi sur le TCCE*, para. 30.11(1); *Règlement*, para. 7(1).

8. Voir par exemple l'article 514(2)a) de l'Accord sur le commerce intérieur, 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur < http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm > [ACT].

9. Voir par exemple *Plainte déposée par Auto Light Atlantic Limited* (20 janvier 2010), PR-2009-073 (TCCE) au para. 17; *Plainte déposée par Solartech Inc.* (16 octobre 2007), PR-2007-058 (TCCE).

11. En l'espèce, Jaura soutient que le fournisseur retenu doit prouver qu'il a obtenu, dans les 10 jours suivant l'adjudication du contrat, un certificat auprès d'un assureur autorisé à faire affaire au Canada. Puisque le contrat a été adjugé à NH Parco, un fournisseur italien, Jaura doute du fait qu'elle ait pu respecter les exigences en matière d'assurance comme une société canadienne aurait pu le faire. Par conséquent, Jaura exhorte TPSGC à annuler le contrat et à publier une nouvelle invitation.

12. La partie 6 de la DP, Clauses du contrat subséquent, indique ce qui suit :

11. Exigences en matière d'assurance

L'entrepreneur doit respecter les exigences en matière d'assurance prévues à l'annexe D. L'entrepreneur doit maintenir la couverture d'assurance exigée pendant toute la durée du contrat. Le respect des exigences en matière d'assurance ne dégage pas l'entrepreneur de sa responsabilité en vertu du contrat ni ne la diminue.

[...]

L'entrepreneur doit faire parvenir à l'autorité contractante, dans les dix (10) jours suivant la date d'attribution du contrat, un certificat d'assurance montrant la couverture d'assurance et confirmant que la police d'assurance est conforme aux exigences en vigueur. L'assurance doit être souscrite auprès d'un assureur autorisé à faire affaire au Canada. L'entrepreneur doit, à la demande de l'autorité contractante, transmettre au Canada une copie certifiée de toutes les polices d'assurance applicables.

[Nos italiques, traduction]

13. Le Tribunal estime que cette section de la DP est très claire. Les soumissionnaires ne sont pas tenus, à la clôture des soumissions, de satisfaire l'exigence relative à la production d'un certificat d'assurance. Cette exigence s'applique plutôt au soumissionnaire retenu après l'adjudication du contrat. En d'autres termes, le certificat n'est pas exigé au cours de la procédure du marché public elle-même; il n'est exigé que dans le cadre de l'administration du contrat, après l'adjudication du marché public.

14. Compte tenu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*, le premier motif de la plainte ne relève pas de la compétence du Tribunal puisqu'il porte sur l'administration du contrat, contrairement à la procédure du marché public elle-même. Par conséquent, le Tribunal ne peut commenter davantage sur ce motif de plainte.

Deuxième motif

15. Sur réception d'une plainte dans le délai prévu, le Tribunal doit déterminer s'il y a lieu d'enquêter en évaluant si la plainte respecte les trois conditions suivantes : 1) la partie plaignante doit être un fournisseur potentiel; 2) la plainte doit être au sujet d'un contrat spécifique; 3) la plainte doit démontrer, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux qui s'appliquent¹⁰. En l'espèce, les deux premières conditions semblent avoir été respectées, contrairement à la troisième.

10. *Règlement*, para. 7(1).

16. Seuls l'ACI et l'Accord de libre-échange Canada-Chili¹¹ s'appliquent à la procédure du marché public en question¹². Par conséquent, le Tribunal doit déterminer si la plainte démontre, de façon raisonnable, que TPSGC a conduit la procédure du marché public d'une manière contrevenant à l'un de ces accords.

17. Dans sa plainte, Jaura n'indique aucune disposition en particulier des accords commerciaux qui aurait pu ne pas avoir été respectée. En fait, Jaura ne soutient même pas qu'un accord commercial n'ait pas été respecté. Elle allègue simplement que la procédure a injustement avantagé ses concurrents étrangers.

18. Aucune disposition de l'ACI ou de l'ALÉCC ne semble pouvoir, de façon raisonnable, avoir pour effet d'obliger une institution fédérale à afficher sur MERX le nom de tous les fournisseurs potentiels.

19. Le paragraphe 506(2) de l'ACI prévoit ce qui suit : « L'appel d'offres doit être lancé au moyen de l'une ou plusieurs des méthodes suivantes : a) le recours à un système électronique d'appel d'offres auquel tous les fournisseurs canadiens ont également accès; b) la publication de l'appel d'offres dans un ou plusieurs quotidiens préalablement désignés et auxquels tous les fournisseurs canadiens ont facilement accès; c) le recours à des listes de fournisseurs [...]. »

20. Le paragraphe 506(4) de l'ACI prévoit que l'avis d'appel d'offres doit comporter au moins les renseignements suivants :

- a) une brève description du marché public envisagé;
- b) l'endroit où il est possible de se procurer les documents d'appel d'offres et des renseignements;
- c) les conditions d'obtention des documents d'appel d'offres;
- d) l'endroit où les offres doivent être transmises;
- e) la date et l'heure limite de présentation des offres;
- f) la date, l'heure et le lieu de l'ouverture des offres, en cas d'ouverture publique;
- g) une déclaration indiquant que le marché public est assujéti aux dispositions du présent chapitre.

11. *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.

12. Le numéro d'identification des biens et services pour l'invitation en question est V502B – Hôtels, motels et logements commerciaux, qui sont compris dans l'ALÉCC et qui ne sont pas exclus de l'ACI. Ces services sont cependant exclus de l'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), 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) et de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&view=d>> (entré en vigueur le 15 août 2011). La valeur estimée des services est inférieure au seuil monétaire de l'Accord sur les marchés publics (15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>).

21. 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 » [note omise].

22. L'article Kbis-04 de l'ALÉCC, Publication de l'avis de projet de marché, prévoit ce qui suit :

1. Pour chaque marché visé par le présent chapitre, *une entité publiera à l'avance un avis invitant les fournisseurs intéressés à déposer leurs soumissions pour ce marché (« avis de projet de marché »)*. Cet avis sera accessible pour toute la durée de la période de soumission dans le cadre du marché applicable.
2. *Chaque avis de projet de marché contiendra* la description du projet de marché, les conditions de participation auxquelles un fournisseur doit satisfaire pour participer au processus de marché, le nom de l'entité contractante, l'adresse à laquelle les fournisseurs peuvent obtenir tous les documents relatifs au marché, le délai fixé pour la présentation des soumissions et les dates de livraison des produits et services à fournir.

[Nos italiques]

23. L'article Kbis-06 de l'ALÉCC, Renseignements sur les projets de marché, 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.

[...]

[Nos italiques]

24. L'article Kbis-17 de l'ALÉCC, Renseignements de nature publique, prévoit ce qui suit :

1. Afin de faciliter l'accès aux renseignements afférents aux occasions commerciales en vertu du présent chapitre, chaque Partie fera en sorte que des *bases de données électroniques fournissant des renseignements à jour sur tous les marchés visés* par le présent chapitre et qui sont conclus par des entités figurant à l'annexe Kbis-01, notamment des renseignements susceptibles d'être ventilés par catégories détaillées de produits et de services, seront mises à la disposition des fournisseurs intéressés de l'autre Partie par le biais d'Internet ou d'un réseau informatique de télécommunication comparable. Chaque Partie s'engage, à la demande de l'autre Partie, à fournir des renseignements sur ce qui suit :
 - a. le système de classification utilisé pour ventiler les renseignements sur le marché pour les différents produits et services se trouvant dans ces bases de données; et
 - b. les procédures à suivre pour accéder à ces bases de données.
2. *Pour chaque marché visé par le présent chapitre, une entité acheteuse publiera un avis de projet de marché* sur l'Internet ou sur un réseau électronique comparable qui est largement diffusé et facilement accessible pour le public. Chaque Partie doit maintenir un portail électronique comprenant des liens aux avis des entités acheteuses.

[...]

[Nos italiques]

25. Ensemble, ces dispositions de l'*ACI* et de l'*ALÉCC* indiquent clairement le type de renseignements nécessaires dans le cadre d'un appel d'offres ouvert ou d'un avis de projet de marché. Elles comprennent les renseignements nécessaires pour permettre aux fournisseurs de préparer et de présenter des soumissions valables. Cependant, elles n'obligent pas l'institution fédérale à publier le nom des concurrents potentiels ou une liste des fournisseurs potentiels auxquels les documents d'appel d'offres ont été envoyés. En outre, elles n'exigent pas qu'une institution fédérale fournisse ces renseignements sur son système électronique d'appels d'offres.

26. Même si l'*ACI* et l'*ALÉCC* obligeaient les institutions fédérales à publier une liste de fournisseurs potentiels sur leur système électronique d'appels d'offres, il est difficile de comprendre comment un fournisseur potentiel pourrait bénéficier d'un avantage concurrentiel en connaissant le nom de tous les autres soumissionnaires potentiels. Les détails propres à une soumission, comme les prix ou les compétences, ne seraient pas inclus. De même, il est difficile de comprendre comment on pourrait s'attendre, de façon raisonnable, à ce qu'une institution fédérale connaisse et contrôle tous ceux à qui les documents d'appel d'offres ont pu être distribués, sans refuser à des soumissionnaires potentiels l'accès à des projets de marchés. Comme le gestionnaire des approvisionnements l'a expliqué à Jaura, TPSGC « ne peut contrôler le partage en coulisse des documents d'appel d'offres » [traduction], même si le nom des fournisseurs potentiels qui ont reçu les documents d'appel d'offres directement de TPSGC était affiché sur MERX dans le cadre de DP futures¹³.

27. Par conséquent, la plainte ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément à l'*ACI* ou à l'*ALÉCC*. Le Tribunal ne peut donc pas enquêter.

DÉCISION

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

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

13. Plainte, pièce jointe « Gmail #3A ».