



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2013-014

Knowledge Circle Learning
Services Inc.

c.

Ministère de la Santé

*Décision et motifs rendus
le lundi 13 janvier 2014*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 PLAINTE1

 PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....1

 OPPOSITION DE KNOWLEDGE CIRCLE.....3

 POSITION DES PARTIES4

 Knowledge Circle.....4

 Santé Canada.....4

ANALYSE DU TRIBUNAL5

 Respect des délais5

 Prétendue violation des accords commerciaux.....6

EU ÉGARD À une plainte déposée par Knowledge Circle Learning Services Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.);

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

KNOWLEDGE CIRCLE LEARNING SERVICES INC.

Partie plaignante

ET

LE MINISTÈRE DE LA SANTÉ

Institution fédérale

DÉCISION

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur conclut que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère de la Santé verse à Knowledge Circle Learning Services Inc. une indemnité pour perte d'opportunité. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que Knowledge Circle Learning Services Inc. et le ministère de la Santé négocient le montant de l'indemnité et que, dans les 30 jours suivant la date de la présente décision, ils lui fassent rapport sur le résultat de leurs négociations.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, Knowledge Circle Learning Services Inc. déposera auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. Le ministère de la Santé disposera ensuite de sept jours ouvrables après la réception du mémoire de Knowledge Circle Learning Services Inc. pour déposer un mémoire en réponse. Knowledge Circle Learning Services Inc. disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire en réponse du ministère de la Santé pour déposer des observations supplémentaires. Les conseillers juridiques doivent faire parvenir simultanément tous leurs documents au Tribunal canadien du commerce extérieur ainsi qu'à la partie adverse.

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 Knowledge Circle Learning Services Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte, ces frais devant être payés par le ministère de la Santé. Le degré de complexité de la présente plainte déterminé provisoirement par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 1, et le montant provisoire de l'indemnité est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou au montant provisoire de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du

Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Il relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif des frais et de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

Membre du Tribunal : Ann Penner, membre président

Conseillers juridiques pour le Tribunal : Eric Wildhaber
Alexandra Pietrzak

Agent des dossiers de marchés publics : Josée B. Leblanc

Partie plaignante : Knowledge Circle Learning Services Inc.

Conseillers juridiques pour la partie plaignante : Michael Rankin
Jonathan O'Hara

Institution fédérale : ministère de la Santé

Conseiller juridique pour l'institution fédérale : Aileen Jones

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
15^e étage
333, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7

Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTE

1. Le 5 septembre 2013, Knowledge Circle Learning Services Inc. (Knowledge Circle) 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 concernant une demande d'offre à commandes (DOC) (n° de référence 123728) faite par le ministère de la Santé (Santé Canada). La DOC portait sur la prestation de cours de français à temps partiel et à temps plein (particuliers) à l'intention des employés de Santé Canada en dehors de leur lieu de travail (c'est-à-dire dans les bureaux des fournisseurs) dans la région de la capitale nationale « sur une base ponctuelle ».

2. Knowledge Circle soutient que Santé Canada a incorrectement prolongé 6 des 10 conventions d'offre à commandes pour la prestation de cours de français au-delà de la durée maximale indiquée dans la DOC et dans les 10 conventions d'offre à commandes originales. Selon Knowledge Circle, ces prolongations constituent de nouveaux marchés qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de marché public concurrentielle comme l'exigent divers accords commerciaux. Knowledge Circle soutient que l'opportunité de soumissionner pour ces nouveaux marchés et de tirer profit de ceux-ci lui a été illégalement refusée.

3. À titre de mesure corrective, Knowledge Circle demande au Tribunal de recommander à Santé Canada de l'indemniser pour l'opportunité qu'elle a perdue de réaliser un profit.

4. Le 11 septembre 2013, le Tribunal a informé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte puisqu'elle satisfaisait 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*².

5. Le 17 octobre 2013, Santé Canada a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal conformément à l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 29 octobre 2013, Knowledge Circle a déposé ses commentaires sur le RIF.

6. Le 4 novembre 2013, Santé Canada a écrit au Tribunal en réponse à de nouvelles questions soulevées par Knowledge Circle dans ses commentaires sur le RIF et a demandé au Tribunal de verser ces commentaires au dossier. Le même jour, Knowledge Circle a informé le Tribunal qu'elle ne s'opposait pas aux commentaires additionnels de Santé Canada et a fourni une réponse additionnelle.

7. 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

8. Le 4 août 2006, Santé Canada a publié une DOC sur MERX concernant la prestation de cours de français à l'intention de ses employés. La date de clôture pour répondre à la DOC était le 10 octobre 2006.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

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

9. En janvier et février 2007, Santé Canada a adjugé des marchés à commandes à 10 fournisseurs, dont Knowledge Circle.

10. Selon l'énoncé des travaux de la DOC, les 10 conventions d'offre à commandes devaient être en vigueur pour une durée de trois ans, avec la possibilité pour chacune d'être prolongée de deux périodes d'une année, pour une durée maximale de cinq ans. La partie I de l'énoncé des travaux prévoit ce qui suit :

1.0 Étendue des travaux

[...]

1.3 Valeur estimée

[...]

Chaque convention d'offre à commandes est d'une durée initiale de trois (3) ans à compter de la date d'adjudication du contrat et est assortie de deux options de renouvellement d'une année chacune, pouvant être exercées à la seule discrétion de Santé Canada, pour une durée maximale de cinq (5) ans. [...]

[Traduction]

11. Le 29 janvier 2010, Santé Canada a exercé sa première option pour prolonger les 10 conventions d'offre à commandes d'une année en publiant la modification n° 1, qui prévoyait ce qui suit :

M2.0 Date de fin des travaux et description des travaux

M2.1 Supprimer : 28 février 2010
Insérer : 28 février 2011

M2.2 Supprimer : deux (2) périodes additionnelles d'un an prenant fin le 28 février 2012
Insérer : une (1) période additionnelle d'un an prenant fin le 28 février 2012

[Traduction]

12. En plus de prolonger la durée des 10 conventions d'offre à commandes, entre janvier et février 2010, Santé Canada a imposé des montants maximaux ou « plafonds » afin de limiter les frais totaux que chaque fournisseur pouvait obtenir aux termes de sa convention d'offre à commandes.

13. Le 31 janvier 2011, Santé Canada a exercé la deuxième option pour prolonger 8 des 10 conventions d'offre à commandes pour une période additionnelle d'un an en publiant la modification n° 2, qui prévoyait ce qui suit :

M2.0 Date de fin des travaux et description des travaux

M2.1 Supprimer : 28 février 2011
Insérer : 28 février 2012

M2.2 Supprimer : en totalité

[Traduction]

La convention d'offre à commandes de Knowledge Circle n'a pas été prolongée aux termes de la modification n° 2.

14. Le 31 janvier 2012, Santé Canada a publié la modification n° 3 pour prolonger six conventions d'offre à commandes d'une année additionnelle et a augmenté les frais totaux pouvant être facturés. La modification n° 3 prévoyait ce qui suit :

M2.0 Date de fin des travaux et description des travaux

- M2.1 Supprimer : 28 février 2012
Insérer : 28 février 2013
- M2.2 Supprimer : en totalité

[Traduction]

Une fois de plus, la convention d'offre à commandes de Knowledge Circle n'a pas été prolongée aux termes de la modification n° 3.

15. Enfin, le 27 février 2013, Santé Canada a publié la modification n° 4 pour prolonger les mêmes six convention d'offre à commandes pour une période additionnelle de six mois. La modification n° 4 prévoyait ce qui suit :

M2.0 Date de fin des travaux et description des travaux

- M2.1 Supprimer : 28 février 2013
Insérer : 30 août 2013

[Traduction]

Tout comme lors des modifications n°s 2 et 3, la convention d'offre à commandes de Knowledge Circle n'a pas été prolongée aux termes de la modification n° 4.

16. Les questions en litige dans la présente plainte ont trait à la modification n° 3, qui prolongeait six conventions d'offre à commandes pour une période d'un an, et à la modification n° 4, qui prolongeait les six conventions d'offre à commandes pour une période additionnelle de six mois (collectivement, les conventions d'offre à commandes en cause).

OPPOSITION DE KNOWLEDGE CIRCLE

17. Selon la plainte, Knowledge Circle a découvert, au début de 2012, que Santé Canada continuait d'adjuger des contrats visant la prestation de cours de français à ses concurrents (ci-après, les contrats additionnels), malgré l'expiration de la période maximale de cinq ans prévue dans l'énoncé des travaux. Knowledge Circle soutient qu'elle a été embrouillée par le fait que la divulgation proactive de Santé Canada sur son site Web indiquait que les contrats additionnels étaient à être adjugés au terme d'une procédure concurrentielle⁴.

18. Le 4 décembre 2012, lors de discussions en vue du règlement de questions n'ayant rien à voir avec la présente plainte, Knowledge Circle a demandé à Santé Canada d'expliquer comment et pourquoi les contrats additionnels étaient adjugés, car elle ignorait que d'autres invitations à soumissionner avaient été publiées depuis la DOC initiale.

4. Pièce PR-2013-014-01 au par. 17, vol. 1.

19. Le 24 décembre 2012, Santé Canada a répondu en indiquant que les discussions en vue d'un règlement n'étaient pas « [...] le cadre approprié pour soulever de nouvelles questions n'ayant aucun rapport⁵ » [traduction]. Par conséquent, Santé Canada a refusé de fournir des renseignements relatifs aux contrats additionnels à ce moment-là.

20. Le 12 mars 2013, le conseiller juridique de Knowledge Circle a déposé une demande d'accès à l'information afin de mieux comprendre la procédure concurrentielle utilisée par Santé Canada pour adjuger les contrats additionnels.

21. Le 28 juin 2013, Knowledge Circle a reçu les documents faisant l'objet de sa demande d'accès à l'information.

22. Le 15 juillet 2013, Knowledge Circle a présenté une opposition à Santé Canada. N'ayant reçu aucune réponse, Knowledge Circle a envoyé une lettre de relance à Santé Canada le 13 août 2013 exigeant une réponse au plus tard le 21 août 2013. Knowledge Circle a également indiqué que si elle ne recevait pas une réponse au plus tard le 21 août 2013, elle considérerait le silence de Santé Canada comme un « refus de réparation » et déposerait une plainte auprès du Tribunal.

23. Le 5 septembre 2013, n'ayant pas reçu de réponse de Santé Canada, Knowledge Circle a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Knowledge Circle

24. Knowledge Circle soutient que les modifications n^{os} 3 et 4 ont prolongé incorrectement les conventions d'offre à commandes, car elles ont été adjugées en violation de la durée maximale prévue par la DOC et par les modifications elles-mêmes. Selon Knowledge Circle, ces prolongations inappropriées constituent de nouveaux marchés et violent l'article IX de l'*Accord sur les marchés publics*⁶, l'article 1010 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷ et l'article 506 de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁸, car l'opportunité de soumissionner pour les contrats ainsi adjugés et de tirer profit de ceux-ci lui a été refusée.

Santé Canada

25. Santé Canada reconnaît que la durée maximale prévue dans la DOC initiale avait expiré le 28 février 2012⁹. Néanmoins, elle soutient que les modifications n^{os} 3 et 4 ne constituent pas de nouveaux marchés et, par conséquent, ne violent pas les accords commerciaux pertinents.

5. Pièce PR-2013-014-01, vol. 1 à l'onglet 11.

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 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^o 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

8. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

9. Pièce PR-2013-014-10 au par. 29, vol. 1B.

26. Santé Canada soutient plutôt que les modifications n^{os} 3 et 4 ont été publiées à la suite de projets que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) avait commencé à élaborer en 2008. Santé Canada soutient que, lorsqu'elle a appris que TPSGC prévoyait publier une offre à commandes principale et nationale (OCPN) pour la prestation de services de formation linguistique pour l'ensemble des ministères dont la date butoir était avril 2010, les conventions d'offre à commandes en cause ont dû être prolongées dans l'intervalle jusqu'à ce que l'OCPN soit prête. Par conséquent, Santé Canada soutient ce qui suit :

[...] les modifications aux conventions d'offre à commandes, qui n'ont prolongé la durée des conventions d'offre à commandes que pour une période limitée et rationnellement justifiable, relèvent de l'administration des contrats et ne constituent pas une nouvelle procédure de passation du marché public¹⁰.

[Traduction]

27. Subsidiairement, Santé Canada soutient que si les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause constituent en effet de nouveaux marchés, de tels marchés ne violent pas les accords commerciaux pertinents car « [...] ils avaient pour but de combler un écart imprévisible temporaire entre la procédure concurrentielle de Santé Canada et celle entreprise par Travaux publics¹¹ » [traduction]. Par conséquent, Santé Canada soutient que les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause étaient nécessaires afin de maintenir la prestation de cours de français et qu'elles sont, par conséquent, compatibles avec l'objet des accords commerciaux.

ANALYSE DU TRIBUNAL

Respect des délais

28. À titre de question préliminaire, Santé Canada soutient dans le RIF que la plainte de Knowledge Circle n'a pas été déposée en temps voulu. Plus particulièrement, Santé Canada soutient que Knowledge Circle savait en décembre 2012 qu'aucune nouvelle DOC pour la prestation de services de formation linguistique n'avait été publiée depuis août 2006 et que des contrats additionnels continuaient néanmoins d'être adjugés aux concurrents de Knowledge Circle. Par conséquent, Santé Canada soutient que Knowledge Circle aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte en décembre 2012. Étant donné que Knowledge Circle n'a déposé sa plainte qu'en septembre 2013, Santé Canada soutient que le Tribunal ne pouvait accepter d'enquêter sur la plainte.

29. Le Tribunal n'admet pas la position de Santé Canada à cet égard. Il est vrai que Knowledge Circle connaissait la date d'expiration de la DOC et le fait que des contrats additionnels avaient été adjugés à ses concurrents. Toutefois, la divulgation proactive de Santé Canada sur son site Web indiquait que les contrats étaient adjugés au terme d'une procédure concurrentielle¹². Bien que Knowledge Circle puisse avoir eu des préoccupations quant à la nature de ces contrats additionnels, elle n'était aucunement tenue de présumer que Santé Canada adjugeait ces contrats additionnels de la manière dont elle l'a fait.

30. En outre, comme indiqué ci-dessus, lorsque Santé Canada a apparemment prolongé les conventions d'offre à commandes en cause en publiant les modifications n^{os} 3 et 4, Knowledge Circle n'a pas reçu de convention d'offre à commandes modifiée. Par conséquent, Knowledge Circle n'était pas au courant de l'existence des modifications n^{os} 3 et 4, et encore moins de leur contenu. Puisque l'information n'a été

10. *Ibid.* au par. 35.

11. *Ibid.* au par. 36.

12. Pièce PR-2013-014-01 au par.17, vol.1.

transmise à Knowledge Circle qu'au moment où sa demande d'accès à l'information a été accueillie le 28 juin 2013, le Tribunal conclut que Knowledge Circle n'a découvert les faits à l'origine de sa plainte qu'à cette date. La lettre d'opposition de Knowledge Circle du 15 juillet 2013 respectait, par conséquent, les délais prescrits et elle a agi de manière raisonnable en envoyant une lettre de relance le 13 août 2013 en exigeant une réponse de Santé Canada au plus tard le 21 août 2013.

31. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que la plainte de Knowledge Circle a bien été déposée dans les délais prescrits.

Prétendue violation des accords commerciaux

32. 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. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établis par règlement pour un contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit aussi que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents, à savoir, en l'espèce, l'*ALÉNA*, l'*ACI*, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*¹³, l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou*¹⁴, l'*Accord de libre-échange Canada-Colombie*¹⁵ et l'*Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*¹⁶.

33. Le Tribunal a conclu que l'*AMP* ne vise pas la prestation de cours de français et, par conséquent, qu'il ne s'applique pas en l'espèce.

34. Dans sa réponse à la plainte déposée par Knowledge Circle, Santé Canada soutient dans son RIF qu'elle n'a pas manqué à ses obligations en vertu des accords commerciaux pour deux motifs. Plus particulièrement, elle soutient qu'une distinction peut être faite entre les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause et les autres décisions du Tribunal dans lesquelles il a conclu que de telles prolongations constituaient des contrats qui auraient dû faire l'objet d'une nouvelle procédure de passation de marché public. Subsidiairement, Santé Canada soutient que les modifications aux conventions d'offre à commandes en cause étaient nécessaires pour satisfaire aux exigences opérationnelles de manière temporaire et que, par conséquent, elles étaient compatibles avec l'objet des accords commerciaux.

35. En ce qui concerne le lancement de nouveaux projets d'achats, l'article 1010 de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit : « 1. Sauf disposition contraire de l'article 1016, une entité devra publier une invitation à participer pour tous les projets d'achats, en conformité avec les paragraphes 2, 3 et 5. L'invitation paraîtra dans la publication appropriée qui est indiquée à l'annexe 1010.1. » L'*ALÉCC*, l'*ALÉCP*, l'*ALÉCCO* et l'*ALÉCPA*

13. *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.

14. *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) [*ALÉCP*].

15. *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) [*ALÉCCO*].

16. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} avril 2013) [*ALÉCPA*].

contiennent des dispositions similaires à celles de l'ALÉNA. De même, le paragraphe 506(1) de l'ACI prévoit que tout nouveau marché public doit être passé conformément à une procédure de passation de marché public ouverte, sauf dans certaines circonstances limitées.

36. Le Tribunal a déjà conclu que, sauf dans de rares cas, l'article 1010 de l'ALÉNA et le paragraphe 506(1) de l'ACI exigent qu'une invitation à participer soit publiée chaque fois qu'une institution gouvernementale souhaite obtenir ou poursuivre des services qui ne sont pas prévus dans un contrat en vigueur. Par exemple, dans *Tendering Publications*¹⁷, le Tribunal a conclu que la prolongation d'un contrat au-delà de la date d'échéance du contrat constitue un nouveau marché qui doit faire l'objet d'une invitation à participer.

37. Santé Canada a tenté d'établir une distinction entre *Tendering Publications* et les faits de l'espèce, car la modification en cause dans *Tendering Publications* prolongeait le contrat et apportait également d'autres modifications administratives. Elle soutient en revanche que les modalités des conventions d'offre à commandes en cause sont demeurées inchangées, sauf les dates d'échéance prolongées et l'augmentation connexe des frais¹⁸.

38. En réponse, le Tribunal conclut que le nombre ou le degré de modifications administratives apportées à un contrat n'est pas pertinent en l'espèce. Le point principal de la présente plainte demeure le fait que les modifications n^{os} 3 et 4 prolongeaient les conventions d'offre à commandes en cause bien au-delà de leurs dates d'échéance – soit *18 mois* au total après les dates d'échéance prévues dans la DOC. Par conséquent, les modifications n^{os} 3 et 4 constituent en soi de nouveaux marchés qui auraient dû être passés d'une manière compatible avec les obligations découlant des accords commerciaux pertinents.

39. Santé Canada soutient également qu'une distinction peut être établie entre les faits de la présente plainte et ceux qui étaient en cause dans *Tendering Publications* car, dans ce cas, le Tribunal a conclu que la prorogation de deux ans du contrat n'était pas « un délai bien réfléchi¹⁹ », alors que les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause ont été faites en tenant compte des prévisions de Santé Canada quant à la date à laquelle l'OCPN serait publiée. Une fois de plus, le Tribunal est d'avis que cette différence n'est pas déterminante. La durée des prorogations de contrat ne change rien au fait que les conventions d'offre à commandes aient été prolongées au-delà de leur date d'échéance. Par conséquent, le Tribunal conclut, comme dans *Tendering Publications*, que les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause auraient dû faire l'objet de nouvelles procédures de passation de marché public conformément aux obligations découlant des accords commerciaux applicables. Santé Canada n'avait pas le pouvoir de prolonger unilatéralement ou par suite de négociations la durée des conventions d'offre à commandes en cause au-delà du 28 février 2012 sans tenir compte de la procédure de passation de marché public requise par les accords commerciaux applicables.

40. Le Tribunal n'est également pas convaincu par l'argument subsidiaire de Santé Canada selon lequel les prolongations des conventions d'offre à commandes en cause « [...] n'ont pas violé les accords commerciaux, car elles avaient pour but de combler un écart imprévisible temporaire entre la procédure concurrentielle de Santé Canada et celle qui a été entreprise par Travaux publics²⁰ » [traduction]. Plus précisément, Santé Canada soutient que les prolongations avaient pour but de lui permettre de continuer de fournir des cours de français jusqu'à ce que l'OCPN soit mise en œuvre.

17. (8 juillet 2002), PR-2002-002 (TCCE) [*Tendering Publications*]. Voir aussi *FM One Alliance Corp.* (27 juin 2001), PR-2000-63 (TCCE); *Rolls-Royce Industries Canada Inc.* (4 août 2000), PR-99-53 (TCCE).

18. Pièce PR-2013-014-10 au par. 33, vol. 1B.

19. *Tendering Publications* à la p. 7.

20. Pièce PR-2013-014-10 au par. 36, vol. 1B.

41. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans les observations de Santé Canada, le Tribunal est d'avis que Santé Canada a prolongé les conventions d'offre à commandes en cause aux termes de l'article 1016 de l'*ALÉNA*²¹. Plus particulièrement, il semble qu'un parallèle peut être fait entre l'alinéa 1016(2)c) et l'argument de Santé Canada selon lequel les modifications n^{os} 3 et 4 étaient nécessaires en raison du retard dans la publication de l'OCPN. L'alinéa 1016(2)c) prévoit ce qui suit :

2. Une entité pourra utiliser les procédures d'appel d'offres limitées dans les circonstances et sous réserve des conditions suivantes, le cas échéant :

[...]

(c) dans la mesure où cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou les services en temps voulu.

42. Le Tribunal a dans le passé donné une interprétation très étroite à ces dispositions de l'*ALÉNA* et de l'*ACI* afin de respecter la prépondérance qu'accordent les accords commerciaux à la concurrence²². En outre, le Tribunal a déterminé que, dans les cas où une procédure d'appel d'offres limitée est utilisée, il incombe à l'institution gouvernementale de s'assurer que la procédure d'appel d'offres limitée est permise dans ces circonstances particulières²³. Le Tribunal est d'avis que Santé Canada ne s'est pas acquitté de ce fardeau en l'espèce.

43. En effet, l'alinéa 1016(2)c) de l'*ALÉNA* et le paragraphe 506(1) de l'*ACI* prévoient deux conditions qui doivent être satisfaites avant qu'une procédure d'appel d'offres limitée puisse être utilisée : premièrement, il doit y avoir *extrême urgence* et, deuxièmement, cette extrême urgence doit être due à des *événements qui ne pouvaient être prévus*. Le Tribunal est d'avis que ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est satisfaite en l'espèce. En ce qui concerne la première condition, Santé Canada a simplement déclaré qu'« il y avait encore un besoin de se procurer²⁴ » [traduction] des cours de français. Selon le Tribunal, le fait qu'il y avait encore un besoin de se procurer de tels services ne constitue pas une situation d'*extrême urgence*, comme l'exigent les accords commerciaux.

44. En ce qui concerne la deuxième condition, compte tenu des observations de Santé Canada lui-même, le Tribunal conclut que l'échéance des conventions d'offre à commandes en cause avant la publication de l'OCPN était entièrement prévisible. Selon Santé Canada, la date d'échéance de TPSGC pour la publication de l'OCPN était avril 2010²⁵. Même si TPSGC n'a pas respecté cette date d'échéance, Santé Canada n'a pris aucune mesure à l'égard de l'échéance connue des conventions d'offre à commandes en cause avant janvier 2012, soit environ un mois avant l'échéance des marchés à commandes et plus de 18 mois après avoir pris connaissance des retards relatifs à l'OCPN envisagée.

45. Par conséquent, le Tribunal conclut que, compte tenu du retard dans la publication de l'OCPN de TPSGC et du fait que Santé Canada connaissait la date d'échéance des conventions d'offre à commandes en cause, le besoin d'utiliser une procédure d'appel d'offres limitée ne découlait ni d'un événement qui ne pouvait être prévu ni d'une situation d'extrême urgence. Par conséquent, le Tribunal conclut qu'une procédure d'appel d'offres limitée n'était pas raisonnablement nécessaire en l'espèce.

21. Un libellé similaire est également utilisé dans les autres accords commerciaux applicables. Voir par exemple le paragraphe 506(11) de l'*ACI*.

22. Voir par exemple *Palton Aircraft & Industries Limited* (31 juillet 2003), PR-2003-015 (TCCE).

23. *InBusiness Systems Inc.* (29 novembre 2002), PR-2002-020 (TCCE).

24. Pièce PR-2013-014-10 au par.38, vol. 1B.

25. *Ibid.* au par. 8.

46. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que Santé Canada n'a pas agi d'une manière qui soit conforme à l'alinéa 1008(1)b) de l'ALÉNA, qui prévoit que chacune des parties fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies soient conformes aux articles 1008 à 1016. Santé Canada a contrevenu à l'alinéa 1008(1)b) de l'ALÉNA et au paragraphe 506(1) de l'ACI en tentant de prolonger et, par conséquent, de renouveler les conventions d'offre à commandes en cause. La prolongation des conventions d'offre à commandes en cause n'était pas justifiée en vertu des dispositions relatives aux procédures d'appel d'offres limitées de l'article 1016 de l'ALÉNA ou du paragraphe 506(11) de l'ACI.

47. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte de Knowledge Circle est fondée.

Mesure corrective

48. Ayant conclu que la plainte est fondée, le Tribunal doit maintenant se pencher sur la question de la mesure corrective et recommander un moyen adéquat de réparer le préjudice causé à Knowledge Circle.

49. Knowledge Circle demande une indemnité pour l'opportunité qu'elle a perdue de réaliser un profit durant la période des modifications n^{os} 3 et 4. En revanche, Santé Canada affirme qu'une indemnité pour perte de profits n'est pas appropriée dans les circonstances et que Knowledge Circle ne doit avoir droit qu'aux frais engagés pour préparer sa plainte.

50. Lorsqu'il recommande une mesure corrective, le Tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances concernant un marché public, conformément au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*. Cela exige de tenir compte de la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure du marché public, de l'ampleur du préjudice causé au plaignant, de l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication et de la bonne foi des parties.

51. Ayant examiné les arguments des parties dans le contexte du paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut qu'une indemnité pour l'opportunité qu'elle a perdue de réaliser un profit est la mesure corrective appropriée.

52. Le Tribunal est d'accord avec Knowledge Circle que la présente cause comporte de graves irrégularités et que les accords commerciaux applicables ont été violés à de nombreux égards. En voulant prolonger les marchés à commandes au-delà de la durée maximale spécifiée, Santé Canada a complètement contourné la procédure de marché public. La concurrence, la transparence et l'équité ont été compromises et Knowledge Circle a subi un préjudice grave en ce qu'elle n'a pu participer aux appels d'offres subséquents.

53. Dans son RIF, Santé Canada soutient que les modifications n^{os} 3 et 4 ont été faites de bonne foi²⁶. Le Tribunal constate que dans sa divulgation proactive sur son site Web, Santé Canada indique toutes les prolongations de contrats effectuées arbitrairement en vertu des modifications n^{os} 3 et 4 comme des « contrat[s] de source concurrentielle²⁷ » [traduction]. Cette formulation prête à confusion, pour dire le moins. De plus, de l'aveu même de Santé Canada, le 4 décembre 2012 Knowledge Circle a remis en cause la méthode d'adjudication de ces contrats²⁸. Ainsi, même après que Knowledge Circle eut mis en cause la nature prétendument concurrentielle de la prolongation des contrats dans sa correspondance du 4 décembre 2012 avec Santé Canada, Santé Canada a persisté à émettre la modification n^o 4 et à la décrire publiquement comme un « contrat de source concurrentielle ».

26. *Ibid.* au par. 39.

27. Pièce PR-2013-014-01 à l'onglet 16, vol. 1.

28. Pièce PR-2013-014-10 au par. 25, vol. 1B.

54. Comme mentionné ci-dessus, Santé Canada prétend que les prolongations envisagées des marchés à commandes en cause visaient à être des mesures transitoires temporaires jusqu'à ce que TPSGC mette en place l'OCPN²⁹. Le Tribunal n'a pas de raison de douter de cette explication ni de conclure que la conduite de Santé Canada était de mauvaise foi.

55. Néanmoins, sans égard à ses intentions, le comportement de Santé Canada fait preuve d'un degré inquiétant d'insouciance et de mépris de ses obligations aux termes des accords commerciaux pertinents. Les éléments de preuve démontrent que Santé Canada a violé ses obligations en refusant à Knowledge Circle la possibilité de soumissionner dans le cadre de ce qui aurait dû être deux nouvelles procédures concurrentielles. Cette violation est encore exacerbée par le fait que les marchés à commandes en cause prolongés injustement ont déjà fait l'objet d'une exécution complète. Par conséquent, toute ordonnance d'annulation et de réadjudication des contrats est caduque.

56. Par conséquent, le Tribunal est d'accord avec la demande de Knowledge Circle d'être indemnisée pour perte d'opportunité, nonobstant la prétention de Santé Canada selon laquelle un dédommagement pour perte de profits est inapproprié dans les cas portant sur des offres à commandes. Comme le souligne Knowledge Circle à juste titre, la mesure corrective qu'elle demande ne vise pas la perte de profits, comme l'a qualifiée Santé Canada, mais plutôt l'opportunité qu'elle a perdue de réaliser un profit³⁰.

57. C'est là une distinction importante, surtout à la lumière de la prétention de Santé Canada selon laquelle « [...] Knowledge Circle n'avait aucun droit à aucun travail quel qu'il soit en vertu de la convention d'offre à commandes, de telle sorte que toute demande au titre de la perte de profits est entièrement spéculative³¹ » [traduction]. Cet argument néglige de tenir compte que les travaux pour lesquels Knowledge Circle fait valoir sa perte d'opportunité – à savoir les travaux effectués en vertu des modifications n^{os} 3 et 4 des conventions d'offre à commandes en cause - ont été adjugés à ses concurrents en application de prolongations invalides des conventions d'offre à commandes. Comme mentionné, les travaux effectués en vertu des conventions d'offre à commandes en cause auraient dû être soumis à la concurrence au moyen de deux nouvelles procédures concurrentielles de marché public.

58. Par conséquent, Knowledge Circle fait valoir sa perte d'opportunité non parce qu'elle était inadmissible aux commandes subséquentes en application des conventions d'offre à commandes en cause, mais parce qu'elle a été forclosée de participer aux procédures concurrentielles de marché public qui *auraient dû* être entreprises par Santé Canada. Par conséquent, au vu de la gravité des irrégularités de la procédure de marché public, de l'ampleur du préjudice que Knowledge Circle a subi et de l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication, le Tribunal conclut qu'un dédommagement pour perte d'opportunité est la mesure corrective appropriée en l'espèce.

Frais

59. Le Tribunal accorde à Knowledge Circle le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de sa plainte. Pour décider du montant de l'indemnité en l'espèce, 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 selon trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

29. *Ibid.* au par. 39.

30. Pièce PR-2013-014-01 au par. 20, vol. 1.

31. Pièce PR-2013-014-10 au par. 44, vol. 1B.

60. Selon l'avis provisoire 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*. La complexité du marché public est faible, car il s'agit de la prestation de cours de français au moyen de modifications apportées aux contrats existants. La complexité de la plainte est faible, car elle ne porte que sur la question de savoir si Santé Canada a incorrectement modifié les marchés à commandes en cause. Enfin, la complexité de la procédure est également faible, car il n'y a eu ni intervenants, ni audience, ni observations supplémentaires de la part des parties.

61. Par conséquent, comme le prévoit la *Ligne directrice*, le montant provisoire de l'indemnité déterminé par le Tribunal est de 1 000 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

62. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

63. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que Santé Canada verse à Knowledge Circle une indemnité pour perte d'opportunité. Le Tribunal recommande que Knowledge Circle et Santé Canada négocient le montant de l'indemnité et que, dans les 30 jours suivant la date de la présente décision, ils lui fassent rapport sur le résultat de leurs négociations.

64. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, Knowledge Circle déposera auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. Santé Canada disposera ensuite de sept jours ouvrables après la réception du mémoire de Knowledge Circle pour déposer un mémoire en réponse. Knowledge Circle disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire en réponse de Santé Canada pour déposer des observations supplémentaires. Les conseillers juridiques doivent faire parvenir simultanément tous leurs documents au Tribunal ainsi qu'à la partie adverse.

65. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Knowledge Circle le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte, ces frais devant être payés par Santé Canada. Le degré de complexité de la présente plainte déterminé provisoirement par le Tribunal est le degré 1 et le montant provisoire de l'indemnité est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou au montant provisoire de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal, en conformité avec sa *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif des frais et de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président