

Ottawa, le vendredi 15 mai 1998

Dossier n° : PR-97-041

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Mirtech International Security 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.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une requête déposée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux demandant que la plainte soit rejetée pour le motif que cette dernière est sans fondement.

ORDONNANCE DU TRIBUNAL

Le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde par la présente la requête déposée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux et, conformément au paragraphe 10a) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, rejette la plainte.

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

L'énoncé des motifs sera publié à une date ultérieure.

Ottawa, le vendredi 12 juin 1998

Dossier n° : PR-97-041

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Mirtech International Security 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.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une requête déposée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux demandant que la plainte soit rejetée pour le motif que cette dernière est sans fondement.

MOTIFS DE LA DÉCISION

INTRODUCTION

Le 26 janvier 1998, la société Mirtech International Security Inc. (Mirtech) 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 (la Loi sur le TCCE) concernant un marché public (numéro d'invitation TPD V1PW1-7C006) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) portant sur des services de construction pour l'installation de systèmes intégrés de contrôle d'accès et d'alarme aux Phases II et IV de la Place du Portage, à Hull (Québec), et aux Tours A et B de la Place Vanier, à Vanier (Ontario).

En septembre 1997, le Ministère a lancé une invitation à soumissionner pour ce marché public. La date de clôture pour la présentation des propositions était le 17 novembre 1997. Mirtech a remis sa proposition dans le délai prescrit. Selon la documentation reçue par le Tribunal, Mirtech était le plus bas soumissionnaire. Le 23 novembre 1997, le Ministère a demandé à Mirtech si elle avait une licence d'entrepreneur en construction du Québec, vu qu'une partie du travail devait s'effectuer dans cette province. Le lendemain, Mirtech a dit au Ministère qu'elle était en voie d'en obtenir une. Mirtech a reçu sa licence le 4 décembre 1997 et en a alors fait part au Ministère. Après cette date, et pendant le processus d'évaluation des propositions, le Ministère a demandé deux fois aux soumissionnaires de prolonger la durée de validité des propositions. Le Tribunal ignore les raisons de la première demande, mais la deuxième prolongation (au 23 janvier 1998) a été demandée à cause des difficultés découlant de la tempête de verglas qui s'est abattue sur l'Est canadien. Mirtech a consenti à ces deux demandes.

Le 26 janvier 1998, le Ministère a fait savoir à Mirtech qu'il avait rejeté sa proposition parce qu'elle n'avait pas la licence requise, délivrée par la Régie du bâtiment du Québec, au moment de la présentation de sa proposition.

Le Ministère a adjugé le contrat pour le marché public en cause à la société Compagnie Diebold du Canada Ltée (Diebold) le 23 janvier 1998.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).

Dans sa plainte au Tribunal, Mirtech a déclaré que l'obligation faite aux soumissionnaires d'avoir une licence d'entrepreneur en construction du Québec au moment de la remise des soumissions était contraire à l'*Accord sur le commerce intérieur*² (ACI). Mirtech a fait valoir que cette exigence favorise les entreprises québécoises ou celles qui ont déjà fait affaire au Québec et qui, par voie de conséquence, ont déjà la licence d'entrepreneur en construction exigée au Québec. Autrement dit, les entreprises qui n'ont jamais fait affaire au Québec doivent investir du temps, des efforts et de l'argent pour le seul droit de soumissionner un projet de construction, ce qui est discriminatoire. En outre, Mirtech a fait valoir que, même si elle était valide, l'exigence de la licence n'a pas été dûment communiquée aux soumissionnaires dans les documents d'invitation.

Le 29 janvier 1998, le Tribunal a établi que les conditions de l'enquête, selon l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³ avaient été respectées relativement à la plainte et a décidé, conformément à l'article 30.13 de la Loi sur le TCCE, d'enquêter sur la plainte.

Le 25 février 1998, le Ministère a présenté une requête demandant le rejet de la plainte pour le motif qu'elle était non fondée. Le Ministère a fait valoir que la loi québécoise, qui exige que le soumissionnaire ait une licence, s'appliquait. Puisque Mirtech n'avait pas de licence au moment de la présentation de sa proposition, le Ministère a eu raison de rejeter la proposition. En particulier, le Ministère s'est appuyé sur les articles 7 et 46 de la *Loi sur le bâtiment*⁴, qui régit l'industrie de la construction au Québec, et qui se lit en partie :

7. « entrepreneur » : une personne qui, pour autrui, exécute ou fait exécuter des travaux de construction ou fait ou présente des soumissions, personnellement ou par personne interposée, dans le but d'exécuter ou de faire exécuter, à son profit de tels travaux.

46. Nul ne peut exercer les fonctions d'entrepreneur en construction, en prendre le titre, ni donner lieu de croire qu'il est entrepreneur en construction, s'il ne détient une licence en vigueur à cette fin.

Le Ministère a ajouté que la Couronne avait explicitement adopté la loi du Québec à l'article 6 des Instructions spéciales aux soumissionnaires, qui faisaient partie des documents d'invitation. Cet article prévoyait que « [l']entrepreneur doit se conformer à toutes les lois et tous les règlements, fédéraux, provinciaux ou municipaux, concernant les travaux » [traduction].

Le 4 mars 1998, le Tribunal a demandé un complément d'information au Ministère au sujet de sa requête, en particulier pour ce qui est de l'ACI. Dans sa réponse du 19 mars 1998, le Ministère a soutenu que toute allégation selon laquelle une disposition d'une loi québécoise contrevient à une disposition de l'ACI, qui se trouve au Chapitre 5, doit être traitée selon les Procédures de règlement des différends du Chapitre 17 de l'ACI et non pas par le Tribunal. Accessoirement, elle a fait valoir qu'il n'y a pas eu infraction à l'ACI.

2. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

3. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.

4. L.R.Q., ch. B-1.1.

Mirtech a répondu à la requête, et au complément d'information déposé par le Ministère, le 31 mars 1998. Dans son exposé, Mirtech a aussi apporté de nouveaux arguments et précisé qu'elle ne contestait pas la validité de l'exigence de la licence imposée par la loi québécoise par rapport à l'ACI, mais seulement l'effet que cette exigence pourrait avoir sur la validité de sa proposition.

Dans sa réponse, Mirtech a soutenu que les Instructions spéciales aux soumissionnaires prévoyaient seulement que la loi québécoise s'appliquait à l'entrepreneur et non aux soumissionnaires. Par conséquent, la *Loi sur le bâtiment* ne s'appliquait pas, puisque Mirtech, au moment de sa proposition, était un soumissionnaire. « Entrepreneur » et « soumissionnaire » sont deux notions tout à fait distinctes selon le libellé et les dispositions des documents d'invitation. Par ailleurs, selon Mirtech, le fait que les fonctionnaires du Ministère n'ont jamais mentionné l'exigence de la licence pour les soumissionnaires confirme cette façon de voir.

Par ailleurs, Mirtech a fait valoir que le Ministère a renoncé à cette exigence de licence lorsqu'il a demandé des prolongations de la durée de validité de la proposition, sachant que Mirtech ne détenait pas sa licence du Québec au moment de la présentation de son offre.

Encore accessoirement, Mirtech a soutenu qu'elle avait satisfait à l'exigence de la licence en obtenant cette dernière le 4 décembre 1997. Elle a fait valoir que chaque demande de prolongation de la durée de validité de la période de proposition par le Ministère et chaque acceptation par Mirtech doivent être vues comme un nouveau contrat. Puisqu'elle avait la licence au moment de l'entrée en existence des « nouveaux » contrats, Mirtech satisfaisait à l'exigence de la licence de la *Loi sur le bâtiment*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Dans cette affaire, le Tribunal doit examiner deux questions. La première consiste à déterminer si la décision du Ministère de rejeter la proposition de Mirtech pour ne pas avoir une licence d'entrepreneur en construction du Québec était fondée et si cette décision est valide en vertu de l'ACI. La deuxième consiste à déterminer si les documents d'invitation étaient conformes à l'ACI pour ce qui est de l'avis, ou de l'absence d'avis, de l'exigence de la licence d'entrepreneur.

L'effet combiné des articles 7 et 46 de la *Loi sur le bâtiment* est d'obliger quiconque désire présenter une soumission, relativement à l'exécution de travaux de construction au Québec, à obtenir d'abord une licence d'entrepreneur. La Cour d'appel du Québec (Cour d'appel) a étudié les conséquences de l'absence de cette licence dans le cas de l'affaire *Meubles du Québec Inspiration XIX^e Ltée c. Chicoutimi (Ville)*⁵. Dans cette affaire, deux sociétés ont présenté des propositions à la Ville de Chicoutimi afin d'effectuer des travaux de construction. La Ville a rejeté la plus basse soumission parce que la société concernée n'avait pas de licence d'entrepreneur au moment de la présentation de sa proposition. La loi pertinente en l'occurrence était celle qui précédait la *Loi sur le bâtiment* qui est mise en cause dans la présente affaire. Bien que le plus bas soumissionnaire ait reçu sa licence quelques semaines après la date de clôture pour la remise des soumissions, la Cour d'appel a conclu que la Ville avait bien agi en rejetant la proposition faite par la société sans licence. La Cour d'appel a déclaré, au moment de la proposition, que la société n'avait pas la capacité juridique de faire fonction d'entrepreneur. Pour la Cour, la proposition était « illégale et irrégulière ».

5. [1994] R.J.Q. 2157.

La Cour d'appel a aussi indiqué qu'il n'est pas obligatoire d'insérer dans les documents d'invitation l'exigence de la licence d'entrepreneur pour les soumissionnaires (bien qu'il aurait été préférable de le faire), parce qu'il n'était pas nécessaire de préciser que les parties présentant des propositions devaient se conformer à la loi. La Cour d'appel a aussi déclaré que l'obtention de la licence après la présentation de la proposition ne pouvait pas, de quelque manière *a posteriori*, réhabiliter la proposition et la rendre conforme aux lois du Québec.

De l'avis du Tribunal, les faits et la loi dans la présente affaire sont semblables à ceux que la Cour d'appel a examinés. Si une partie n'a pas la capacité juridique de présenter une proposition pour des travaux, alors la partie à laquelle la proposition est faite est justifiée de la rejeter.

Le fait que certains des travaux demandés dans les documents d'invitation devaient s'effectuer en Ontario n'élimine pas la nécessité pour Mirtech d'avoir en sa possession une licence d'entrepreneur en construction du Québec lorsqu'elle a présenté sa proposition.

*L'Entente entre l'Ontario et le Québec sur la mobilité de la main-d'œuvre et la reconnaissance de la qualification professionnelle, des compétences et des expériences de travail dans l'industrie de la construction*⁶ énonce que :

Le gouvernement du Québec confirme en outre que la **licence délivrée par la Régie du bâtiment du Québec** constitue la seule licence ou le seul permis que doivent posséder les entrepreneurs ontariens avant de répondre à un appel d'offres auquel ils sont admissibles en vue de l'exécution de travaux de construction⁷. (Soulignement ajouté)

L'application de la *Loi sur le bâtiment* à la proposition de Mirtech n'est pas restreinte par le fait que la proposition s'adressait au Ministère, qui est un organisme du gouvernement fédéral. La *Loi sur le bâtiment* s'applique ici à une proposition faite par une partie privée, et non pas par un gouvernement. La Couronne devait certainement tenir compte de l'effet de la *Loi sur le bâtiment* sur la proposition de Mirtech, qui était de l'invalider.

Tenant de persuader le Tribunal que la licence n'était exigée que de l'entrepreneur, et non pas des soumissionnaires, Mirtech a signalé que les documents d'invitation faisaient une distinction entre les soumissionnaires et l'entrepreneur lorsqu'ils précisaient, à l'alinéa 6.1 des Instructions spéciales aux soumissionnaires, que « [l']entrepreneur doit se conformer à toutes les lois et tous les règlements, fédéraux, provinciaux ou municipaux, concernant les travaux » [traduction]. D'autres dispositions des documents d'invitation faisaient spécifiquement état des soumissionnaires.

Bien que le Tribunal accepte que l'alinéa 6.1 vise l'entrepreneur qui réalisera les travaux, cet article ne doit pas primer sur les effets d'une loi provinciale applicable, comme la *Loi sur le bâtiment*. Les documents d'invitation ne peuvent pas modifier la portée de lois dûment adoptées. Comme l'a déclaré la Cour d'appel, l'exigence de la licence existait même si les documents d'invitation ne la mentionnaient pas, du fait de l'application de la *Loi sur le bâtiment*.

Mirtech a en outre avancé que, même si l'exigence de la licence devait être réputée applicable aux soumissionnaires, sa proposition aurait dû être acceptée. Selon Mirtech, le fait que le Ministère lui a demandé une prolongation de la durée de validité de sa proposition après qu'elle eût reçu sa licence

6. Signée le 6 décembre 1996.

7. Paragraphe 6.2.

d'entrepreneur était assimilé à une dispense de l'obligation de détenir une licence au moment de la présentation de sa proposition. Le Tribunal n'est pas d'accord. Même s'il l'avait voulu, le Ministère n'aurait pu déroger à cette exigence. En effet, cela reviendrait à favoriser Mirtech en acceptant une proposition illégale et irrégulière, tandis que d'autres soumissionnaires présentaient des propositions valides. Le principe est bien établi : cela ne peut pas se faire dans le contexte d'un marché public où l'équité et l'impartialité ont une importance primordiale.

Mirtech soutient aussi, dans son exposé en réponse, que de nouveaux contrats de soumissionnaires⁸ étaient créés chaque fois que le Ministère demandait et obtenait une prolongation de la validité des propositions. Même si le Tribunal devait accepter cet argument, le Ministère aurait encore raison de rejeter la proposition de Mirtech. Il faut souligner qu'une demande de prolongation de la durée de la validité des propositions ne peut être adressée qu'aux soumissionnaires qui ont soumis une proposition valide au départ. La prolongation ne peut pas être interprétée comme une nouvelle demande de propositions, ouverte à tous. Accepter cette façon de voir signifierait que chaque prolongation créerait une invitation à soumissionner ou une demande de propositions entièrement nouvelle. Cela ne peut jamais être l'intention du Ministère ni l'effet de la loi. Puisqu'elle n'a pas présenté de proposition valide au départ, Mirtech n'aurait, de toute façon, pu profiter des demandes de prolongation pour présenter alors une proposition valide.

Mirtech a en outre fait valoir que la décision du Ministère constituait une violation des dispositions de non-discrimination de l'ACI, et plus particulièrement de l'alinéa 504(3)a). Le Tribunal n'est pas d'accord. L'article 504 prévoit, notamment, que :

1. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), en ce qui concerne les mesures visées par le présent chapitre, chaque Partie accorde :
 - b) aux fournisseurs de produits et de services des autres Parties, y compris aux produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres fournisseurs de tels produits et services.
2. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), le paragraphe 1 a pour effet d'interdire au gouvernement fédéral d'exercer de la discrimination :
 - b) entre les fournisseurs de tels produits ou services d'une province ou d'une région et les fournisseurs d'une autre province ou région.
3. Sauf disposition contraire du présent chapitre, sont comprises parmi les mesures incompatibles avec les paragraphes 1 et 2 :
 - a) l'application soit de conditions dans le cadre d'un appel d'offres, soit d'exigences en matière d'enregistrement ou encore de procédures de qualification fondées sur l'endroit où se trouve l'établissement d'un fournisseur, sur l'endroit où les produits sont fabriqués ou les services sont fournis, ou sur d'autres critères analogues.

Malgré l'exposé de Mirtech, il ne peut être dit que le Ministère a imposé, dans l'invitation à soumissionner (les documents d'invitation), des conditions qui étaient fondées sur l'endroit où se trouvait l'établissement du fournisseur. L'exigence de la licence d'entrepreneur venait de la *Loi sur le bâtiment*, adoptée par l'assemblée législative du Québec, et non pas du Ministère. Par conséquent, le Ministère n'a pas

8. Dans l'affaire *Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] R.C.S. 111, la Cour suprême du Canada a statué qu'un contrat est créé par l'envoi de documents d'invitation et la présentation consécutive d'une proposition.

enfreint l'alinéa 504(3)a de l'ACI. Dans ce contexte, il faut se rappeler que Mirtech a précisé dans son exposé en réponse qu'elle ne contestait pas la validité de l'exigence, comme telle, en vertu de l'ACI.

Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal est d'avis que le Ministère avait raison de rejeter la proposition de Mirtech.

Le Tribunal doit maintenant déterminer s'il y a eu infraction au paragraphe 506(6) de l'ACI parce que les documents d'invitation ne faisaient pas mention de la nécessité d'avoir une licence d'entrepreneur en construction du Québec. Le paragraphe 506(6) précise que « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public ». Comme il est indiqué plus haut, le Tribunal convient que l'alinéa 6.1 des Instructions spéciales aux soumissionnaires s'adressaient spécifiquement à l'entrepreneur choisi et non pas au soumissionnaire. L'alinéa 6.1 prévoyait notamment que « [l]'entrepreneur doit se conformer à toutes les lois et tous les règlements, fédéraux, provinciaux ou municipaux, concernant les travaux » [traduction]. Tout en acceptant le fait que, dans les documents d'invitation, l'entrepreneur et le soumissionnaire étaient considérés comme deux entités distinctes, le Tribunal est persuadé qu'il n'y a pas eu infraction au paragraphe 506(6) de l'ACI. Ce paragraphe couvre les exigences fixées par la partie qui demande des propositions. Le paragraphe ne peut pas avoir pour effet de forcer la partie à indiquer toutes les exigences qui ne sont pas propres au marché public en question, mais qui s'appliquent par le seul effet de la loi. C'est aux soumissionnaires qu'il incombe de veiller à se conformer aux lois auxquelles ils sont assujettis. Il n'est pas nécessaire de le préciser dans les documents d'invitation.

Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 506(6) de l'ACI. Néanmoins, le Tribunal tient à ajouter que, même si le Ministère n'est pas légalement tenu de le faire, il serait utile pour les soumissionnaires que le Ministère indique, dans les futurs documents d'invitation, que, pour les travaux de construction à réaliser au Québec, les soumissionnaires doivent avoir une licence d'entrepreneur en construction du Québec.

Compte tenu de l'analyse qui précède, le Tribunal conclut que la plainte déposée par Mirtech n'est pas fondée. Le Tribunal fait donc droit à la requête du Ministère et ordonne le rejet de la plainte déposée par Mirtech.

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre