



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2013-013

Saskatchewan Institute of Applied
Science and Technology

c.

Ministère des Affaires étrangères,
du Commerce et du
Développement

*Ordonnance et motifs rendus
le jeudi 10 octobre 2013*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 CONTEXTE 1

 POSITION DES PARTIES..... 1

 MAECD 1

 SIAST 2

ANALYSE..... 2

CONCLUSION 6

EU ÉGARD À une plainte déposée par le Saskatchewan Institute of Applied Science and Technology aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), ch. 47;

ET À LA SUITE D'une requête déposée par le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement le 27 septembre 2013 en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de la plainte pour défaut de compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur.

ENTRE

**LE SASKATCHEWAN INSTITUTE OF APPLIED SCIENCE AND
TECHNOLOGY**

Partie plaignante

ET

**LE MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, DU COMMERCE
ET DU DÉVELOPPEMENT**

Institution fédérale

ORDONNANCE

Ayant examiné la requête déposée par le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement le 27 septembre 2013, les observations du Saskatchewan Institute of Applied Science and Technology déposées le 2 octobre 2013 et la réponse du ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement déposée le 4 octobre 2013, le Tribunal canadien du commerce extérieur rejette par la présente la requête et accorde une prorogation du délai pour déposer un rapport de l'institution fédérale. Les frais seront évalués lors de la décision sur le bien-fondé de la plainte.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

CONTEXTE

1. Le 6 septembre 2013, aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a décidé d'enquêter sur une plainte déposée par le Saskatchewan Institute of Applied Science and Technology (SIASST). La plainte allègue que le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement (MAECD), anciennement l'Agence canadienne de développement international, a mal évalué sa soumission relativement à une demande de propositions, l'invitation n° 2013-A-033388-1 (la DP).

2. Le 27 septembre 2013, le MAECD a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de la plainte pour défaut de compétence. Il allègue que le SIASST n'a pas qualité pour déposer une plainte aux termes de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE* puisqu'il n'est pas un « fournisseur potentiel ». Plus particulièrement, le MAECD soutient que le SIASST, à titre de membre d'un consortium de sociétés (le consortium) qui a présenté une soumission en réponse à la DP, ne peut être considéré comme un « soumissionnaire – même potentiel » au sens de la définition de « fournisseur potentiel » donnée à l'article 30.1.

3. Le 2 octobre 2013, le SIASST a déposé ses observations en réponse à la requête du MAECD. Le 4 octobre 2013, le MAECD a déposé sa réponse à la réponse du SIASST.

POSITION DES PARTIES

MAECD

4. Le MAECD soutient que le SIASST n'a pas qualité pour déposer sa plainte auprès du Tribunal puisqu'il l'a déposée en son nom plutôt qu'au nom du consortium.

5. L'argument du MAECD est fondé sur son interprétation de la décision de la majorité du Tribunal dans *Alliance agricole*², une affaire dans laquelle le Tribunal a conclu qu'il doit y avoir harmonie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante, ce qui signifie que lorsque la soumission est présentée par un consortium de sociétés, le consortium, et non simplement un de ses membres, est considéré comme un « soumissionnaire » et, par conséquent, comme un « fournisseur potentiel » ayant qualité pour agir aux termes de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE*.

6. Le MAECD allègue que le SIASST ne peut satisfaire à la définition de « fournisseur potentiel » donnée à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* étant donné 1) qu'il est la seule partie plaignante en l'espèce et 2) qu'il n'a pas la capacité technique requise pour exécuter seul le contrat en question. Le MAECD a également fait remarquer que le libellé de la DP établit que, lorsqu'une soumission est présentée par un consortium, celui-ci est considéré comme le soumissionnaire. Par conséquent, le MAECD conclut qu'il n'y a pas harmonie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante et demande que la plainte soit rejetée pour défaut de compétence.

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

2. *Alliance agricole internationale, regroupant le Centre canadien d'étude et de coopération internationale, la Société de coopération pour le développement international et L'Union des producteurs agricoles – Développement international* (21 août 2006), PR-2006-003 (TCCE) [*Alliance agricole*].

7. Subsidiairement, le MAECD soutient que, si la requête est rejetée, le Tribunal doit proroger le délai pour signifier et déposer son rapport de l'institution fédérale (RIF) en le fixant à 20 jours suivant la décision concernant cette requête.

8. En réponse aux observations du SIAST sur la requête, le MAECD ajoute que les éléments de preuve fournis par le SIAST n'établissent pas que, au moment pertinent, chaque membre du consortium a convenu d'être « plaignant » en l'espèce et que les éléments de preuve après le fait fournis par le SIAST ne confirment pas non plus que chaque membre du consortium a convenu d'être lié par la présente procédure à titre de plaignant aux termes de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE*.

9. Selon le MAECD, la plainte ne pouvait être dûment déposée qu'en nommant tous les membres du consortium à titre de parties plaignantes. Puisque cela n'a pas été fait, le MAECD soutient que la plainte comporte des lacunes et doit être rejetée.

SIAST

10. Le SIAST soutient être un « fournisseur potentiel » au sens de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE* et que la requête doit être rejetée.

11. Le SIAST affirme avoir agi, pendant toute la période pertinente, au nom du consortium soumissionnaire, soulignant que cela ressort clairement de la plainte. En outre, il a présenté des éléments de preuve indiquant qu'il dirige les autres membres du consortium, que ceux-ci connaissent la nature de la plainte et qu'ils l'appuient. Le SIAST soutient que le MAECD l'a reconnu à maintes reprises à titre de représentant du consortium. Par conséquent, le SIAST est d'avis que sa plainte a, en fait, été déposée par le « soumissionnaire – même potentiel », comme l'exige la *Loi sur le TCCE*.

12. Par conséquent, le SIAST allègue qu'il y a, en fait, harmonie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante, ce qui respecte donc l'exigence que la majorité du Tribunal a formulée dans *Alliance agricole*. Il soutient qu'il n'est pas exigé que tous les membres d'un consortium signent ou soient désignés à titre de parties à une plainte et qu'il serait contraire aux fins du régime de réglementation dans le cadre duquel le Tribunal exerce ses activités de rejeter une plainte au motif que tous les membres d'un consortium n'apparaissent pas sur le formulaire de plainte concernant un marché public.

13. Enfin, le SIAST soutient que le Tribunal doit ordonner que le RIF soit déposé sur-le-champ ou, subsidiairement, dans le plus bref délai prorogé.

14. Le SIAST demande le remboursement des frais qu'il a engagés pour s'opposer à la présente requête.

ANALYSE

15. Il est bien établi que le Tribunal a le pouvoir légal d'accepter d'enquêter sur une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* si la partie plaignante est un « fournisseur potentiel » au sens de l'article 30.1 et du paragraphe 30.11(1)³.

3. *Canada (Procureur général) c. Enterasys Networks of Canada Ltd.*, 2011 CAF 207 (CanLII) au para. 4; voir aussi *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2009] 3 RCS 309.

16. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit :

Tout *fournisseur potentiel* peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique [...].

[Nos italiques]

17. L'expression « fournisseur potentiel » est défini à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* comme signifiant, sous réserve des règlements pris en vertu de l'alinéa 40*f.1*), « tout soumissionnaire, – même potentiel – d'un contrat spécifique »⁴.

18. Comme indiqué précédemment, le Tribunal a déjà déterminé qu'il doit y avoir harmonie entre l'identité du soumissionnaire et celle de la partie plaignante pour que celle-ci ait qualité de « fournisseur potentiel » devant le Tribunal⁵.

19. Le Tribunal est convaincu qu'il y a une telle harmonie selon les faits en l'espèce.

20. Les éléments de preuve versés au dossier indiquent que le SIAST a agi au nom du consortium en déposant la plainte. D'ailleurs, il est expressément mentionné dans la plainte que le SIAST *et* les membres de son consortium contestent l'évaluation de la soumission du consortium effectuée par le MAECD⁶.

21. De plus, la correspondance entre le MAECD et le SIAST concernant la réunion de compte rendu et le processus d'opposition, qui a été déposée dans le cadre de la plainte, indique que, en tout temps, les représentants du MAECD comprenaient et acceptaient que le SIAST représentait le consortium et ont traité directement avec celui-ci. Les mêmes éléments de preuve indiquent également que les autres membres du consortium étaient pleinement informés de cette situation.

22. Par exemple, le MAECD a adressé la lettre de refus datée du 15 juillet 2013 au SIAST et transmis des copies aux autres membres du consortium. De même, la lettre de contestation datée du 7 août 2013, expédiée après la réunion de compte rendu, a été envoyée au MAECD par le conseiller juridique du SIAST, et des copies ont une fois de plus été transmises aux représentants des autres membres du consortium. D'autres documents qui ont mené au dépôt de la présente plainte ont également été échangés entre le SIAST et le MAECD⁷. À aucun moment le MAECD n'a soulevé de question relativement à son interlocuteur. Plus particulièrement, le MAECD n'a jamais soulevé aucune question quant à savoir si le SIAST agissait seul ou à titre de représentant du consortium.

23. Par conséquent, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure, dans sa décision d'enquêter sur la plainte, que le SIAST représentait le consortium aux fins de la plainte déposée auprès du Tribunal. Cela dit, le Tribunal fait remarquer qu'il aurait été opportun que le SIAST indique explicitement qu'il agissait au nom du consortium afin de prévenir la possibilité de questions préliminaires comme celles qui sont soulevées dans le cadre de la présente requête.

4. Aucune détermination n'a été faite aux termes de cet alinéa.

5. *Alliance agricole* au para. 18.

6. Voir l'exposé détaillé des faits et arguments accompagnant la plainte de SIAST, p. 1.

7. Voir la lettre du MAECD au SIAST en date du 21 août 2013; le courriel du SIAST au MAECD en date du 22 août 2013; la lettre du SIAST au MAECD en date du 26 août 2013; la lettre du SIAST au MAECD en date du 29 août 2013.

24. Néanmoins, tout doute possible quant au fait que le SIAST représente le consortium dans la présente plainte a été dissipé par les éléments de preuve que le SIAST a déposés en réponse à la requête du MAECD.

25. Les éléments de preuve pertinents comprennent des lettres des autres membres du consortium indiquant leur appui constant à l'égard de la plainte⁸. Ils comprennent également d'autres exemples de correspondance avec le MAECD dans laquelle le SIAST agissait au nom du consortium. Le Tribunal souligne expressément un courriel daté du 13 août 2013, que le MAECD a transmis au SIAST à titre d'accusé de réception de sa lettre de contestation datée du 7 août 2013, dans lequel le MAECD désignait cette dernière comme « *la lettre du consortium* »⁹ [traduction]. Il est évident que le MAECD considérait que le SIAST représentait le consortium et que toute correspondance du SIAST serait considérée comme celle du *consortium*. D'ailleurs, cette compréhension était évidente dès juillet 2013. Le 12 juillet 2013, le MAECD a écrit au SIAST pour lui demander d'envisager de proroger la date de validité de sa proposition¹⁰. Avant d'accepter, le 15 juillet 2013, au nom des autres membres du consortium, de proroger la validité de la proposition du consortium¹¹, le SIAST a expressément demandé au MAECD si son représentant pouvait agir à titre de porte-parole de tous les membres du consortium, et le MAECD a expressément accepté qu'il puisse le faire¹².

26. Le Tribunal est d'avis que ce qui précède établit de façon suffisante le fait que le SIAST agissait et continue d'agir à titre de représentant du consortium soumissionnaire.

27. Par conséquent, l'exigence, acceptée par la majorité dans *Alliance agricole*¹³, selon laquelle il doit y avoir harmonie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante est respectée, et le SIAST constitue un « fournisseur potentiel » aux fins de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE*.

28. Le Tribunal n'admet pas l'argument du MAECD selon lequel « [l]e seul fondement sur lequel la plainte aurait pu être dûment déposée aurait consisté à nommer tous les membres du consortium à titre de parties plaignantes »¹⁴ [traduction]. Le Tribunal n'admet pas que l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE* exige que tous les membres d'un consortium soumissionnaire soient nommés en tant que parties ou qu'ils signent tous le formulaire de plainte.

29. Rien dans la *Loi sur le TCCE* ni dans les règlements connexes ne postule une telle exigence de formalité.

8. Voir la réponse du SIAST à l'égard de la requête, pièces « O » et « R » auxquelles M. David Harvey a fait référence dans sa déclaration écrite sous serment.

9. Voir la réponse du SIAST à l'égard de la requête, pièce « H » à laquelle M. David Harvey a fait référence dans sa déclaration écrite sous serment.

10. Voir la réponse du SIAST à l'égard de la requête, pièce « B » à laquelle M. David Harvey a fait référence dans sa déclaration écrite sous serment.

11. Voir la réponse du SIAST à l'égard de la requête, pièce « D » à laquelle M. David Harvey a fait référence dans sa déclaration écrite sous serment.

12. Voir la réponse du SIAST à l'égard de la requête, pièce « C » à laquelle M. David Harvey a fait référence dans sa déclaration écrite sous serment.

13. *Alliance agricole* au para. 18.

14. Observations en réponse du MAECD en date du 4 octobre 2013 à la p. 2.

30. En outre, interpréter l'expression « fournisseur potentiel » de cette manière formaliste reviendrait à favoriser la forme par rapport au fond et irait à l'encontre des fins du régime réglementaire d'examen des marchés publics par le Tribunal, qui sont notamment d'assurer l'équité et l'efficacité du mécanisme de passation des marchés publics¹⁵. Les conséquences indésirables et inutiles de cette règle sont évidentes en l'espèce, l'appui de la plainte par les autres membres du consortium étant pleinement établi et le MAECD ayant *lui-même* accepté à maintes reprises le SIAST à titre de représentant du consortium soumissionnaire.

31. Selon le Tribunal, le critère établi par la majorité dans *Alliance agricole* est respecté lorsqu'il y a *en fait* harmonie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante, en ce qui a trait à tous les faits. Dans *Alliance agricole*, la majorité s'inquiétait du fait que, s'il y avait asymétrie entre l'identité du fournisseur et celle de la partie plaignante, une partie qui n'avait jamais soulevé d'opposition à la procédure de passation du marché public pouvait se retrouver, *contre son gré*, partie à une plainte¹⁶. Cette inquiétude n'est pas soulevée lorsque les membres d'un consortium indiquent expressément leur appui à l'égard d'une plainte déposée par leur représentant, même si ces membres n'ont pas été désignés à titre de parties plaignantes. De plus, pour déterminer qu'il n'y avait pas harmonie entre l'identité de la partie plaignante et celle du fournisseur dans *Alliance agricole*, la majorité a constaté qu'aucun élément de preuve n'indiquait que l'autre membre du consortium appuyait la plainte¹⁷. Cette analyse n'aurait pas été nécessaire si la majorité avait considéré que le facteur déterminant était simplement le nom figurant sur le formulaire de plainte.

32. Enfin, en plus d'être convaincu que le critère établi par la majorité dans *Alliance agricole* est respecté en l'espèce, le Tribunal fonde également son rejet de la présente requête sur les motifs énoncés ci-dessous selon l'opinion dissidente du membre Fréchette dans *Alliance agricole* :

29. Il découle du sens littéral de l'expression « tout soumissionnaire – même potentiel » que toute personne ou entreprise qui a fait une soumission ou qui a la capacité potentielle de le faire est un « fournisseur potentiel » au sens de la *Loi sur le TCCE*.

30. Je suis d'avis que rien dans le contexte général de la *Loi sur le TCCE* ou du *Règlement* ne milite en faveur d'une interprétation de l'expression qui diffère de son sens littéral. Quant au but et à l'objet de la *Loi sur le TCCE*, il importe de rappeler qu'ils visent à assurer la mise en place d'un mécanisme de révision des marchés publics par souci de transparence, d'équité et d'efficacité du processus d'adjudication de manière à favoriser le développement économique et l'accès pour le gouvernement fédéral aux meilleures conditions d'un marché public.

[...]

34. Je suis d'avis que rien dans la *Loi sur le TCCE* n'exige la participation de l'ensemble des membres du consortium afin qu'un membre de celui-ci, en l'occurrence l'Alliance, ait l'intérêt suffisant pour déposer la plainte en question. Le concept de « soumissionnaire – même potentiel » comporte de manière inhérente la notion d'intérêt suffisant qui est à la base même des mécanismes d'enclenchement de procédures judiciaires et quasi judiciaires canadiens. Par l'utilisation de ce concept, le législateur a simplement voulu s'assurer qu'une partie ayant participé à un appel d'offres ou ayant la capacité potentielle de le faire puisse obtenir une mesure corrective appropriée dans l'éventualité où l'appel d'offres ou l'adjudication du marché public n'est pas conforme aux règles applicables. Il est important de préciser, aux fins de la présente affaire, que rien dans le concept de « soumissionnaire – même potentiel » et rien ailleurs dans la *Loi sur le TCCE* ou le *Règlement* ne conditionne ce concept aux règles internes de l'appel d'offres.

15. *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193 (CanLII) au para. 23.

16. *Alliance agricole* au para. 18.

17. Voir par exemple *Alliance agricole* au para. 12.

33. Par conséquent, le Tribunal rejette la requête du MAECD visant à obtenir une ordonnance de rejet de la plainte.

CONCLUSION

34. La requête est rejetée. Les frais seront évalués lors de la décision sur le bien-fondé de la plainte. Le délai pour déposer un RIF est prorogé à 20 jours suivant le prononcé de la présente ordonnance. Le Tribunal informera les parties de tout nouveau délai par l'entremise d'une correspondance distincte.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président