



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2018-016

Harris Corporation

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le lundi 22 octobre 2018*

*Motifs rendus
le mercredi 7 novembre 2018*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
ACCORDS COMMERCIAUX	3
REQUÊTE DE TPSGC FONDÉE SUR L'ESN	4
BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ	4
Le soumissionnaire retenu était-il non conforme?.....	4
Les essais en laboratoire ont-ils été effectués conformément à la DOC?	5
CONCLUSION	7
MESURE CORRECTIVE	7
FRAIS ENCOURUS POUR LA PRÉPARATION DE LA SOUMISSION	9
FRAIS RELATIFS À LA PLAINTÉ	9
DÉCISION	10
ANNEXE CONFIDENTIELLE	12

EU ÉGARD À une plainte déposée par Harris Corporation 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**HARRIS CORPORATION****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****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 détermine que la plainte est en partie fondée.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux réévalue la soumission de Harris Corporation et celle du soumissionnaire retenu conformément au protocole de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX énoncé dans la DOC dès que possible, au plus tard d'ici six mois après la date de publication de la présente décision. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le soumissionnaire retenu demeure titulaire de l'offre à commandes en vigueur jusqu'à ce que la réévaluation soit effectuée. Toutefois, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande qu'aucune commande subséquente ou autorisation de tâches ne soit émise, ou toute autre forme de dépenses en vertu du contrat ne soit engagée, avant que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux n'ait terminé la réévaluation.

Dans l'éventualité où la réévaluation des résultats de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu ne soit pas conforme, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule l'offre à commandes en vigueur et lance un nouvel appel d'offres pour ce besoin.

Dans l'éventualité où la réévaluation des résultats de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu ne soit pas conforme, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Harris Corporation une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa soumission. Dans une telle éventualité, le Tribunal canadien du commerce extérieur enjoint Harris Corporation et le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux de négocier le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission et, dans les 30 jours suivant la date de réception des résultats de la réévaluation, faire rapport au Tribunal canadien du commerce extérieur sur l'issue des négociations.

Si les parties sont incapables de s'entendre sur le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission, le cas échéant, Harris Corporation disposera de 45 jours à partir de la date de réception des résultats de la réévaluation pour déposer un bref résumé décrivant les tâches effectuées pour préparer sa soumission et un barème détaillé et ventilé des frais encourus, avec la documentation à l'appui, qu'il communiquera au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. Le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux disposera alors de 10 jours pour déposer ses commentaires auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur et pour les communiquer à Harris. Il est du ressort du Tribunal canadien du commerce extérieur de fixer le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission.

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 Harris Corporation une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la plainte et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité de la plainte ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*.

Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Jean Bédard

Jean Bédard, c.r.

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membres du Tribunal :	Jean Bédard, c.r., membre président
Personnel de soutien :	Peter Jarosz, conseiller juridique Courtney Fitzpatrick, conseillère juridique
Partie plaignante :	Harris Corporation
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Benjamin Mills Drew Tyler Carly Haynes
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseiller juridique pour l'institution fédérale :	Susan D. Clarke Ian McLeod Roy Chamoun Kathryn Hamill Peter Osborne Scott Rollwagen Brendan Morrison Zachary Rosen

Veillez adresser toutes les communications au :

Greffier
Secrétariat du 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 : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] Le 23 juillet 2018, Harris Corporation (Harris) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant une demande d'offre à commandes (DOC) relative à un marché (invitation n° M7594-5-4254/B) publié par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) pour l'acquisition de jumelles de vision nocturne au XXXXX XXX XXX et de pièces de rechange recommandées (jumelles). Il s'agit de la deuxième plainte déposée par Harris concernant cette DOC¹.

[2] Harris allègue que :

1. TPSGC a permis au soumissionnaire retenu de XXXXX XXX XXX, contrairement aux modalités de la DOC;
2. certains aspects des essais en laboratoire n'ont pas été effectués conformément à la DOC;
3. les dossiers conservés par TPSGC concernant la méthodologie et les résultats des essais en laboratoire étaient insuffisants.

[3] TPSGC réitère sa position prise dans le dossier n° PR-2018-001, c'est-à-dire que le Tribunal n'a pas compétence pour examiner la plainte en raison de l'invocation par la GRC l'exception relative à la sécurité nationale (ESN) des accords commerciaux applicables au marché en l'espèce. Nonobstant cette position, il fait valoir que rien ne démontre que l'évaluation des soumissions a été effectuée autrement que de la manière prévue dans l'appel d'offres.

[4] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que l'ESN ne l'empêche pas de statuer sur la plainte, plainte que le Tribunal détermine comme étant en partie fondée.

CONTEXTE

[5] Le 9 février 2017, TPSGC a publié la DOC visant l'acquisition, selon les besoins, de jumelles destinées à la livraison dans l'ensemble du Canada. La DOC a été publiée à l'intention de certains fournisseurs, qui étaient invités à soumissionner après avoir signé une entente de non-divulgence. Le contrat découlant de la DOC est une offre à commandes d'une durée initiale de trois ans, qui pourra être prolongée pour sept périodes supplémentaires d'un an.

[6] La DOC est une nouvelle invitation à soumissionner à un appel d'offres (invitation n° M7594-5-4254/A) publié un an plus tôt, le 4 février 2016. Cet appel d'offres a fait l'objet d'une plainte déposée par M.D. Charlton Co Ltd. et d'une enquête par le Tribunal dans le dossier n° PR-2015-070. À l'issue de cette enquête, le Tribunal avait conclu en faveur de la partie plaignante et recommandé que la DOC soit « annulé[e] et qu'un nouvel appel d'offres soit émis [...] [lequel] ne devra pas comporter d'exigences techniques favorisant un fournisseur en particulier »².

[7] Au total, XXXXX XX soumissions ont été reçues relativement à la DOC, soit celle de Harris et celles de XXXXX autres soumissionnaires (XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX).

-
1. La plainte initiale était l'objet de l'enquête et de la décision du Tribunal dans *Harris Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (23 août 2018), PR-2018-001 (TCCE).
 2. *M.D. Charlton Co. Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (10 août 2016), PR-2015-070 (TCCE) [*M.D. Charlton*] au par. 67.

[8] La procédure d'évaluation comportait six étapes, qui devaient chacune être réussies (hormis l'étape de la tarification) par les soumissionnaires pour que ceux-ci puissent passer à la prochaine³. Les détails de la procédure d'évaluation énoncée dans la DOC sont confidentiels et ceux-ci se trouvent à l'annexe confidentielle jointe au présent exposé des motifs.

[9] Le 1^{er} novembre 2017, TPSGC a avisé Harris que sa soumission n'avait pas été retenue. Dans sa lettre de refus, en plus de dévoiler l'identité du soumissionnaire retenu et son prix évalué, TPSGC a aussi indiqué les points attribués à Harris et au soumissionnaire retenu pour les essais en laboratoire et les essais auprès d'utilisateurs. Il a également indiqué les notes accordées à Harris pour chacun des critères cotés relativement aux essais en laboratoire et aux essais auprès d'utilisateurs⁴.

[10] Le 3 novembre 2017, Harris a demandé la tenue d'une réunion de compte rendu avec TPSGC, laquelle a eu lieu le 5 décembre 2017⁵.

[11] Le 30 novembre 2017, TPSGC a remis à Harris un document en réponse à certaines de ses questions préliminaires, dans lequel figurait notamment la note moyenne accordée à Harris relativement aux résultats en laboratoire, ainsi que les points cumulés accordés à Harris par chaque participant lors des essais auprès d'utilisateurs⁶. TPSGC lui a également transmis les notes préparées par les participants aux essais, dans lesquelles ils ont documenté les conditions entourant les essais (météo, éclairage, heures de début et de fin, etc.), mais ne lui a pas transmis ses évaluations ni ses résultats⁷.

[12] Le 7 décembre 2017, Harris a envoyé un courriel à TPSGC pour confirmer la liste de documents et de renseignements qu'elle avait demandés et que TPSGC avait accepté, selon elle, de lui remettre durant la réunion de compte rendu⁸. TPSGC a également fourni à Harris les feuilles de notation des participants aux essais concernant les jumelles de Harris⁹.

[13] Le 19 décembre 2017, Harris a envoyé une lettre d'opposition à TPSGC¹⁰. Harris faisait valoir que les participants n'avaient pas reçu de directives raisonnables, ce qui a donné lieu à une évaluation arbitraire et injuste, contraire aux critères d'évaluation énoncés dans la DOC.

[14] Le 26 mars 2018, TPSGC a envoyé une lettre à Harris dans laquelle il rejetait son opposition¹¹.

[15] Le 2 avril 2018, TPSGC a envoyé à Harris, entre autres, les feuilles de notation individuelles de chaque participant ainsi que la feuille de notation établie par consensus portant sur toutes les étapes de l'évaluation de la soumission¹².

3. Pièce PR-2018-001-01A (protégée), annexe 1, partie 1, art. 1.2 aux p. 58-59, vol. 2.

4. *Ibid.*, annexe 6 à la p. 398.

5. *Ibid.*, annexe 7 à la p. 401.

6. *Ibid.*, annexe 10 à la p. 406.

7. *Ibid.*, annexe 11 à la p. 412.

8. *Ibid.*, annexe 13 aux p. 433-434.

9. *Ibid.*, annexe 15 aux p. 440-468.

10. *Ibid.*, annexe 16 à la p. 469.

11. Pièce PR-2018-001-01A (protégée), annexe 4 à la p. 225, vol. 2.

12. *Ibid.*, par. 53 à la p. 16.

[16] Le 10 avril 2018, Harris a déposé sa première plainte auprès du Tribunal, dans laquelle elle soulève les mêmes motifs de plainte que ceux énumérés dans sa lettre d'opposition adressée à TPSGC. Le Tribunal a enquêté sur la plainte dans PR-2018-001.

[17] Ayant reçu le 10 juillet 2018 une copie du Rapport de l'institution fédérale (RIF) de l'enquête n° PR-2018-001, et s'appuyant sur les renseignements confidentiels qui s'y trouvaient, Harris a déposé la présente plainte auprès du Tribunal le 23 juillet 2018. TPSGC a déposé son RIF relatif à la présente enquête le 27 août 2018, et Harris a déposé ses observations en réponse au RIF le 4 septembre 2018.

[18] Puisque les parties ont pu déposer des observations et de la preuve, et puisque la tenue d'une audience n'a pas été demandée, le Tribunal a rendu sa décision sur la foi des documents versés au dossier.

ACCORDS COMMERCIAUX

[19] Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* exige que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte¹³. À l'issue de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux dispositions des accords commerciaux applicables¹⁴, qui en l'espèce sont l'*Accord sur le commerce intérieur*¹⁵, l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹⁶ et l'*Accord révisé sur les marchés publics*¹⁷.

[20] Les accords commerciaux disposent que pour être considérée en vue d'une adjudication, une soumission doit être conforme aux prescriptions essentielles figurant dans la documentation relative à l'appel d'offres et que l'entité contractante adjuge le marché en se fondant sur les critères d'évaluation et les prescriptions essentielles précisées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

[21] Lorsqu'il examine la façon dont les soumissions sont évaluées, le Tribunal applique le critère du caractère raisonnable. Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné à maintes reprises, « le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel »¹⁸. Par conséquent, le Tribunal ne substitue généralement

13. *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.) [*Loi sur le TCCE*], art. 30.14.

14. *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics* (DORS/93-602) [*Règlement*], art. 11.

15. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.ait-aci.ca/agreement-on-internal-trade/?lang=fr>> [*ACI*].

16. *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, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

17. *Accord révisé sur les marchés publics*, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm> (entré en vigueur le 6 avril 2014) [*AMP révisé*].

18. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 RCS 708, 2011 CSC 62 (CanLII) au par. 11, citant *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190, 2008 CSC 9 (CanLII).

pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à bien évaluer une proposition, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une proposition, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou bien n'ont pas procédé à une évaluation équitable sur le plan de la procédure¹⁹. De plus, le Tribunal est d'avis qu'il revient en dernier ressort au soumissionnaire de vérifier qu'une proposition est conforme à tous les critères essentiels d'un appel d'offres²⁰.

[22] L'*ALÉNA* et l'*AMP* révisé exigent également que l'entité contractante conserve des documents complets sur tous les marchés.

[23] La conservation adéquate de documents fait partie intégrante d'une procédure équitable de passation de marchés publics. Elle permet de vérifier que la procédure de passation du marché public a été menée conformément aux accords commerciaux. Le Tribunal a déjà indiqué que les fiches de notation individuelle des évaluateurs constituent un élément important du dossier relatif au processus d'invitation à soumissionner et qu'il doit être conservé²¹.

REQUÊTE DE TPSGC FONDÉE SUR L'ESN

[24] TPSGC a déposé une requête identique à celle dans PR-2018-001, selon laquelle le Tribunal n'a pas compétence pour examiner la plainte, et l'a appuyée par les mêmes observations que celles qu'elle avait déposées dans le cadre de cette première enquête. Pour les mêmes motifs que ceux énoncés par le Tribunal dans PR-2018-001, le Tribunal rejette la requête.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

[25] Harris a essentiellement soulevé trois motifs de plainte. Tout d'abord, elle soutient que le soumissionnaire retenu n'était pas conforme, car ce soumissionnaire XXXXX XXX XXX XXXXX . Deuxièmement, elle fait valoir que les essais en laboratoire n'ont pas été effectués conformément à la DOC. Troisièmement, elle soutient que les dossiers conservés par TPSGC concernant la méthodologie et les résultats des essais en laboratoire étaient insuffisants.

[26] Ayant pu considérer l'ensemble de la preuve pertinente, le Tribunal conclut que les motifs de plainte soulevés par Harris sont en partie fondés.

Le soumissionnaire retenu était-il non conforme?

Position des parties

[27] Harris soutient que la DOC interdisait la XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX X. Elle fait valoir que l'XXXXX XXX XXX par TPSGC XXXXX XXX XXX déposées

19. *MTS Allstream Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 février 2009), PR-2008-033 (TCCE) au par. 26.

20. *Integrated Procurement Technologies Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE).

21. *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (14 octobre 2014), PR-2014-016 et PR-2014-021 (TCCE) au par. 115; *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (27 août 2014), PR-2014-006 (TCCE) aux par. 62-65.

par le soumissionnaire retenu étaient contraires aux modalités de la DOC et que, par conséquent, l'adjudication du marché à ce soumissionnaire en particulier était elle aussi contraire aux modalités de la DOC.

[28] TPSGC soutient que la DOC permettait expressément XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX et que TPSGC a publié des questions et réponses ainsi qu'une modification à la DOC qui examinaient expressément la question XXXXX XXX XXX.

Analyse du Tribunal

[29] Les dispositions pertinentes de la DOC, telles que modifiées par la modification 1, sont reproduites à l'annexe confidentielle.

[30] TPSGC XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXX XXXXX XXX XXX.

[31] Malgré la formulation maladroite des dispositions pertinentes, le Tribunal ne considère pas que l'interprétation de TPSGC est déraisonnable. XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX.

[32] Étant donné que les dispositions de la DOC considèrent XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX, elles permettent XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX. En effet, Harris soutient qu'une interprétation de ces dispositions XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX soient, en fait, permises.

[33] TPSGC a appliqué cette interprétation à la DOC. Comme l'a fait le soumissionnaire retenu, Harris aurait pu XXXXX XXX XXX. Si Harris s'opposait à ces dispositions en tant que telles, elle aurait pu soulever ses préoccupations en temps opportun; elle ne l'a pas fait.

[34] Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Les essais en laboratoire ont-ils été effectués conformément à la DOC?

[35] Le Tribunal fait d'abord remarquer que le motif de la plainte portant sur la mise à l'essai en laboratoire de la XXXX XXX XXX a été abandonné²². Par conséquent, l'analyse du Tribunal se concentrera sur l'autre mise à l'essai en question, à savoir la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX.

[36] Harris soutient que la DOC exigeait que la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX soit effectuée par trois observateurs qualifiés sur les XXXXX XXX XXX qui ont été sélectionnées pour la mise à l'essai et que la moyenne des résultats des trois observateurs devait être faite. Elle fait valoir que, d'après le tableau de vérification de la conformité et les feuilles de notation fournies par TPSGC le 26 mars 2018, elle avait compris que la feuille de notation portant sur la XXXXX XXX XXX rendrait compte des résultats moyens des trois évaluateurs XXXXX XXX XXX et que le

22. Pièce PR-2018-016-13A (protégée) au par. 32, vol. 2.

XXXXX XXX XXX XXX XXX aurait compris les résultats individuels²³. Harris soutient que ce n'est que lorsque TPSGC a écrit au Tribunal dans le cadre de PR-2018-001, indiquant que les feuilles de notation fournies à Harris le 26 mars 2018 étaient, en fait, le XXXXX XXX XXX XXXXX et qu'il n'y avait XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX, que Harris a réalisé qu'il n'y avait XXXXX XXX XXX relatif aux XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX faisant l'objet d'une mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX²⁴. D'après l'exposé de Harris, si les résultats de la XXXXX XXX XXX ne correspondaient pas à une moyenne des résultats des trois observateurs XXXXX XXX XXX, l'essai de la XXXXX XXX XXX n'avait alors pas été fait conformément à la DOC.

[37] TPSGC soutient que la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX a été effectuée conformément aux modalités de la DOC et que les dossiers reflètent bien les résultats des évaluations. Elle fait valoir que les XXXXX XXX unités de Harris sélectionnées ont fait l'objet d'une mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX et que la moyenne des notes des trois évaluateurs pour l'unité la plus performante de chaque soumissionnaire a été faite et a été consignée.

[38] La DOC prévoit que chaque unité devait faire l'objet d'une mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par trois évaluateurs appliquant trois paramètres différents. Les dispositions pertinentes de la DOC sont reprises à l'annexe confidentielle.

[39] Comme le montre l'annexe confidentielle, il n'y a aucune disposition dans la DOC en ce qui concerne la notation de la XXXXX XXX XXX à partir d' XXXXX XXX XXX; la méthode de sélection de l'unité la plus performante ne figure pas non plus dans la DOC. La DOC indiquait clairement que XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX de chaque soumissionnaire ferait l'objet d'une mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX. En effet, dans son affidavit, le sergent Montpetit affirme qu'une évaluation complète de la XXXXX XXX XXX a été effectuée pour les deux unités de chaque soumissionnaire²⁵.

[40] Toutefois, les résultats des unités « les moins performantes » [traduction], s'ils ont bel et bien été consignés²⁶, ont été ignorés par TPSGC; au lieu de cela, seule une moyenne des résultats pour les unités les plus performantes a été faite et a été utilisée pour calculer les notes de chaque soumissionnaire pour cet élément de la mise à l'essai en laboratoire²⁷.

[41] Le Tribunal conclut que TPSGC a effectué l'évaluation de la XXXXX XXX XXX en se fondant sur des critères qui n'étaient pas énoncés dans la DOC. De son propre aveu, TPSGC n'a tenu compte que des résultats des unités les plus performantes, alors que rien dans la DOC ne précisait que seule la moyenne des résultats des unités « les plus performantes » [traduction] serait faite. Par conséquent, le Tribunal conclut que l'application par TPSGC des dispositions relatives à la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX était déraisonnable.

[42] Par conséquent, le Tribunal conclut que les essais de la XXXXX XXX XXX n'ont pas été effectués conformément à la DOC, ce qui contrevient aux exigences du paragraphe 506(6) de l'ACI, de l'alinéa 1015(4)d) de l'ALÉNA et du paragraphe XV(1) de l'AMP révisé. Par ailleurs, si les deux

23. Pièce PR-2018-001-01A (protégée) aux p. 348-351, vol. 2.

24. Pièce PR-2018-001-37A (protégée) à la p. 4, vol. 2.

25. Pièce PR-2018-016-11 au par. 7, vol. 1; pièce PR-2018-016-11A (protégée) au par. 7, vol. 2.

26. Le Tribunal n'a aucune preuve de l'existence de tels documents.

27. Pièce PR-2018-016-11A (protégée), vol. 2 au par. 7, et pièce PR-2018-001-51, vol. 2B à la p. 4.

unités ont bel et bien fait l'objet d'essais, les documents concernant ces essais n'ont pas été conservés, ce qui contrevient à l'alinéa 1017(1)p) de l'*ALÉNA* et à l'alinéa XVI(3)a) de l'*AMP révisé*.

[43] Par conséquent, le Tribunal conclut que ces motifs de plainte sont fondés.

CONCLUSION

[44] Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut que la plainte est en partie fondée.

MESURE CORRECTIVE

[45] Ayant conclu que la plainte de Harris est en partie fondée, le Tribunal doit déterminer la mesure corrective appropriée, conformément aux paragraphes 30.15(2) et (4) de la *Loi sur le TCCE*.

[46] Harris demande que le Tribunal recommande que l'offre à commandes adjudgée dans le cadre de la DOC soit résiliée et qu'un nouvel appel d'offres soit lancé. Subsidiairement, Harris demande que le Tribunal recommande que TPSGC indemnise Harris pour les profits qu'elle aurait générés si le contrat lui avait été adjudgé.

[47] TPSGC n'a déposé aucune observation au sujet de la mesure corrective appropriée.

[48] Dans sa décision sur la mesure corrective appropriée, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché en question, notamment les suivants :

1. la gravité des irrégularités qu'il a constatées;
2. l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;
3. l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
4. la bonne foi des parties;
5. le degré d'exécution du contrat.

[49] En l'espèce, les accords commerciaux ont été violés lorsque TPSGC a évalué les soumissions en se fondant sur des critères non divulgués. Ce manquement constitue une irrégularité grave. L'évaluation des propositions conformément aux critères énoncés dans un appel d'offres est au cœur du régime établi en vertu de la *Loi sur le TCCE* et des accords commerciaux applicables.

[50] Il est possible que ce manquement ait porté préjudice à Harris. La méthodologie appliquée par TPSGC concernant l'évaluation de la XXXXX XXX XXX, par opposition à l'utilisation des résultats de chaque unité des soumissionnaires, pourrait avoir porté préjudice à Harris en augmentant artificiellement la note du soumissionnaire retenu, y compris un éventuel résultat où le soumissionnaire retenu aurait pu, autrement, être non conforme²⁸. Cela est dû au fait que la notation des essais de la XXXXX XXX XXX était fondée sur une échelle mobile à partir des résultats de l'unité ayant obtenu la note la plus élevée. Si l'unité de Harris avait reçu les meilleures notes, le soumissionnaire retenu (dont la soumission a reçu la note globale minimale pour sa conformité) aurait été non conforme²⁹.

28. Pièce PR-2018-016-10A (protégée) au par. 46, vol. 2; pièce PR-2018-016-13A (protégée) au par. 30, vol. 2.

29. Pièce PR-2018-001-01A (protégée) aux p. 59 et 398, vol. 2.

[51] En conséquence, ce manquement a également eu une incidence négative sur l'intégrité de la procédure de passation du marché public. L'affaire est d'autant plus complexe que TPSGC a omis de conserver les dossiers appropriés en ce qui concerne la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX, de sorte que le Tribunal n'est pas en mesure de vérifier si Harris a, en effet, été lésée par ce manquement.

[52] Rien n'indique qu'une partie a agi de mauvaise foi à l'égard de cette procédure de passation du marché public.

[53] Enfin, le Tribunal reconnaît que l'offre à commandes a été adjugée en octobre 2017 et que le contrat a probablement été exécuté dans une certaine mesure. Cependant, le Tribunal reconnaît également que la période initiale de l'offre à commandes est de trois ans, avec l'option de prolongation pour sept périodes supplémentaires d'un an. Par conséquent, il pourrait y avoir une longue période restante pour cette offre à commandes.

[54] À la lumière de ce qui précède, le Tribunal recommande que TPSGC réévalue la soumission de Harris et celle du soumissionnaire retenu conformément au protocole de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX énoncé dans la DOC dès que possible, au plus tard d'ici six mois après la date de publication de la présente décision. Autrement dit, les procédures relatives à la mise à l'essai prévues à l'article XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX de la DOC devraient être suivies en ce qui concerne les deux unités sélectionnées pour chacun de ces soumissionnaires. Par ailleurs, les résultats de chaque unité devraient être utilisés pour calculer chacune des notes relatives à la XXXXX XXX XXX de ces soumissionnaires. TPSGC devrait ensuite recalculer une note totale pour chacun de ces soumissionnaires afin de déterminer, entre autres, si le soumissionnaire retenu était conforme.

[55] En formulant sa recommandation de réévaluer certains aspects des propositions techniques, le Tribunal tient compte du temps et des frais connexes pour toutes les parties concernées, et du fait que le public a intérêt à ce que l'exécution de l'offre à commandes se poursuive, jusqu'à ce que la réévaluation mène à un résultat différent, le cas échéant.

[56] Par conséquent, le Tribunal recommande aussi que le soumissionnaire actuellement retenu conserve l'offre à commandes actuelle, et ce, jusqu'à ce que la réévaluation soit terminée. Toutefois, il est recommandé que TPSGC ne fasse aucune autre commande subséquente, autorisation de tâche ou toute autre forme de dépenses aux termes du contrat en attendant la réévaluation.

[57] Dans l'éventualité où la réévaluation aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu n'obtienne pas la note minimale requise et qu'il ne soit pas conforme, le Tribunal recommande que TPSGC annule l'offre à commandes en vigueur et lance un nouvel appel d'offres pour ce besoin. Selon le Tribunal, ce résultat concorde avec l'intérêt du public d'éviter le double paiement d'un service et avec l'intérêt des soumissionnaires d'avoir la possibilité de fournir les biens en question³⁰.

30. *Dynamic Engineering Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (16 mai 2018), PR-2017-060 (TCCE) au par. 49.

FRAIS ENCOURUS POUR LA PRÉPARATION DE LA SOUMISSION

[58] Le Tribunal a aussi le pouvoir, en vertu du paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*, d'« accorder au plaignant le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres ». Ce pouvoir additionnel est distinct de celui conféré par le paragraphe 30.15(3), qui a trait aux mesures correctives.

[59] Dans l'éventualité où la réévaluation des résultats de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par TPSGC aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu ne soit pas conforme, le Tribunal estime qu'il serait approprié d'accorder à Harris une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa soumission. Dans une telle éventualité, le Tribunal enjoint Harris et TPSGC de négocier le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission et, dans les 30 jours suivant la date de réception des résultats de la réévaluation, faire rapport au Tribunal sur l'issue des négociations.

[60] Si les parties sont incapables de s'entendre sur le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission, le cas échéant, le Tribunal demandera à Harris de déposer un bref résumé décrivant les tâches effectuées pour préparer sa soumission et un barème détaillé et ventilé des frais encourus, avec la documentation à l'appui. Si le soumissionnaire retenu est jugé non conforme, Harris disposera de 45 jours à partir de la date de réception des résultats de la réévaluation pour déposer ces renseignements auprès du Tribunal et pour les communiquer à TPSGC. TPSGC disposera alors de 10 jours pour déposer ses commentaires auprès du Tribunal et pour les communiquer à Harris.

[61] Il est du ressort du Tribunal de fixer le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission.

FRAIS RELATIFS À LA PLAINTÉ

[62] Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, les frais relatifs à une enquête – même provisionnels – sont laissés à l'appréciation du Tribunal.

[63] Ayant déterminé que la plainte est en partie fondée, le Tribunal conclut que Harris a droit aux frais raisonnables qu'elle a encourus.

[64] Pour déterminer le montant de l'indemnité en l'espèce, le Tribunal s'est fondé sur sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui prévoit trois critères pour évaluer le degré de complexité d'une cause : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

[65] En l'espèce, il ne s'agissait ni d'un marché public complexe, ni d'une procédure complexe (contrairement à la complexité de la procédure dans PR-2018-001). La DOC ne s'étalait pas sur des centaines de pages, et les biens à fournir étaient de simples jumelles de vision nocturne.

[66] À ce titre, conformément à l'annexe A de la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$, ce qui correspond au degré 1 de complexité.

DÉCISION

[67] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte est en partie fondée.

[68] Le Tribunal recommande que TPSGC réévalue la soumission de Harris et celle du soumissionnaire retenu conformément au protocole de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX énoncé dans la DOC dès que possible, au plus tard d'ici six mois après la date de publication de la présente décision.

[69] Le Tribunal recommande que le soumissionnaire retenu demeure titulaire de l'offre à commandes en vigueur jusqu'à ce que la réévaluation soit effectuée. Toutefois, le Tribunal recommande qu'aucune commande subséquente ou autorisation de tâches ne soit émise, ou toute autre forme de dépenses en vertu du contrat ne soit engagée, avant que TPSGC n'ait terminé la réévaluation.

[70] Dans l'éventualité où la réévaluation des résultats de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par TPSGC aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu ne soit pas conforme, le Tribunal recommande que TPSGC annule l'offre à commandes en vigueur et lance un nouvel appel d'offres pour ce besoin.

[71] Dans l'éventualité où la réévaluation des résultats de la mise à l'essai de la XXXXX XXX XXX par TPSGC aurait pour résultat que le soumissionnaire retenu ne soit pas conforme, le Tribunal accorde à Harris une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa soumission. Dans une telle éventualité, le Tribunal enjoint Harris et TPSGC de négocier le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission et, dans les 30 jours suivant la date de réception des résultats de la réévaluation, faire rapport au Tribunal sur l'issue des négociations.

[72] Si les parties sont incapables de s'entendre sur le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission, le cas échéant, Harris disposera de 45 jours à partir de la date de réception des résultats de la réévaluation pour déposer un bref résumé décrivant les tâches effectuées pour préparer sa soumission et un barème détaillé et ventilé des frais encourus, avec la documentation à l'appui, qu'il communiquera à TPSGC. TPSGC disposera alors de 10 jours pour déposer ses commentaires auprès du Tribunal et pour les communiquer à Harris. Il est du ressort du Tribunal de fixer le montant d'une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la soumission.

[73] Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Harris une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de la plainte et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité de la plainte ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

J
e
a
n
Bédard

Jean Bédard, c.r.
Membre président

ANNEXE CONFIDENTIELLE

Dispositions de la DOC mentionnées au paragraphe 29 :

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX

XXXXXX

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX X

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX
XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX X XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX
XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX
XXX XX

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX
XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX X

XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX XXXXXX XXX XXX
XXXXXX XXX XXX XXXXXX XX

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX X

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX X

[XXXXX XXX XXX X, traduction]

[74] Dispositions de la DOC mentionnées au paragraphe 38 :

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XX

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX X XXXXX XXX XXX XXXXX XXX
XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX X

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX X XXXXX XXX XXX XXXXX XXX
XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXX

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XX

XXX

XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX
XXXXX XXX XXX XXXXX XXX XXX XX

XXXXX XXXXX XXXXX

XXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX

XXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX

XXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX

XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX XXXXX
XXXXX XXXXX XXXXX

[XXXXXX XXXXX X, traduction]