



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2018-057

Autopos Marine Inc. s/n AutoNav

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le mercredi 5 juin 2019*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ.....	1
HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	1
ACCORDS COMMERCIAUX	3
DISPOSITIONS PERTINENTES DU PAC	3
POSITION DES PARTIES.....	4
AUTONAV	4
TPSGC	5
ANALYSE.....	6
1. L'appel d'offres limité était-il justifié au regard de l'ALEC?	6
2. TPSGC a-t-il tenté d'éviter la concurrence?	10
MESURE CORRECTIVE	10
DÉCISION	12

EU ÉGARD À une plainte déposée par Autopos Marine Inc. s/n AutoNav 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'enquête sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE

AUTOPOS MARINE INC. s/n AUTONAV

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.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

Membre du Tribunal : Ann Penner, membre président

Personnel de soutien : Anja Grabundzija, conseillère juridique
Heidi Lee, conseillère juridique

Partie plaignante : Autopos Marine Inc. s/n AutoNav

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Ian McLeod
Roy Chamoun
Kathryn Hamill
Nick Howard

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. La présente enquête porte sur une plainte déposée par Autopos Marine Inc. s/n AutoNav (AutoNav) concernant un préavis d'adjudication de contrat (invitation n° F7049-180066/A) (le PAC¹) publié le 28 novembre 2018 par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), au nom du ministère des Pêches et des Océans et de la Garde côtière canadienne (GCC), dont la date de clôture était le 14 décembre 2018, en vue du remplacement du système de l'appareil à gouverner du NGCC *Amundsen*.

2. Le Tribunal a accepté la plainte aux fins d'enquête en vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*² et conformément aux conditions prévues au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³.

3. Le Tribunal a enquêté sur le bien-fondé de la plainte, selon les exigences prévues aux articles 30.13 à 30.15 de la *Loi sur le TCCE*. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte est fondée en partie.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

4. AutoNav soutient que TPSGC a établi le PAC de façon injustifiée et qu'il a ainsi manqué à ses obligations relatives aux appels d'offres limités au titre de l'*Accord de libre-échange canadien*⁴. Plus précisément, selon AutoNav, 1) les motifs d'urgence dont faisait état le PAC n'étaient pas liés à des circonstances imprévisibles, comme l'exige l'accord commercial, et 2) Jastram Engineering Ltd. (Jastram), le fournisseur présélectionné dans le cadre du PAC, ne détenait pas les droits exclusifs sur le système Wagner, comme l'affirme TPSGC.

5. AutoNav soutient aussi que TPSGC a tenté d'éviter la concurrence en refusant de fournir l'énoncé des besoins (EB), qui établissait les caractéristiques techniques du système et qui, d'après AutoNav, était nécessaire pour bien répondre au PAC. AutoNav affirme aussi que les exigences obligatoires prévues dans le PAC étaient trop rigoureuses.

6. À titre de mesure correctrice, AutoNav demande que le contrat accordé à Jastram soit annulé et que le projet fasse l'objet d'un nouvel appel d'offres. AutoNav ne demande pas l'octroi d'une indemnité ni le remboursement des frais liés à la plainte.

HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

7. Le 23 novembre 2018, TPSGC a publié le PAC en cause en vue du remplacement (aussi appelé « radoub ») du système Wagner à bord du NGCC *Amundsen*. Comme mentionné ci-dessus, selon le PAC, Jastram était désignée à titre de fournisseur présélectionné, car elle détenait les droits exclusifs de propriété intellectuelle, et les travaux de radoub devaient être exécutés de façon urgente. Par ailleurs, dans le cadre du

1. Un PAC est un instrument de politique visant à établir un marché à fournisseur unique et constitue un « appel d'offres limité » au titre de l'accord commercial applicable. Un appel d'offres limité doit être justifié dans les circonstances particulières énoncées dans l'accord commercial.

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

3. DORS/93-602 [*Règlement*].

4. *Accord de libre-échange canadien*, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/CFTA-Consolidated-Text-Final-Print-Text-French-.pdf>> (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017) [ALEC].

PAC, les autres fournisseurs susceptibles d'être sélectionnés étaient invités à présenter un énoncé des capacités en se fondant sur les exigences obligatoires énoncées dans le PAC⁵.

8. Le 1^{er} décembre 2018, AutoNav a informé TPSGC de son intention de présenter un énoncé des capacités, affirmant qu'elle était pleinement qualifiée et pouvait exécuter les travaux de radoub. AutoNav a aussi contesté l'affirmation de TPSGC dans le PAC selon laquelle Jastram était le seul fournisseur potentiel, soutenant que Jastram ne détenait pas les droits exclusifs sur le système Wagner.

9. Dans sa réponse, TPSGC souligne avoir reçu des documents indiquant que Jastram détenait les droits de propriété intellectuelle sur le système Wagner. TPSGC mentionne aussi qu'il a conclu plusieurs contrats avec Jastram pour la remise à neuf d'autres pièces de l'appareil à gouverner Wagner et pour la remise en état complète du système de l'appareil à gouverner à bord d'un autre brise-glace, le NGCC *Pierre Radisson*; de l'avis de TPSGC, ces contrats permettent d'autant plus de démontrer que Jastram détient les droits exclusifs sur le système Wagner.

10. Dans les jours qui ont suivi, AutoNav a demandé l'EB, car le PAC ne fournissait pas les renseignements techniques suffisants pour lui permettre de répondre aux exigences. TPSGC a refusé de fournir l'EB et a informé AutoNav que l'EB n'était pas nécessaire; TPSGC a également indiqué que l'exigence obligatoire du PAC selon laquelle les fournisseurs doivent démontrer la conformité du système à l'EB avait été supprimée⁶. Dans sa correspondance, TPSGC a aussi informé AutoNav que le PAC visait « non pas à mettre au point un nouveau système de l'appareil à gouverner, mais à vérifier que vous avez, ou non, déjà conçu, livré et installé un système de l'appareil à gouverner approuvé de même catégorie que celui que vous comptez fournir en réponse à ce PAC, à titre d'entrepreneur principal, en donnant deux (2) exemples de projets exécutés avec succès dans les dix (10) dernières années »⁷ [traduction].

11. Le 12 décembre 2018, dans le cadre du PAC, AutoNav a présenté un énoncé des capacités, dans lequel elle a réitéré son point de vue selon lequel elle n'était pas en mesure de répondre pleinement à l'invitation sans l'EB.

12. Le 14 décembre 2018, TPSGC a informé AutoNav que son énoncé des capacités ne répondait pas aux exigences obligatoires du PAC et a rejeté son opposition à l'appel d'offres limité. En réponse, AutoNav a contesté les conclusions de TPSGC, encore une fois, parce qu'elle n'était pas en mesure de répondre aux exigences obligatoires sans l'EB.

13. Le 18 décembre 2018, AutoNav s'est opposée à la décision de TPSGC.

14. Le 17 janvier 2019, TPSGC a attribué le contrat à Jastram et a publié l'avis d'attribution du contrat le jour suivant.

15. Le 21 janvier 2019, AutoNav a déposé la présente plainte auprès du Tribunal. Le 25 janvier 2019, le Tribunal a informé les parties qu'il accueillait la plainte aux fins d'enquête.

16. Le 8 mars 2019, TPSGC a fourni sa réponse à la plainte dans le Rapport de l'institution fédérale (RIF). AutoNav a fourni ses commentaires sur le RIF le 18 mars 2019.

5. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, p. 48-52.

6. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, p. 69 et 71-72.

7. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, p. 69.

17. Conformément à une demande de précisions du Tribunal concernant des points soulevés dans le RIF et la position de TPSGC relativement aux mesures correctives, TPSGC a présenté d'autres observations le 29 mars 2019, et AutoNav a fourni ses commentaires sur ces observations le 8 avril 2019.

18. Le Tribunal n'a pas considéré que la tenue d'une audience était nécessaire; il a donc rendu sa décision sur la foi des renseignements versés au dossier.

ACCORDS COMMERCIAUX

19. Comme mentionné, l'ALEC est l'accord commercial applicable à la procédure de passation du marché public en l'espèce. L'ALEC ne permet le recours à un appel d'offres limité que dans des circonstances particulières. Dans le cadre de la présente affaire, les dispositions pertinentes sont les suivantes :

Article 513 : Appel d'offres limité

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, et à condition qu'elle n'utilise pas la présente disposition dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre Partie ou protège ses propres fournisseurs, une entité contractante peut recourir à l'appel d'offres limité dans les circonstances suivantes :

[...]

- b) si les produits ou services ne peuvent être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existe pas de produits ou services de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisants, pour l'une des raisons suivantes :

[...]

- (ii) la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs;

[...]

- d) si cela est strictement nécessaire dans les cas où, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient pas être prévus par l'entité contractante, un appel d'offres ouvert ne permettrait pas d'obtenir les produits ou les services en temps voulu;

Article 521 : Marchés publics –Définitions particulières

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent chapitre :

appel d'offres limité Méthode de passation des marchés suivant laquelle une entité contractante s'adresse à un ou à des fournisseurs de son choix;

appel d'offres ouvert Méthode de passation des marchés suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent présenter une soumission.

[...]

DISPOSITIONS PERTINENTES DU PAC

20. Les dispositions pertinentes du PAC en cause sont les suivantes :

2. Contexte

[...]

Il est urgent de remplacer le système actuel afin de maintenir les services essentiels de déglacement dans la Voie maritime du Saint-Laurent et dans la région des Grands Lacs.

L'actuel système de l'appareil à gouverner installé dans cette catégorie de navires a plus de 35 ans et est devenu difficile à entretenir ces dernières années en raison de l'obsolescence des pièces.

[...]

3. Définition de l'exigence

La GCC doit remplacer le système de l'appareil à gouverner actuellement installé sur le NGCC Amundsen par un nouveau système homologué par une société de classification et qui satisfera à toutes les exigences obligatoires décrites à la section 4 ci-après. [...]

4. Critères obligatoires pour l'évaluation de l'énoncé des besoins

[...]

a) Le système de l'appareil à gouverner proposé doit déjà être homologué, avant la date de clôture du présent PAC, par une société de classification reconnue par la Sécurité maritime de Transports Canada (SMTC) [...].

b) Les fournisseurs doivent présenter une preuve objective de leur capacité de concevoir, de livrer et d'installer le même système de l'appareil à gouverner approuvé par la société de classification que celui qu'ils ont l'intention de fournir en réponse au présent PAC, en tant qu'entrepreneur principal, en donnant deux (2) exemples de projets réalisés avec succès au cours des dix (10) dernières années. [...]

Définition de « projet réalisé » : Conception, livraison et installation d'un système de l'appareil à gouverner pour des navires du même tonnage que le NGCC Pierre Radisson ou d'un tonnage supérieur. Pour être valide, chacun des systèmes de l'appareil à gouverner fournis à titre de référence doit être actuellement installé à bord d'un navire du même tonnage que le NGCC Pierre Radisson ou d'un tonnage supérieur et, pour les navires exploités dans des conditions de déglacement, en utilisant le même équipement que celui que les soumissionnaires prévoient fournir pour ce projet.

[...]

7. Justification du recours à un fournisseur sélectionné à l'avance

Droits de propriété intellectuelle (PI). Jastram détient actuellement tous les droits de propriété intellectuelle sur le système de l'appareil à gouverner conçu par Wagner qui est actuellement installé dans le navire et ne partagera aucune information technique avec un autre fournisseur.

POSITION DES PARTIES

AUTONAV

21. Comme indiqué ci-dessus, AutoNav soutient que les motifs invoqués dans le PAC relativement à l'urgence n'étaient pas justifiés au regard de l'alinéa 513(1)d) de l'ALEC. Selon le PAC, le besoin était urgent parce que le NGCC *Amundsen* fournit des services essentiels de déglacement et que l'équipement a plus de 35 ans et sera bientôt obsolète. De l'avis d'AutoNav, ni l'une ni l'autre de ces raisons ne constituait une circonstance d'urgence valide.

22. AutoNav soutient aussi que le fournisseur présélectionné, Jastram, ne détenait pas les droits exclusifs de propriété intellectuelle du système Wagner. AutoNav fait valoir que les systèmes que Jastram aurait pu livrer auparavant n'étaient en rien exclusifs et qu'aucune des composantes de l'appareil à gouverner Wagner était brevetée⁸.

8. Pièce PR-2018-057-18, vol. 1.

23. Par ailleurs, AutoNav affirme que TPSGC a tenté d'éviter la concurrence 1) en refusant de fournir l'EB, ce qui, selon AutoNav, l'a empêchée de présenter un énoncé des capacités adapté au besoin, et 2) en élaborant des exigences obligatoires trop rigoureuses qui visaient à exclure les autres soumissionnaires aptes à répondre au besoin.

TPSGC

24. Dans le contexte du PAC, TPSGC explique que le NGCC *Amundsen* fait partie de la flotte de quatre brise-glaces de type 1200 de la GCC⁹. Étant donné que la flotte ne compte pas de navires supplémentaires et qu'elle doit être opérationnelle toute l'année, l'entretien et les réparations doivent être étroitement planifiés¹⁰. De plus, il souligne qu'en 2012, la GCC a annoncé son programme de prolongation de durée de vie utile des navires et qu'en 2015, la GCC a élaboré un plan pour le radoub des navires de type 1200 en installant un nouveau système de l'appareil à gouverner¹¹.

25. En 2016, TPSGC a attribué un contrat dans le cadre d'une procédure de passation de marché public concurrentielle pour le radoub du NGCC *Pierre Radisson*, un des autres brise-glaces de type 1200 (le contrat de 2016). À la suite du résultat du contrat de 2016, la GCC a déterminé que le besoin en matière de radoub relativement aux brise-glaces de type 1200 présentait un risque élevé et urgent pour les opérations de la GCC¹² et qu'un système de l'appareil à gouverner devait être livré avant que ces risques se matérialisent¹³. C'est pourquoi la GCC a déterminé que pour combler ce besoin opérationnel, elle ne pouvait avoir recours qu'à un système éprouvé déjà attesté par une société de classification et installé avec succès sur un brise-glace d'un tonnage égal ou supérieur à celui du NGCC *Pierre Radisson*.

26. Par conséquent, TPSGC fait valoir que les deux motifs pour le recours à un PAC et l'attribution subséquente d'un contrat à Jastram sans appel d'offres ouvert sont légitimes et conformes à l'ALEC. TPSGC ne connaissait qu'une seule entreprise, Jastram, offrant un système éprouvé, laquelle détenait les droits exclusifs à titre de fabricant d'équipement d'origine du système Wagner à bord du NGCC *Amundsen*, et a donc eu recours à un PAC pour confirmer sa position¹⁴. De plus, la GCC devait composer avec une véritable urgence opérationnelle qui justifiait des exigences rigoureuses relativement à l'aspect technique et à l'expérience¹⁵. Selon TPSGC, bien qu'un motif ou l'autre ait été suffisant pour justifier le recours à un appel d'offres limité en l'espèce, les deux justifications devraient être prises ensemble¹⁶.

27. TPSGC soutient aussi que rien dans l'énoncé des capacités d'AutoNav n'indiquait qu'elle possédait un système de l'appareil à gouverner qui respectait les exigences obligatoires de la GCC, comme le prévoyait le PAC¹⁷. TPSGC maintient que le PAC était suffisant pour permettre à AutoNav de préparer un énoncé des capacités adapté au besoin, car les exigences obligatoires de la GCC y figuraient et un fournisseur devait démontrer uniquement qu'il possédait l'expérience antérieure et les attestations requises¹⁸.

9. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 1.

10. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 3 et 9.

11. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 6.

12. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 18.

13. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 56.

14. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 5-6 et 20; pièce PR-2018-057-17, vol. 1, par. 2(b); pièce confidentielle PR-2018-057-11A, vol. 2, p. 59.

15. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 3.

16. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 41.

17. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 72.

18. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 60.

ANALYSE

28. Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* exige que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. 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 applicables, qui en l'espèce, est l'ALEC.

29. Dans son analyse, le Tribunal doit déterminer si 1) l'appel d'offres limité était justifié au regard de l'ALEC en raison de l'urgence imprévisible ou des droits exclusifs et si 2) TPSGC a tenté d'éviter la concurrence en refusant de fournir un EB à AutoNav et en appliquant des exigences obligatoires trop rigoureuses.

1. L'appel d'offres limité était-il justifié au regard de l'ALEC?

30. Dans le contexte des accords commerciaux, l'appel d'offres concurrentiel est la norme et la procédure d'appel d'offres limitée est l'exception. Le Tribunal affirme depuis longtemps que les exceptions permettant des appels d'offres limités prévues dans les accords commerciaux doivent être interprétées de façon restrictive. En conséquence, le seuil pour avoir gain de cause lors d'une contestation d'un marché public à fournisseur unique ou d'une procédure d'appel d'offres limitée est relativement bas. La partie plaignante ne doit pas démontrer le bien-fondé d'une invitation concurrentielle. Elle n'a qu'à présenter des éléments de preuve pour démontrer que la procédure d'appel d'offres limitée n'était pas justifiée.

31. Lorsqu'une telle preuve est produite, il incombe à l'institution fédérale de démontrer que le recours à une procédure d'appel d'offres limitée est approprié, tant en fait qu'en droit. Le Tribunal a également conclu que les PAC ne devaient pas remplacer le processus concurrentiel ouvert dans la sélection des fournisseurs, ni être utilisés comme un moyen plus souple et plus rapide d'exécuter ou de tenter d'exécuter une procédure de marché public concurrentielle.

32. Compte tenu de ces principes, le Tribunal doit déterminer si le PAC et le contrat dirigé attribué à Jastram étaient justifiés en vertu de l'article 513 de l'ALEC pour l'un ou l'autre des deux motifs invoqués par TPSGC : 1) l'urgence imprévisible ou 2) les droits exclusifs.

33. Comme il en sera question plus loin, le Tribunal conclut que TPSGC ne s'est pas acquitté de son fardeau à l'égard de l'un ou l'autre de ces deux motifs. Bien que l'objectif de TPSGC ait pu être légitime d'un point de vue opérationnel, il n'en reste pas moins que, selon le Tribunal, TPSGC a omis de fournir des éléments de preuve pour justifier son recours aux dispositions de l'ALEC relatives aux appels d'offres limités au lieu d'un processus concurrentiel ouvert.

Urgence imprévisible

34. L'alinéa 513(1)d) permet le recours à un appel d'offres limité « si cela est strictement nécessaire dans les cas où, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient pas être prévus par l'entité contractante, un appel d'offres ouvert ne permettrait pas d'obtenir les produits ou les services en temps voulu »¹⁹. Le Tribunal a déjà affirmé que le recours à cette exception exige que l'institution fédérale

19. L'article 521 de l'ALEC définit « appel d'offres ouvert » comme suit : « Méthode de passation des marchés suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent présenter une soumission. »

démontre, *d'une part*, qu'une urgence l'a empêchée de lancer une procédure d'appel d'offres ouverte, et, *d'autre part*, que l'urgence était attribuable à des circonstances imprévisibles²⁰.

35. Comme mentionné ci-dessus, l'article 2 du PAC indique qu'il est urgent de procéder au radoub afin de maintenir les services essentiels de déglacement et précise que le système actuel a plus de 35 ans et qu'il est difficile à entretenir en raison de l'obsolescence des pièces. Dans ses observations, TPSGC soutient aussi que le résultat du contrat de 2016 a donné lieu à une circonstance imprévisible, laquelle a contribué au besoin opérationnel urgent de la GCC de se procurer le nouveau système.

36. Bien que le Tribunal reconnaisse que le résultat du contrat de 2016 puisse avoir contribué aux besoins opérationnels de la GCC, le Tribunal n'est pas convaincu, compte tenu de la preuve, que les besoins de la GCC étaient urgents et imprévisibles, au sens où l'entend l'alinéa 513(1)d). La GCC a élaboré un plan pour le radoub des brise-glaces de type 1200 dans le cadre duquel doivent être installés de nouveaux systèmes de l'appareil à gouverner aussi tôt qu'en 2015, car l'équipement de ces navires a plus de 30 ans. En outre, la GCC savait sans aucun doute qu'il était important de maintenir le NGCC *Amundsen* en état de fonctionnement puisqu'il s'agit d'un des quatre navires affectés régulièrement aux services essentiels de déglacement. Le Tribunal n'est donc pas convaincu que l'une des justifications invoquées dans le PAC constitue une urgence imprévisible.

37. Cela dit, même si TPSGC a présenté des éléments de preuve pour justifier pourquoi et comment la GCC composait avec une urgence imprévisible, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas démontré pourquoi la GCC ne peut pas procéder au radoub en temps opportun en lançant un appel d'offres ouvert. L'ALEC précise qu'il s'agit d'une condition essentielle pour qu'une situation urgente soit visée par l'alinéa 513(1)d) et justifier le recours à l'appel d'offres limité prévu par cette disposition.

38. Selon le Tribunal, dans ses observations, TPSGC explique que les circonstances opérationnelles découlant du contrat de 2016 ont fait en sorte que la GCC connaît le type de produit dont elle a besoin, à savoir un système de l'appareil à gouverner moderne et éprouvé ayant obtenu l'approbation d'une société de classification. Cependant, le Tribunal estime que cette explication n'est pas suffisante pour acquitter TPSGC du fardeau de justifier le recours à l'appel d'offres limité prévu par l'alinéa 513(1)d). Bien que le Tribunal reconnaisse que les circonstances ont pu obliger la GCC à se procurer un produit défini de façon très précise et rigoureuse, TPSGC n'est pas parvenu à démontrer que ce produit *ne pouvait pas être obtenu en temps opportun en lançant un appel d'offres ouvert*, comme l'exige la disposition applicable.

39. De plus, le Tribunal conclut que les éléments de preuve ou les arguments sont insuffisants pour permettre d'affirmer que le besoin de la GCC ne pouvait pas être bien défini, sans nuire à ses besoins opérationnels légitimes, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, mais il reconnaît qu'une telle procédure aurait nécessairement pris plus de temps qu'un appel d'offres limité (ce que, comme le Tribunal le souligne, TPSGC n'a pas indiqué)²¹.

40. Le Tribunal a affirmé auparavant, et il le réitère en l'espèce, qu'un appel d'offres concurrentiel qui reflète les vraies exigences opérationnelles et techniques d'une institution fédérale ne doit pas avoir pour résultat d'obliger cette dernière à acquérir de l'équipement qui ne correspond pas à ses besoins²². De plus,

20. *Knowledge Circle Learning Services Inc. c. Ministère de la Santé* (13 janvier 2014) PR-2013-014 (TCCE), par. 43; *ALS Canada Ltd. c. Statistique Canada* (5 juin 2018) PR-2017-067 (TCCE), par. 37.

21. Le Tribunal souligne en outre qu'un PAC est structuré de manière à ce qu'il soit possible de passer à un marché concurrentiel si le PAC est contesté avec succès par un fournisseur éventuel. De l'avis du Tribunal, le fait que TPSGC ait recours à un PAC laisse entendre qu'il est disposé en principe à lancer un appel d'offres ouvert.

22. *FreeBalance Inc. c. Agence du revenu du Canada* (24 janvier 2012) PR-2011-041 (TCCE) [*FreeBalance*], par. 49.

une entité acheteuse est en droit de définir ses propres besoins en matière d'approvisionnement dans la mesure où elle le fait de façon raisonnable et conformément aux règles des accords commerciaux applicables. Le Tribunal a aussi conclu précédemment qu'il est permis à une entité acheteuse d'imposer des conditions qui peuvent restreindre l'accès aux marchés publics afin de s'assurer d'obtenir des biens ou des services qui répondent à ses besoins et qu'elle n'est pas obligée de compromettre ses besoins opérationnels légitimes pour tenir compte des circonstances particulières d'un fournisseur potentiel ou pour répondre aux besoins des fournisseurs²³. À cet égard, TPSGC affirme que les procédures d'appel d'offres ouvertes permettent aux entités acheteuses d'imposer certaines conditions relatives à la participation des fournisseurs, dont l'expérience antérieure, la capacité juridique, ainsi que les capacités commerciales et techniques du fournisseur, tant que ces conditions font partie des exigences essentielles pour l'exécution du marché public²⁴. Néanmoins, il doit y avoir une justification suffisante et démontrée pour procéder de cette façon.

41. Par conséquent, selon le Tribunal, TPSGC n'a pas démontré comment et pourquoi les circonstances à l'origine du PAC s'inscrivaient dans les paramètres étroits de l'alinéa 513(1)d) de l'ALEC. Par conséquent, le Tribunal ne peut que conclure que l'appel d'offres limité n'est pas justifié au regard de cette disposition et que la plainte d'AutoNav est fondée à cet égard.

Droits exclusifs

42. Le sous-alinéa 513(1)b)(ii) autorise le recours aux appels d'offres limités lorsqu'il n'y a qu'un seul fournisseur potentiel et qu'il n'existe pas de remplacement raisonnablement satisfaisant en raison de la « protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs ». Comme indiqué ci-dessus, le Tribunal a déjà affirmé que cette exception, comme toute exception permettant les appels d'offres limités, doit être interprétée de façon restrictive. À cet égard, TPSGC soutient que l'existence de droits exclusifs ne justifie pas automatiquement l'attribution d'un contrat dirigé – en fait, l'entité fédérale doit être convaincue que les droits exclusifs justifient l'attribution d'un contrat dirigé compte tenu des exigences techniques ou des risques opérationnels²⁵.

43. Pour les motifs ci-après, le Tribunal conclut que TPSGC ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que le recours à l'appel d'offres limité en l'espèce était justifié au regard de cette disposition.

44. Comme mentionné ci-dessus, l'article 7 du PAC désigne Jastram à titre de fournisseur présélectionné, car cette dernière détient les droits de propriété intellectuelle sur le système Wagner et qu'elle n'était pas disposée à communiquer les renseignements techniques à un autre fournisseur. Pour ce motif, TPSGC a évalué qu'aucun autre fournisseur ne pouvait procéder au radoub puisque Jastram détient les droits exclusifs sur le système Wagner.

45. Cependant, même si on considère que l'article 7 est véridique dans les faits, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas démontré que Jastram était le seul fournisseur potentiel. Certes, l'attribution par TPSGC en 2016 du contrat de remplacement à une entreprise autre que Jastram pour le NGCC *Pierre Radisson*, à bord duquel un système Wagner est aussi utilisé, laisse croire au Tribunal qu'il n'y a aucun lien entre les droits

23. Voir par exemple *Aviva Solutions Inc.* (29 avril 2002) PR-2001-049 (TCCE); voir aussi de façon plus générale *Accipiter Radar Technologies Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (26 avril 2019) PR-2018-049 (TCCE), par. 75; et *Entreprise Marissa Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (13 juin 2011) PR-2010-086 (TCCE), par. 59-60.

24. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, para. 70.

25. À cet égard, TPSGC a invoqué *Papp Plastics & Distributing Ltd.* (12 juillet 2002) PR-2001-066 (TCCE), et *FreeBalance*, par. 45-48.

que détiendrait Jastram sur le système Wagner et le fait que d'autres fournisseurs puissent remplacer le système. TPSGC n'a pas expliqué de quelle façon les droits exclusifs détenus par Jastram s'appliquaient au radoub du NGCC *Amundsen*, mais ne s'appliquaient pas à celui du NGCC *Pierre Radisson*²⁶. Par conséquent, le Tribunal conclut que TPSGC n'est pas parvenu à démontrer qu'il n'y avait qu'un seul fournisseur potentiel et qu'aucun remplaçant raisonnable n'existait *compte tenu des droits exclusifs de propriété intellectuelle que détenait Jastram* sur le système Wagner et de la réticence de cette dernière à communiquer tout renseignement technique à d'autres fournisseurs.

46. AutoNav et TPSGC ont présenté des observations détaillées pour déterminer si Jastram, au regard des faits et du droit, détenait des droits exclusifs sur le système Wagner à bord du NGCC *Amundsen*. Selon la preuve produite par TPSGC et l'exigence prévue par l'accord commercial applicable, le Tribunal est également d'avis qu'il n'était pas raisonnable pour TPSGC de conclure que, dans les circonstances, Jastram était le seul fournisseur potentiel et qu'il n'existait aucun remplacement raisonnable compte tenu de la protection des droits exclusifs de Jastram sur le système Wagner.

47. En particulier, le Tribunal constate que ce n'est qu'*après* la publication du PAC que TPSGC a reçu le document sur lequel il s'appuie pour établir que Jastram détenait des droits exclusifs et que TPSGC n'a pas expliqué de quelle façon ce document confirmait les droits exclusifs de Jastram de procéder au radoub du NGCC *Amundsen*²⁷. Avant la publication du PAC, TPSGC ne disposait que d'une preuve limitée pour démontrer que Jastram détenait les droits sur le système Wagner. Par exemple, TPSGC fait référence, à titre de preuve, à un document dans lequel ne figure simplement qu'une courte phrase d'une partie intéressée. Il a aussi présenté d'autres documents qui, dans certains cas, étaient des propositions non sollicitées de Jastram qui font mention de la conception technique et des composantes Wagner. Selon le Tribunal, ces documents ne constituent pas un fondement suffisant pour permettre à TPSGC de conclure raisonnablement que Jastram détenait des droits exclusifs de sorte qu'il ne s'agissait que du seul fournisseur en mesure de procéder au radoub. Le Tribunal constate aussi que TPSGC n'a pas expliqué *de quelle façon* cet élément de preuve démontre les droits exclusifs de Jastram de procéder au radoub du NGCC *Amundsen*.

48. Comme indiqué dans la partie précédente, les observations et la preuve de TPSGC permettent d'expliquer pourquoi, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle s'est retrouvée à la suite du contrat de 2016, la GCC a déterminé qu'elle pouvait envisager uniquement l'acquisition d'un système moderne et éprouvé ayant obtenu l'approbation d'une société de classification. Cependant, ces observations ne permettent pas d'établir de lien entre les droits exclusifs que pouvait détenir Jastram et la capacité de procéder au radoub. Par conséquent, la preuve ne montre pas que, conformément au sous-alinéa 513(1)b)(ii), le recours à l'appel d'offres limité était autorisé, car il n'y avait qu'un fournisseur potentiel et aucun remplacement raisonnable en raison de la « protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs. »

49. En résumé, le Tribunal conclut que la plainte est fondée, car la preuve au dossier n'est pas suffisante pour établir que les deux motifs invoqués par TPSGC, à savoir l'existence de droits exclusifs ou d'une urgence imprévisible, permettaient le recours à l'appel d'offres limité.

26. TPSGC soutient également que la normalisation et la compatibilité entre les navires de type 1200 sont essentielles à l'approvisionnement de la GCC, car elles permettent, entre autres, d'échanger des pièces et d'assurer une formation uniforme dans les différents navires. TPSGC fait valoir que, pour cette raison, l'approvisionnement de 2016 pour le NGCC *Pierre Radisson* comprenait une option pour le radoub des autres navires de type 1200, y compris le NGCC *Amundsen* (voir pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 8).

27. Pièce confidentielle PR-2018-057-11A, vol. 2, p. 59.

2. TPSGC a-t-il tenté d'éviter la concurrence?

50. Comme mentionné ci-dessus, AutoNav soutient aussi que TPSGC a tenté d'éviter la concurrence en refusant de fournir un EB (lequel aurait été nécessaire pour réussir à répondre au PAC) et en appliquant des exigences essentielles trop rigoureuses.

51. Selon la preuve dont il dispose, le Tribunal estime que ce motif de plainte n'est pas fondé.

52. Selon la preuve, TPSGC a expliqué à AutoNav que les exigences obligatoires prévues par le PAC visaient uniquement à confirmer que les autres fournisseurs potentiels possédaient l'expérience antérieure et les attestations requises relativement à d'autres projets semblables réalisés récemment²⁸. Autrement dit, selon les exigences obligatoires prévues par le PAC, telles que communiquées par TPSGC à AutoNav, une solution détaillée ne devait pas être fournie concernant le NGCC *Amundsen*²⁹. Le Tribunal souligne que ce point a été communiqué à AutoNav durant la correspondance des parties, avant la présentation de l'énoncé des capacités d'AutoNav. Par conséquent, bien que, en guise de réponse, AutoNav n'ait pas été en mesure de présenter une solution *technique* détaillée de façon optimale, aucun renseignement supplémentaire, comme l'EB, n'était requis pour répondre au PAC. Le Tribunal accepte donc les arguments de TPSGC selon lesquels le PAC ne visait pas à éviter la concurrence, mais permettait simplement d'abaisser le seuil et de faciliter la démonstration des capacités par les fournisseurs potentiels, y compris AutoNav.

53. Quant à la rigueur des exigences obligatoires elles-mêmes³⁰, le Tribunal est convaincu que le RIF permet de justifier raisonnablement leur application dans les circonstances, notamment pour ce qui est des exigences opérationnelles de nature délicate visant à assurer la sûreté et la sécurité de l'équipage et du navire, et ultimement, la sécurité des voies navigables, et à éviter des répercussions sur le maintien des navires de la GCC³¹. De plus, comme indiqué ci-dessus, une entité acheteuse est en droit de définir ses besoins en approvisionnement. En particulier l'ALEC prévoit expressément l'application de conditions de participation qui sont essentielles pour veiller à ce que le fournisseur possède la capacité juridique, commerciale et technique requise, ainsi que l'expérience antérieure pertinente pour l'exécution du marché public³². En l'espèce, rien n'indique que les exigences énoncées étaient déraisonnables. Par conséquent, ce motif de plainte n'est pas fondé.

MESURE CORRECTIVE

54. Comme il a conclu que la plainte est fondée en partie, le Tribunal peut, conformément au paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE*, « recommander que soient prises des mesures correctives ». Ce faisant, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché en cause, notamment 1) la gravité des irrégularités qu'il a constatées, 2) l'ampleur du préjudice causé à AutoNav et aux autres

28. Le PAC prévoyait des exigences obligatoires qui renvoyaient à l'EB. Cependant, dans sa correspondance avec AutoNav, TPSGC a supprimé l'exigence selon laquelle l'énoncé des capacités devait être adapté à l'EB.

29. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 60.

30. TPSGC souligne notamment les alinéas 4a) et 4b), qui, lus ensemble, indiquent que la GCC souhaite se procurer les services d'un fournisseur ayant installé un système d'appareil à gouverner, homologué par une société de classification reconnue, dans les dix dernières années sur deux navires de même tonnage que le NGCC *Pierre Radisson*, exploités dans des conditions de déglacement. À cet égard, AutoNav fait valoir qu'il n'y a aucun modèle type approuvé par une société de classification et que l'exigence relative à la réalisation antérieure de projets dans les dix dernières années était inutilement contraignante.

31. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 3, 4, 6-9, 11, 18, 56, 68-71; pièce PR-2018-057-11, vol. 1, p. 42-46; pièce confidentielle PR-2018-057-11A, vol. 2, p. 134, 136-138.

32. ALEC, article 507.

parties intéressées, 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication, 4) la bonne foi des parties et 5) le degré d'exécution du contrat³³.

55. AutoNav demande à ce que le contrat dirigé soit annulé et que le besoin fasse l'objet d'un nouvel appel d'offres. TPSGC soutient que, si malgré ses observations, le Tribunal conclut que la plainte est fondée, l'octroi d'une indemnité est la mesure corrective appropriée pour l'occasion perdue de réaliser un profit dans le cadre du contrat principal. De plus, compte tenu des « risques opérationnels importants auxquels la GCC est maintenant exposée et du besoin immédiat pour un appareil à gouverner » [traduction], comme l'indique le RIF, le Tribunal ne devrait pas recommander l'annulation du contrat et le lancement d'un nouvel appel d'offres. Dans sa réponse, AutoNav conteste l'affirmation selon laquelle le système de l'appareil à gouverner présente un risque immédiat de défaillance et estime que le besoin doit faire l'objet d'un nouvel appel d'offres. AutoNav ne demande pas l'octroi d'une indemnité ni le remboursement de frais d'aucune sorte.

56. La preuve au dossier indique que le contrat a été attribué le 17 janvier 2019. De l'avis du Tribunal, les préoccupations opérationnelles de la GCC étaient légitimes et il ne fait aucun doute que l'équipement du NGCC *Amundsen*, qui a plusieurs dizaines d'années, doit faire l'objet d'un radoub. Bien que les dispositions de l'ALEC relatives aux appels d'offres limités ne visent pas ces préoccupations opérationnelles légitimes, comme il a été déterminé précédemment, le Tribunal n'estime pas approprié de recommander une mesure corrective qui perturberait le contrat déjà en place et retarderait une fois de plus le radoub.

57. De plus, bien que le fait de ne pas procéder par un appel d'offres ouvert sans une justification valable au titre de l'accord commercial applicable constitue un manquement grave, en l'espèce, tout préjudice qui en découle est atténué par les faits. Le Tribunal ne peut pas faire abstraction de la preuve au dossier voulant qu'AutoNav n'ait fourni aucune preuve de sa capacité à répondre aux exigences obligatoires du PAC. La preuve confirme plutôt les arguments de TPSGC selon lesquels AutoNav n'a pas respecté les exigences obligatoires du PAC, car elle n'a pas démontré qu'elle possédait l'expérience préalable et les attestations requises³⁴. Plus précisément, AutoNav n'a pas démontré qu'elle avait l'expérience exigée à titre d'entrepreneur principal dans le cadre d'au moins deux projets pertinents, au cours des dix dernières années³⁵. C'est pourquoi, à la lumière de la preuve au dossier, le Tribunal ne peut pas conclure qu'AutoNav aurait été en mesure de répondre à cette exigence.

58. Selon la preuve, aucune partie n'a agi de mauvaise foi.

59. Selon le Tribunal, compte tenu des considérations qui précèdent et des circonstances de l'espèce, ni l'intérêt de l'équité et de l'efficacité ni l'intérêt public à l'égard de l'intégrité et de l'efficacité du système concurrentiel n'exigent que soit recommandée une mesure corrective dans la présente affaire. Le Tribunal exhorte toutefois TPSGC à prendre des mesures pour s'assurer qu'à l'avenir, les achats seront effectués dans le strict respect des exigences prescrites dans les accords commerciaux applicables.

60. Enfin, malgré que, en l'espèce, AutoNav ait obtenu en partie gain de cause, le Tribunal ne peut accorder aucuns dépens à AutoNav, car AutoNav ne les a pas demandés³⁶.

33. Paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*.

34. Pièce PR-2018-057-11, vol. 1, partie II, par. 60, 63-64 et 72-75; pièce PR-2018-057-11, vol. 1, p. 64-65.

35. En effet, AutoNav n'a pas contesté cet élément, si ce n'est pour s'opposer au fait que le « filtre » était trop restrictif.

36. *Rachel Exeter v. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 134 (CanLII).

DÉCISION

61. La plainte est en partie fondée.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président