



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2017-038

Island Temperature Controls

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le vendredi 2 février 2018*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION..... i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 INTRODUCTION 1

 CONTEXTE 1

 POSITION DES PARTIES..... 2

 ANALYSE..... 2

 Dispositions pertinentes des accords commerciaux 2

 Avis de projet de marché..... 3

MESURE CORRECTIVE 5

FRAIS 6

DÉCISION 6

EU ÉGARD À une plainte déposée par Island Temperature Controls 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**ISLAND TEMPERATURE CONTROLS****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 fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule l'offre à commande adjugée en vertu de l'invitation n^o W6841-174136/A et qu'il lance un nouvel appel d'offres.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

Membres du Tribunal : Peter Burn, membre président

Personnel de soutien : Courtney Fitzpatrick, conseillère juridique

Partie plaignante : Island Temperature Controls

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Ian McLeod
Roy Chamoun
Kathryn Hamill
Peter J. Osbourne
Margaret Robbins

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

INTRODUCTION

[1] Le 7 novembre 2017, Island Temperature Controls (ITC) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, au sujet d'un avis de projet de marché (APM) publié le 22 septembre 2017 ayant trait à une demande d'offre à commandes (DOC) (invitation no W6841-174136/A) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN).

[2] ITC allègue que l'APM ne décrivait pas adéquatement les services demandés, ce qui l'a empêchée de repérer cet appel d'offres et de présenter une soumission. Autrement dit, ITC allègue que TPSGC a omis d'annoncer de façon appropriée cet appel d'offres. À titre de mesure corrective, ITC demande que TPSGC relance l'appel d'offres.

CONTEXTE

[3] Du 18 septembre 2015 au 30 septembre 2017, ITC était titulaire d'une de deux offres à commandes pour fournir au MDN des services d'inspection, d'installation et de réparation de certains systèmes de contrôle de consommation d'énergie. Le 18 septembre 2017, l'offre à commandes a été prolongée au 31 octobre 2017.

[4] L'APM pour cette DOC a été affiché sur le site du Service électronique d'appels d'offres du gouvernement Achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/appels-d-offres du 22 septembre 2017 au 12 octobre 2017. Il s'intitulait « Services d'entretien » et le NIBS était 5164A : Installations électriques et réparations majeures. C'est la seule description des services demandés que comportait l'APM.

[5] L'annexe 3 de la DOC résumait comme suit les travaux à effectuer :

Pour fournir l'inspection, l'installation, le service et la réparation (y compris la totalité de la main-d'œuvre, des outils, des matériaux, de l'équipement, de la supervision et des transports jusqu'au lieu des travaux) liés à certains types de mécanisme de contrôle de gestion de l'énergie (MCGE) et pièces d'équipement de contrôle électrique, électronique et pneumatique connexes (principalement pour le contrôle du CVCA), indiqués dans les présentes par le fabricant. Les services seront fournis sur demande.

[6] Le 2 novembre 2017, TPSGC a adjugé une des deux offres à commandes au seul soumissionnaire conforme, Houle Electric Limited. ITC n'avait pas soumissionné².

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

2. Le Tribunal convient qu'ITC ne peut être considérée comme un soumissionnaire étant donné qu'elle n'a pas présenté de soumission en réponse à l'appel d'offres. Le Tribunal considère ITC comme un soumissionnaire potentiel car elle satisfaisait aux conditions requises pour pouvoir présenter une soumission mais, comme expliqué dans les présents motifs, elle n'a pu le faire en raison de la violation de l'*Accord de libre-échange canadien* par TPSGC. Voir *Canada (Procureur général) c. Enterasys Networks of Canada Ltd.*, 2011 CAF 207 (CanLII) au par. 13.

[7] ITC a déposé la présente plainte le 7 novembre 2017. Le 8 novembre 2017, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait accepté d'enquêter sur la plainte puisqu'elle satisfaisait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. Le même jour, le Tribunal a émis une ordonnance de report d'adjudication de commandes subséquentes aux termes du paragraphe 30.13(3) de la Loi sur le TCCE.

POSITION DES PARTIES

[8] TPSGC soutient que l'APM comprenait tous les renseignements requis selon l'Accord de libre-échange canadien⁴ et que la description des services demandés était exacte et factuelle. De plus, TPSGC soutient qu'ITC n'a pas exercé la diligence requise dans sa recherche pour trouver cet appel d'offres. TPSGC soutient que, à titre de titulaire d'une offre à commandes en vertu de la DOC précédente, ITC savait qu'un appel d'offres allait bientôt être publié et qu'elle aurait pu s'en enquérir ou élargir ses critères de recherche après une recherche initiale infructueuse.

[9] Dans ses commentaires sur le Rapport de l'institution fédérale, ITC convient que l'ALEC ne stipule pas que des renseignements détaillés sur la nature des biens ou services demandés doivent figurer dans les avis d'appel d'offres. Toutefois, ITC soutient qu'afficher les avis d'appel d'offres sur un site Web public a pour objectif d'attirer l'attention des soumissionnaires potentiels sur ceux-ci de façon équitable et raisonnable et que l'avis en question n'a pas atteint cet objectif. ITC soutient aussi que s'attendre à ce que les soumissionnaires utilisent tous les critères de recherche suggérés par TPSGC impose un fardeau trop lourd à ces derniers.

ANALYSE

[10] 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 la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte, à savoir si la procédure de passation du marché public a été suivie conformément aux exigences des accords commerciaux pertinents, c'est-à-dire, en l'espèce, l'ALEC.

Dispositions pertinentes des accords commerciaux

[11] Le régime réglementaire des appels d'offres instauré par la Loi sur le TCCE et les divers accords commerciaux, y compris l'ALEC, vise à créer un cadre dans lequel les procédures de passation de marchés publics se déroulent de façon équitable, concurrentielle, efficace et intègre⁵. Les avis d'appel d'offres qui font connaître aux fournisseurs canadiens des marchés potentiellement intéressants pour eux et leur permettent de décider ou non de présenter une soumission contribuent à ces objectifs, et sont par ailleurs obligatoires en vertu des diverses dispositions des accords commerciaux, y compris de l'ALEC.

3. D.O.R.S./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*].

5. Voir par exemple *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193 (CanLII) au par. 23. Dans cette cause, la Cour d'appel fédérale, analysant en particulier les dispositions de la *Loi sur le TCCE* ayant trait aux marchés publics par rapport à l'*Accord sur les marchés publics*, a indiqué quatre objectifs qui doivent guider le Tribunal dans ses enquêtes, son raisonnement et ses recommandations de mesures correctives.

[12] L'article 500 de l'ALEC stipule que le chapitre sur les marchés publics vise à établir un cadre transparent et efficace afin d'assurer à tous les fournisseurs canadiens un accès ouvert et équitable aux marchés publics.

[13] L'article 506 de l'ALEC a trait aux avis d'appel d'offres. Il stipule entre autres ce qui suit :

1. Une entité contractante publie un avis d'appel d'offres pour chaque marché couvert sur un des sites Web ou systèmes d'appel d'offres désignés par sa Partie.

[...]

5. Tous les avis d'appel d'offres sont accessibles gratuitement aux fournisseurs.

6. Chaque avis d'appel d'offres comprend :

[...]

b) une brève description du marché;

c) la nature et la quantité, ou la quantité estimée, des produits ou des services devant faire l'objet du marché, à moins que ces prescriptions ne soient comprises dans la documentation relative à l'appel d'offres;

[...]

Avis de projet de marché

[14] Le Tribunal doit déterminer si l'APM publié par TPSGC a violé les dispositions de l'ALEC en cette matière. En règle générale, dans les questions appelant l'exercice d'une discrétion, le Tribunal respecte la façon de procéder des acheteurs en autant qu'elle soit raisonnable⁶. Étant donné le grand éventail d'appels d'offres pour lesquels les institutions fédérales sont responsables, le Tribunal accepte que le degré de détail fourni dans un avis d'appel d'offres peut varier selon la nature et la complexité du marché. Le Tribunal reconnaît aussi que TPSGC est le mieux placé pour déterminer quel doit être le contenu d'un avis d'appel d'offres, en autant que celui-ci soit raisonnable. Le Tribunal a déjà indiqué qu'il considère qu'une façon de procéder est raisonnable si elle peut être justifiée, que le Tribunal lui-même trouve ou non cette justification convaincante⁷.

-
6. Par exemple, lorsqu'il examine les évaluations, le Tribunal fait habituellement preuve de déférence, dans une large mesure, envers les décisions des évaluateurs. Voir *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) [*Excel*] au par. 33. De plus, le Tribunal a reconnu que les acheteurs sont les mieux placés pour déterminer quels sont leurs besoins, mais que ce droit est limité par le « caractère raisonnable ». Voir *Global Upholstery Co. Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (6 juillet 2009), PR-2008-052 (TCCE) au par. 10.
7. *Samson & Associés c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 octobre 2012), PR-2012-012 (TCCE) au par. 26. Voir aussi *Excel* au par. 33; *Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au par. 25; *C3 Polymeric Limited c. Musée des beaux-arts du Canada* (14 février 2013), PR-2012-020 (TCCE) au par. 38; *Pelican Products, Inc. (Canada) c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (17 octobre 2006), PR-2006-019 (TCCE) au par. 19.

[15] En l'espèce, la violation alléguée en matière d'accords commerciaux concerne l'alinéa 506(6b) de l'ALEC, qui stipule que les avis d'appel d'offres doivent comprendre une brève description du marché⁸. De l'avis du Tribunal, la description qui figure dans un avis d'appel d'offres doit être précise et doit indiquer au moins les éléments de base de la procédure et ce sur quoi porte le marché. Sans un minimum de renseignements à ce sujet, il est impossible pour les soumissionnaires potentiels de trouver les appels d'offres qui ont un intérêt pour eux sur Achatsetventes.gc.ca.

[16] Les seuls renseignements dans l'APM en question sur les services demandés étaient le titre « Services d'entretien » et le NIBS 5164A : Installations électriques et réparations majeures. ITC soutient qu'un NIBS plus approprié aurait pu être choisi par TPSGC, tel que le NIBS 5169K : Systèmes de commandes numériques – installation et réparation. Il n'y a aucune indication de la part de TPSGC quant aux raisons pour lesquelles il considère que le NIBS 5164A était un choix raisonnable et approprié pour cet appel d'offres, autre que d'affirmer qu'il choisit, après analyse, un NIBS approprié parmi les souvent nombreux NIBS qui peuvent convenir.

[17] Même si le Tribunal convenait qu'un bien ou un service puisse être décrit avec exactitude par plus d'un NIBS, il n'est pas convaincu que le NIBS choisi par TPSGC en l'espèce était raisonnable. Après examen de l'énoncé des travaux, le Tribunal conclut que le NIBS 5164A : Installations électriques et réparations majeures décrit des services qui sont secondaires par rapport aux services effectivement demandés par TPSGC, qui ont trait à des systèmes de contrôle de consommation d'énergie. À ce titre, le NIBS 5164A est, au mieux, une description incomplète des services demandés. En outre, le Tribunal trouve que la référence à des « Services d'entretien » est extrêmement vague. En soi, elle est fondamentalement inadéquate comme façon de décrire l'objet de cet appel d'offres. En fait, prises séparément ou ensemble, les références à des « Services d'entretien » et au NIBS 5164A : Installations électriques et réparations majeures ne peuvent être considérées comme décrivant adéquatement l'objet de l'appel d'offres et n'ont pas permis aux soumissionnaires que cet appel d'offres pouvait intéresser de le repérer.

[18] Le Tribunal souligne que ce ne sont pas toutes les plaintes déposées par des soumissionnaires potentiels qui ont raté un appel d'offres qui seront jugées fondées. Il incombe aux soumissionnaires d'exercer la diligence requise lorsqu'ils consultent les appels d'offres. Toutefois, en l'espèce, ITC affirme avoir recherché cet appel d'offres sur le site Achatsetventes.gc.ca (au moment où l'APM était affiché) en utilisant les termes anglais suivants : (i) HVAC, (ii) EMCS, (iii) Energy Management Systems et (iv) Digital Control Systems. Ces termes ont directement trait aux services demandés dans cet appel d'offres mais n'ont pas permis de le repérer. Cela est un résultat inacceptable et déraisonnable. Faire une recherche en utilisant des mots qui sont *plus* précis et exacts que ceux utilisés par TPSGC pour décrire un appel d'offres ne peut constituer un défaut d'exercice de la diligence requise. La recherche d'appels d'offres ne doit pas être comme chercher une aiguille dans une botte de foin. Fondamentalement, publier un avis d'appel d'offres imprécis ou inexact est l'équivalent de ne pas en publier du tout.

8. Le Tribunal convient que, pour les appels d'offres relevant uniquement de l'ALEC, un avis d'appel d'offres ne doit pas nécessairement comporter une description détaillée des services ou des biens demandés ainsi que leur quantité, étant donné que cela est une exigence distincte de l'ALEC qui peut être satisfaite en énonçant ces détails dans les documents de l'appel d'offres. Cela diffère quelque peu des dispositions d'autres accords commerciaux, par exemple de celles de l'*Accord de libre-échange nord-américain* ou de l'*Accord sur les marchés publics* de l'Organisation mondiale du commerce. Ceux-ci stipulent que les renseignements ayant trait à la nature des services ou des biens demandés ainsi que leur quantité doivent figurer dans l'avis d'appel d'offres.

[19] Le défaut de décrire raisonnablement les services demandés dans un APM ne doit pas être pris à la légère. Les APM sont un moyen d'augmenter la concurrence et d'assurer que les contribuables « en aient pour leur argent ». Ces objectifs fondamentaux sont contrecarrés si un APM masque, même involontairement, la nature même des biens ou des services demandés au lieu de les communiquer de façon claire et précise. En l'espèce, le Tribunal constate que TPSGC n'a reçu qu'une soumission en réponse à cette DOC. Un APM approprié comportant une description raisonnable des services demandés aurait pu augmenter la probabilité qu'il reçoive d'autres soumissions.

[20] En l'espèce, ITC a conjecturé sur les motivations de TPSGC. Le Tribunal ne trouve aucune preuve suggérant que TPSGC a intentionnellement rédigé l'APM afin de favoriser un soumissionnaire en particulier. Néanmoins, les conséquences ont de l'importance, et cet APM a effectivement eu pour résultat un appel d'offres destiné à un fournisseur exclusif.

[21] Pour ces raisons, le Tribunal conclut que l'APM publié par TPSGC pour l'invitation no W6841-174136/A ne décrivait pas de façon raisonnable les services demandés et que, par conséquent, il était en violation de l'alinéa 506(6)b) de l'ALEC.

MESURE CORRECTIVE

[22] Étant donné que le Tribunal a déterminé que la plainte d'ITC est fondée, il doit déterminer quelle est la mesure corrective appropriée conformément aux paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE.

[23] ITC demande que le contrat soit résilié et qu'un nouvel appel d'offres soit lancé. ITC n'a pas demandé le remboursement de ses frais. TPSGC n'a déposé aucun commentaire sur la mesure corrective. TPSGC a toutefois demandé le remboursement de ses frais.

[24] Pour recommander une mesure corrective, le Tribunal doit tenir compte de tous les facteurs concernant l'appel d'offres en question, notamment 1) la gravité des irrégularités constatées, 2) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé, 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du processus d'adjudication, 4) la bonne foi des parties et 5) le degré d'exécution du contrat.

[25] En l'espèce, l'ALEC a été violé quand TPSGC a publié un avis d'appel d'offres qui ne respectait pas raisonnablement les dispositions à cet égard de cet accord commercial. Des avis d'appel d'offres adéquats contribuent fondamentalement à donner à tous les fournisseurs canadiens un accès équitable et ouvert aux contrats du gouvernement. Un manquement à cet égard a des conséquences importantes. Le Tribunal est d'avis que cela porte un sérieux préjudice à l'intégrité et à l'efficacité du processus d'adjudication dans son ensemble.

[26] Il est évident qu'ITC a été lésée par cette violation de l'ALEC par TPSGC puisque cela l'a empêchée de présenter une soumission. Cela dit, il n'y a aucune indication de mauvaise foi de la part des parties.

[27] Enfin, même si une offre à commande a été adjugée, le Tribunal a émis une ordonnance de report d'adjudication de commandes subséquentes le 8 novembre 2017. À ce titre, le Tribunal en déduit que les services demandés n'ont pas encore été exécutés.

[28] Dans ces circonstances, le Tribunal conclut que la mesure corrective appropriée est que TPSGC annule l'offre à commande adjudgée en vertu de l'invitation no W6841-174136/A et qu'il lance un nouvel appel d'offres.

FRAIS

[29] ITC n'a pas demandé le remboursement de ses frais. Par conséquent, chaque partie assumera ses frais.

DÉCISION

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

[31] Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC annule l'offre à commande adjudgée en vertu de l'invitation no W6841-174136/A et qu'il lance un nouvel appel d'offres.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président