



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2019-035

J.D. Irving, Limited s/n Chandler
Sales

*Décision prise et rendue
le vendredi 4 octobre 2019*

*Motifs rendus
le mercredi 16 octobre 2019*

EU ÉGARD À une plainte déposée 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.).

PAR

J.D. IRVING, LIMITED s/n CHANDLER SALES

CONTRE

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

DÉCISION

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur la plainte. Le paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE* énonce que, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter sur la plainte.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

[2] La présente plainte porte sur une demande d'offres à commandes (DOC) (invitation n° W0105-20F007/A) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), pour le compte du ministère de la Défense nationale (MDN), en vue d'établir une offre à commandes individuelle et régionale visant la fourniture et la livraison d'accessoires de cuisine et de produits ménagers destinés aux services d'alimentation du MDN à la Base de soutien de la 5^e Division du Canada Gagetown, située à Oromocto, au Nouveau-Brunswick.

[3] La partie plaignante, J.D. Irving, Limited, faisant affaire sous le nom de Chandler Sales (Chandler), fait valoir que TPSGC a à tort mis de côté l'offre à commandes qui lui avait été attribuée à l'origine. À titre de mesure corrective, Chandler demande à ce que l'offre à commandes lui soit attribuée de nouveau. Elle demande également le remboursement de ses frais liés à la plainte.

CONTEXTE

[4] Le 31 mai 2019, TPSGC a publié la DOC sur le site Web officiel du gouvernement du Canada, Achatsetventes.gc.ca, où figurent les renseignements sur les marchés publics. La date de clôture initiale de l'invitation était le 10 juillet 2019. Cependant, la date de clôture a été reportée au 23 juillet 2019 en raison des modifications n^{os} 3 et 4.

[5] La DOC visait l'attribution d'une offre à commandes s'étendant sur une période d'une année et assortie d'une option de prolongation d'une autre année. La limitation financière pour toutes les commandes subséquentes à l'offre à commandes s'établissait à 425 000 \$, taxes en sus.

[6] L'annexe B de la DOC (« Base de paiement ») exigeait que les demandeurs fournissent le prix et les autres renseignements (par exemple, le format, la marque et le numéro du produit) de 94 articles différents requis par le MDN. Cette plainte porte en particulier sur l'article n° 3, à savoir la fourniture de chapeaux moustiquaires, décrits de la façon suivante : « Chapeau mousti[qu]aire Blue Strip de la marque Lapaco seulement, aucun substitut ».

[7] Le 27 août 2019, TPSGC a attribué une offre à commandes à Chandler. La même journée, TPSGC a envoyé un courriel à au moins un autre offrant pour l'informer qu'une meilleure offre, présentée par Chandler, avait été acceptée. Le courriel indiquait que la liste des prix de chacun des articles figurant dans l'offre à commandes (c'est-à-dire, les prix unitaires proposés par Chandler) était jointe au message.

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

² DORS/93-602 [*Règlement*].

[8] Le 28 août 2019, TPSGC a envoyé un courriel à Chandler lui demandant s'il était exact que l'article n° 3 qu'elle proposait était de marque « Polar ». Chandler a répondu rapidement qu'il s'agissait d'une erreur et que les chapeaux moustiquaires proposés étaient en fait de marque « Lapaco », comme l'exigeait la DOC. Dans un autre courriel, Chandler a expliqué que cette erreur était due au fait que les renseignements avaient été inscrits par un nouvel adjoint et que l'erreur avait échappé aux contrôles aléatoires. TPSGC a répondu que la « modification serait apportée pour cette fois-ci » [traduction] et qu'il aviserait le MDN de s'assurer de bien recevoir les chapeaux moustiquaires de la marque Lapaco.

[9] Plus tard ce jour-là, TPSGC a envoyé un autre courriel à Chandler l'informant que, après un examen approfondi de son offre, il avait déterminé que celle-ci n'était pas conforme à l'article n° 3 au moment de la clôture de l'invitation, car des chapeaux moustiquaires de la marque Polar figuraient dans l'offre plutôt que ceux de la marque Lapaco, comme il était demandé. TPSGC a donc informé Chandler que son offre à commandes était mise de côté en raison de cette non-conformité. TPSGC a précisé que, comme les besoins du MDN avaient changé considérablement, et par souci de transparence et d'équité à l'égard de tous les fournisseurs intéressés, un autre appel d'offres, assorti d'une liste des articles révisée, serait lancé prochainement.

[10] Le 29 août 2019, TPSGC a envoyé un courriel à ce qui semble être des fournisseurs intéressés, dont Chandler, pour les informer que l'invitation avait été annulée et l'offre à commandes mise de côté, et qu'une nouvelle invitation serait publiée prochainement.

[11] Le 30 août 2019, Chandler a envoyé un courriel à TPSGC affirmant qu'il avait fourni au MDN des chapeaux moustiquaires de la marque Lapaco durant les cinq dernières années (à titre de fournisseur titulaire) et que la marque Polar, dont les marchandises consistent habituellement en des ustensiles en plastique, avait été inscrite par erreur. Chandler a indiqué que le numéro du produit était en fait celui des chapeaux moustiquaires de marque Lapaco. Elle a ajouté que la mise de côté de l'offre à commandes du fait de cette erreur semblait être une mesure « très radicale » [traduction] et a demandé à TPSGC de revoir et reconsidérer sa décision.

[12] Le 10 septembre 2019, Chandler a demandé la tenue d'une rencontre avec TPSGC concernant la mise de côté de son offre à commandes. Le lendemain, TPSGC a répondu qu'une rencontre aurait lieu le 16 septembre 2019 à Moncton, au Nouveau-Brunswick.

[13] Selon Chandler, le 16 septembre 2019, TPSGC lui a refusé de vive voix toute réparation.

[14] Le 18 septembre 2019, TPSGC a envoyé un courriel à Chandler lui demandant si, comme ils en avaient discuté à la rencontre tenue l'avant-veille, elle était disposée à prolonger l'offre à commandes dont elle était titulaire (attribuée à l'origine en 2017 dans le cadre de l'invitation n° W0105-17F011) jusqu'au 31 décembre 2019.

[15] Le 27 septembre 2019, Chandler a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

ANALYSE

[16] Aux termes des articles 6 et 7 du *Règlement*, le Tribunal peut enquêter sur une plainte si les conditions suivantes sont remplies :

- la plainte a été déposée dans les délais prescrits³;
- la partie plaignante est un fournisseur potentiel⁴;
- la plainte porte sur un contrat spécifique⁵;
- les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que l'institution fédérale n'a pas suivi la procédure de passation du marché public conformément aux accords commerciaux applicables⁶.

[17] Pour les motifs énoncés ci-dessous, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte de Chandler, car les renseignements fournis ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que TPSGC n'a pas suivi la procédure de passation du marché public conformément aux accords commerciaux applicables, dont, en l'espèce, l'*Accord de libre-échange canadien*⁷.

[18] Le paragraphe 515(4) de l'*ALEC* prévoit que « [p]our être considérée en vue d'une adjudication, une soumission [...] est conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans les avis d'appel d'offres et dans la documentation relative à l'appel d'offres [...] ».

[19] La partie 4 de la DOC, « **PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION** », énonce ce qui suit :

4.1.1 Évaluation technique

4.1.1.1 Critères techniques obligatoires

Critères techniques obligatoires tels que précisés dans les annexes A et B.

[...]

4.2.1 Méthode de sélection – Articles multiples

L'offre doit respecter les exigences de la demande d'offres à commandes et satisfaire à tous les critères d'évaluation technique obligatoires pour être déclarée recevable [...]

[20] L'annexe A de la DOC prévoit ce qui suit :

Le fournisseur **doit respecter à 100 %** la « **Liste des articles** » à l'annexe « **B** ». Tout écart de la « Liste des articles » pour des points tels que la marque commerciale, le type de produit, l'emballage, les dimensions de l'article, etc., **DOIT** être approuvé, par écrit, par la responsable de l'offre à commandes de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC), **AVANT la date de clôture des soumissions**.

³ Article 6 du *Règlement*.

⁴ Alinéa 7(1)a) du *Règlement*.

⁵ Alinéa 7(1)b) du *Règlement*.

⁶ Alinéa 7(1)c) du *Règlement*.

⁷ L'avis de projet de marché publié sur le site Web Achatsetventes.gc.ca et l'article 1.2.1 de la DOC énumèrent tous les accords commerciaux applicables, dont l'*Accord de libre-échange canadien* : 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*]. Le Tribunal souligne que seul l'*ALEC* est mentionné dans la plainte de Chandler.

[21] En se fondant sur les dispositions précitées, il est évident que, pour être déclarée recevable, une offre ne pouvait aucunement s'écarter de la liste des articles figurant à l'annexe B de la DOC. Il est tout aussi manifeste que, lors de la préparation de son offre, Chandler a inscrit le nom « Polar » pour la marque de chapeaux moustiquaires demandés à l'article n° 3, alors que cet article exigeait expressément des chapeaux moustiquaires de marque « Lapaco ». Indépendamment du fait que la marque « Polar » a été indiquée dans l'offre de Chandler en raison d'une erreur d'écriture, et que Chandler soutient qu'il ne s'agissait pas de sa véritable intention, il est impossible d'affirmer que l'offre de Chandler était entièrement conforme aux exigences obligatoires de l'invitation.

[22] Dans les cas concernant la conformité aux exigences obligatoires, le Tribunal a déjà conclu que les exigences doivent être scrupuleusement respectées. Le défaut de se conformer à une exigence obligatoire n'est pas une « simple » irrégularité ni une irrégularité sans importance⁸. Par ailleurs, le Tribunal a souvent affirmé qu'il revient en dernier ressort au soumissionnaire de vérifier qu'une proposition est conforme à tous les éléments essentiels d'une invitation et, par conséquent, que le soumissionnaire doit faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa proposition pour s'assurer qu'elle est conforme à tous les éléments essentiels⁹.

[23] Selon le Tribunal, ce qui précède constitue un motif suffisant pour lui permettre de conclure que les renseignements figurant dans la plainte de Chandler ne démontrent pas dans une mesure raisonnable que, en mettant de côté l'offre à commandes, TPSGC ne s'est pas conformé aux accords commerciaux applicables. Néanmoins, comme Chandler a avancé différents arguments subsidiaires dans sa plainte, le Tribunal juge à propos de les examiner brièvement ci-dessous.

[24] Chandler fait valoir que, même si le fait d'avoir inscrit la marque « Polar » s'écarte de ce qui était demandé à l'article n° 3, TPSGC a conclu avec Chandler un contrat ayant force obligatoire dans lequel figurait l'écart allégué et TPSGC ne peut tout simplement pas annuler ou résilier ce contrat une fois conclu.

[25] Il en est tout autrement. Les *Conditions générales* qui s'appliquent à l'offre à commandes, lesquelles sont intégrées par renvoi à la DOC (à l'article 6.3.1) et à l'offre à commandes (à l'article 1.3.1), prévoient ce qui suit¹⁰ :

2005 02 [...] Généralités

L'offrant reconnaît qu'une offre à commandes n'est pas un contrat et que l'émission d'une offre à commandes et d'une autorisation de passer une commande subséquente n'oblige ni n'engage le Canada à acheter les biens, les services, ou les deux énumérés dans l'offre à commandes ou à établir un contrat à cet effet. L'offrant comprend et convient que le Canada a le droit d'acheter les biens, les services ou les deux précisés dans l'offre à commandes au moyen de tout autre contrat, offre à commandes ou méthode d'approvisionnement.

[...]

⁸ Voir, par exemple, *Otec Solutions Inc. c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (5 octobre 2016), PR-2016-012 (TCCE), au par. 30; *Neopost Canada Limited c. Agence du revenu du Canada* (29 décembre 2015), PR-2015-033 (TCCE), au par. 23.

⁹ Voir, par exemple, la décision *Integrated Procurement Technologies, Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE), au par. 13; *Raymond Chabot Grant Thornton Consulting Inc. et PricewaterhouseCoopers LLP c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 octobre 2013), PR-2013-005 et PR-2013-008 (TCCE), au par. 37.

¹⁰ Voir la clause 2005 (2017/06/21) Conditions générales – offres à commandes – biens ou services [*Conditions générales*], en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat>.

2005 04 [...] Offre

[...]

2. L'offrant comprend et convient :

[...]

e. que l'offre à commandes peut être mise de côté par le Canada en tout temps.

[26] Par conséquent, les *Conditions générales* énoncent expressément qu'une offre à commandes n'est pas un contrat et qu'elle peut être mise de côté en tout temps. TPSGC avait donc droit de s'appuyer sur ces conditions¹¹.

[27] Chandler fait aussi valoir que, en demandant et en obtenant des précisions relativement à l'inscription erronée de la marque « Polar », TPSGC a renoncé au droit d'annuler ou de résilier l'offre à commandes.

[28] Le Tribunal ne parvient pas à trouver quoi que ce soit dans les modalités de l'invitation ou dans les *Conditions générales* qui interdirait effectivement à TPSGC de mettre de côté une offre à commandes après avoir reçu et accepté des précisions du titulaire de l'offre à commandes. Comme mentionné précédemment, les *Conditions générales* permettent la mise de côté d'une offre à commandes *en tout temps*. En fait, si TPSGC n'avait pas mis de côté l'offre à commandes de Chandler, il aurait vraisemblablement contrevenu à l'article 4.2.1 de la DOC, lequel exige qu'une offre respecte tous les critères techniques obligatoires de l'invitation¹².

[29] Enfin, Chandler soutient que, même si l'offre à commandes avait apparemment été mise de côté en raison de sa non-conformité présumée aux exigences obligatoires de l'invitation, la mise de côté était véritablement motivée par un objectif illégitime, à savoir permettre à TPSGC de remédier à une lacune dans l'invitation originale.

[30] Comme le Tribunal a déjà établi que les renseignements figurant dans la plainte ne permettent pas de déterminer que, en mettant de côté l'offre à commandes de Chandler, TPSGC ne s'est pas conformé aux dispositions des accords commerciaux applicables, la question de savoir si la mise de côté visait à remédier à une lacune dans l'invitation originale n'a pas d'importance.

[31] Le Tribunal souligne que, en l'espèce, la décision de TPSGC de lancer un nouvel appel d'offres pour ce besoin, lequel inclura une liste des articles révisée, pourrait permettre à Chandler d'obtenir une offre à commandes. De plus, selon les renseignements figurant dans la plainte, TPSGC compte prolonger l'offre à commandes précédente de Chandler jusqu'au 31 décembre 2019.

[32] Mis à part les arguments subsidiaires de Chandler examinés dans les paragraphes précédents, la plainte semble soulever un autre motif. Bien que ce motif ne soit pas expressément invoqué de façon distincte dans la plainte, Chandler fait valoir que, en communiquant les prix qu'elle a présentés, en mettant de côté l'offre à commandes et en lançant possiblement un nouvel appel d'offres pour ce besoin, TPSGC a indûment favorisé les concurrents dans tout processus d'appel d'offres subséquent¹³.

¹¹ Voir *MasterBedroom Inc.* (14 août 2015), PR-2015-023 (TCCE) [*MasterBedroom*], au par. 26.

¹² Voir *MasterBedroom*, au par. 24, où le Tribunal a suivi un raisonnement similaire. Voir aussi *Francis H.V.A.C. Services Ltd. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2017 CAF 165, au par. 33.

¹³ Voir les paragraphes 15 à 17 de l'annexe A de la plainte de Chandler (pièce PR-2019-035-01, vol. 1, aux p. 14-15).

[33] Les parties plaignantes doivent veiller à ce que leurs motifs de plainte soient bien définis et parfaitement clairs au moment du dépôt de la plainte. Cette exigence est essentielle pour que le Tribunal soit en mesure de proprement disposer de la plainte ou d'encadrer l'objet de son enquête, s'il juge que les conditions nécessaires à la tenue d'une enquête sont réunies. En l'espèce, même si le Tribunal tient compte des affirmations de Chandler mentionnées précédemment à titre de motif de plainte distinct, il ne procéderait pas à une enquête, car, pour ce qui est de ce motif distinct, la plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

[34] Le paragraphe 6(1) du *Règlement* énonce qu'un fournisseur potentiel doit déposer une plainte auprès du Tribunal « dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ». Le paragraphe 6(2) prévoit qu'un fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal « dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ».

[35] Il ressort de ces dispositions qu'une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte pour présenter une opposition à l'institution fédérale ou déposer une plainte auprès du Tribunal.

[36] En l'espèce, le Tribunal estime que Chandler a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de ce motif de plainte distinct le 28 août 2019, quand TPSGC l'a informée que l'offre à commandes était mise de côté et qu'un autre appel d'offres serait lancé prochainement. Chandler savait déjà que ses prix unitaires avaient été communiqués. En effet, le 27 août 2019, TPSGC a envoyé un courriel, dans lequel Chandler figurait en copie conforme et auquel était joint le prix de chacun des articles figurant dans l'offre à commandes de Chandler, pour informer un offrant qu'il n'avait pas obtenu l'offre à commandes.

[37] Par conséquent, le Tribunal conclut que Chandler avait, au plus tard, jusqu'au 12 septembre 2019 (c'est-à-dire, 10 jours ouvrables à compter du 28 août 2019), pour présenter une opposition à TPSGC ou déposer une plainte auprès du Tribunal. Selon les pièces et les documents déposés par Chandler dans le cadre de sa plainte, aucune opposition n'a été présentée à TPSGC relativement à ce motif. Comme Chandler n'a déposé une plainte auprès du Tribunal que le 27 septembre 2019, le Tribunal considère qu'elle n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

[38] Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et considère l'affaire comme étant réglée.

DÉCISION

[39] Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Peter Burn

Peter Burn
Membre président