



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2019-007

Pennecon Hydraulic Systems

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le mercredi 4 septembre 2019*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTE.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	1
PROCÉDURE DE TRAITEMENT DE LA PLAINTE.....	3
ANALYSE.....	5
Motif n° 1 : Critères d'évaluation technique obligatoires O2 ^{SÉ} et O3 ^{SÉ}	6
Motif n° 2 : Exigences relatives à une soumission par une coentreprise	10
Conclusion	15
FRAIS	15
DÉCISION DU TRIBUNAL.....	16

EU ÉGARD À une plainte déposée par Pennecon Hydraulic Systems 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**PENNECON HYDRAULIC SYSTEMS****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 n'est pas fondée.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour avoir répondu à la plainte, indemnité qui doit être versée par Pennecon Hydraulic Systems. 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 niveau de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité 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 canadien du commerce extérieur de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Cheryl Beckett
Cheryl Beckett
Membre président

Membre du Tribunal :	Cheryl Beckett, membre président
Personnel de soutien :	Alain Xatruch, conseiller juridique
Partie plaignante :	Pennecon Hydraulic Systems
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Benjamin L. Grant
Institution fédérale :	ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	Susan D. Clarke Roy Chamoun Nick Howard Peter J. Osborne Brendan Morrison Zachary Rosen
Partie intervenante :	Hawboldt Industries (1989) Ltd. et Hnos. Toimil Garcia S.L.
Conseillers juridiques pour la partie intervenante :	Stephanie Pearce Phuong T.V. Ngo Quin Gilbert-Walters

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

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

1. Le 24 avril 2019, Pennecon Hydraulic Systems (Pennecon) a déposé aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant une demande de propositions (la DP) (invitation n° W8482-156383/B) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN). L'appel d'offres concernait l'acquisition de 18 grues marines électro-hydrauliques avec les données de conception technique détaillées et le jeu de données techniques connexes pour les navires de classe Halifax de la Marine royale canadienne, comprenant une option d'achat de 14 grues supplémentaires de même conception.

2. Selon Pennecon, le soumissionnaire retenu, une coentreprise formée par Hawboldt Industries (1989) Ltd. (Hawboldt) et Hnos. Toimil Garcia S.L. (Toimil)², n'a pas l'expérience exigée par deux des critères techniques obligatoires de la DP. Par ailleurs, Pennecon soutient qu'après qu'elle se soit opposée à l'attribution du contrat, TPSGC a incorrectement rejeté sa soumission, présentée à titre de coentreprise avec Palfinger Marine GmbH (Palfinger), selon la perception qu'elle n'était pas conforme aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise, alors que TPSGC n'a pas strictement appliqué les mêmes critères dans le cas du soumissionnaire retenu. TPSGC a déterminé que sans l'expérience de Palfinger, Pennecon ne respectait pas certains des critères techniques obligatoires de la DP.

3. À titre de mesure corrective, Pennecon demande que le Tribunal recommande une réévaluation des soumissions par TPSGC. Dans l'éventualité où la soumission de Pennecon et de Palfinger aurait dû être retenue, Pennecon demande que le contrat leur soit attribué ou, subsidiairement, que Pennecon et Palfinger soient compensées pour leur perte de profit. Dans l'éventualité où la soumission de Pennecon et de Palfinger n'aurait pas été retenue, Pennecon demande d'être indemnisée pour les frais engagés par Palfinger et elle pour préparer la soumission. Pennecon demande également d'être indemnisée pour les frais engagés relativement à la plainte.

4. Après avoir déterminé que la plainte respectait les conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³, le Tribunal a décidé d'enquêter sur la plainte conformément au paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*.

5. Le Tribunal a mené son enquête sur le bien-fondé de la plainte conformément aux articles 30.14 et 30.15 de la *Loi sur le TCCE*. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que la plainte n'est pas fondée.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

6. Le 19 juillet 2018, TPSGC a publié la DP sur Achatsetventes.gc.ca, le portail officiel d'information en ligne sur les appels d'offres du gouvernement du Canada. La DP remplaçait une demande de propositions publiée antérieurement par TPSGC au nom du MDN (invitation n° W8482-156383/A) visant

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

2. Dans les présents motifs, on entend lorsqu'il est fait mention de Hawboldt et de Toimil simultanément la coentreprise formée par Hawboldt et Toimil.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

l'achat de 16 grues marines électro-hydrauliques. Cette invitation, qui a été annulée par TPSGC, a fait l'objet d'une plainte déposée par Hawboldt sur laquelle le Tribunal a enquêté⁴.

7. Il convient de souligner que la DP prévoit un processus de conformité des soumissions en phases (PCSP), qui donne aux soumissionnaires la possibilité de corriger d'éventuelles lacunes dans leur soumission après la date de clôture de l'appel d'offres pour se conformer à des exigences obligatoires de l'invitation. L'article 4.1.1 de la DP décrit les trois phases du PCSP⁵. Seules les soumissions jugées conformes aux exigences évaluées dans une phase donnée peuvent accéder à la phase suivante. Toutefois, la DP mentionne clairement que le gouvernement n'est aucunement obligé ni responsable de déceler d'éventuelles erreurs ou manquements dans les soumissions, et qu'une soumission peut être déclarée non conforme dans n'importe quelle phase, même si elle a été jugée conforme dans une phase précédente⁶.

8. Pendant la période de soumission, TPSGC a apporté six modifications à la DP. Deux de ces modifications ont entraîné le report de la date de clôture de l'appel d'offres au-delà de la date initiale (le 28 août 2018).

9. La DP a pris fin le 18 septembre 2018. Cinq soumissions ont été reçues, y compris une soumission de Hawboldt et de Toimil et une soumission de Pennecon, qui était selon cette dernière présentée à titre de contreproposition avec Palfinger.

10. Le 14 décembre 2018, TPSGC a publié sur Achatsetventes.gc.ca un avis indiquant qu'un contrat d'une valeur de 15 573 635,80 \$ avait été attribué à Hawboldt le 13 décembre 2018. La même date, TPSGC a envoyé à Pennecon une lettre l'informant de l'attribution du contrat et mentionnant que sa soumission avait été jugée conforme au regard des critères obligatoires, mais n'avait pas obtenu la meilleure note combinée pour le mérite technique et le prix.

11. Le 21 décembre 2018, Pennecon a envoyé à TPSGC une lettre s'opposant à l'attribution du contrat à Hawboldt au motif que cette dernière ne possédait pas l'expérience requise selon les critères d'évaluation technique obligatoires O2^{SE} et O3^{SE}, énoncés à l'annexe K de la DP. Pennecon était d'avis, en se fiant à ses

4. Voir *Hawboldt Industries c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (27 avril 2018), PR-2017-045 (TCCE). Au terme de son enquête, le Tribunal a conclu au bien-fondé de la plainte déposée par Hawboldt, selon laquelle TPSGC avait indûment communiqué aux autres soumissionnaires la valeur du contrat adjugé après avoir avisé Hawboldt qu'elle était le soumissionnaire retenu, mais avant l'adjudication du contrat. En raison d'erreurs dans le processus d'évaluation soulevées par d'autres soumissionnaires, TPSGC a en définitive annulé l'invitation avant l'adjudication du contrat et décidé de reprendre l'appel d'offres. À titre de mesure corrective, le Tribunal a recommandé que TPSGC verse une indemnité (d'un montant confidentiel) à Hawboldt, de façon à lui donner une marge de manœuvre sur le prix d'une nouvelle soumission éventuelle et ainsi contrebalancer le fait que ses concurrents pouvaient maintenant faire une proposition équivalente ou inférieure au prix de la soumission initiale de Hawboldt (lequel pouvait être déduit aisément de la valeur du contrat).

5. À la première phase, TPSGC examine les soumissions financières pour déterminer si elles contiennent toute l'information demandée. Si certaines informations manquent, un avis écrit est envoyé au soumissionnaire indiquant quelles informations manquent et précisant le délai pour les soumettre. À la deuxième phase, TPSGC examine les soumissions techniques afin de déterminer si les soumissionnaires ont respecté tous les critères d'évaluation technique obligatoires assujettis au PCSP (soit les critères auxquels est apposée la mention « SE » en exposant) et fait parvenir aux soumissionnaires un rapport d'évaluation de conformité. Le rapport d'évaluation de conformité informe le soumissionnaire que sa soumission technique est conforme ou indique quels critères n'ont pas été remplis et le délai dont le soumissionnaire dispose pour fournir les renseignements nécessaires pour rendre la soumission conforme. À la troisième phase, TPSGC évalue les soumissions en fonction de l'ensemble des exigences de la demande de propositions.

6. Voir section 4.1.1.1(b) de la DP.

propres connaissances des exigences techniques concernant les grues marines, à la gamme de produits publiée par Hawboldt et à l'historique de cette dernière, que Hawboldt ne répondait pas à ces deux critères techniques obligatoires. Pennecon demandait à TPSGC d'annuler le contrat, de réévaluer les soumissions conformes et d'attribuer le contrat au soumissionnaire conforme approprié.

12. La même date, TPSGC a accusé réception de la lettre d'opposition de Pennecon et a indiqué qu'il y répondrait dans la nouvelle année.

13. Dans les mois suivants, Pennecon s'est informée à trois occasions auprès de TPSGC du statut de son opposition; chaque fois, on lui a répondu qu'une réponse serait donnée dès que possible ou dans les prochaines semaines⁷.

14. Le 8 avril 2019, TPSGC a publié sur Achatsetventes.gc.ca un avis indiquant qu'un contrat d'une valeur de 15 573 635,80 \$ avait été attribué le 4 avril 2019 à la coentreprise formée par Hawboldt et Toimil⁸.

15. La même date, TPSGC a envoyé à Pennecon une lettre l'informant qu'après avoir réexaminé certains des résultats de l'évaluation, il était en mesure de confirmer que la soumission de Hawboldt et de Toimil satisfaisait à tous les critères d'évaluation technique obligatoires à l'annexe K de la DP. TPSGC a profité de cette occasion pour informer Pennecon que le contrat n'avait pas originalement été attribué à la coentreprise formée par Hawboldt et Toimil en raison d'une erreur administrative, mais que la situation avait été rectifiée. TPSGC mentionnait également dans sa lettre que le réexamen des résultats d'évaluation de Pennecon avait permis de constater que cette dernière s'appuyait sur l'expérience et la capacité technique de Palfinger pour répondre à un certain nombre de critères d'évaluation technique obligatoires et cotés. TPSGC ajoutait que comme Pennecon était l'unique soumissionnaire identifié dans la soumission et que cette dernière n'avait pas été soumise au nom d'une coentreprise formée par Pennecon et Palfinger, la soumission devait être jugée irrecevable.

PROCÉDURE DE TRAITEMENT DE LA PLAINTÉ

16. Le 24 avril 2019, Pennecon a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

17. Le 26 avril 2019, le Tribunal a donné à Pennecon jusqu'au 29 avril 2019 pour fournir des renseignements additionnels se rapportant à sa plainte et clarifier si la plainte était déposée par Pennecon à titre individuel ou comme partie prenante à une prétendue coentreprise formée avec Palfinger.

18. Le 29 avril 2019, Pennecon a déposé les renseignements demandés et a confirmé que la plainte était déposée par Pennecon au nom de la coentreprise formée par Palfinger et elle. À cet égard, elle a déposé une lettre de Palfinger confirmant que Pennecon était nommée comme représentante de Palfinger aux fins de la présente procédure de traitement de la plainte⁹.

19. Le 1^{er} mai 2019, le Tribunal a informé les parties qu'il ferait enquête sur la plainte.

20. Le 22 mai 2019, le Tribunal a reçu une lettre des conseillers juridiques de la coentreprise formée par Hawboldt et Toimil demandant l'autorisation d'intervenir dans le cadre de l'enquête. Le 23 mai 2019, le

7. Pièce PR-2019-007-17A (protégée), vol. 2 aux p. 232-236.

8. Selon les renseignements sur les contrats octroyés connexes affichés sur Achatsetventes.gc.ca, le contrat originalement attribué à Hawboldt le 13 décembre 2018 a été modifié le 4 avril 2019 en lui attribuant une valeur nulle.

9. Pièce PR-2019-007-01A, vol. 1 à la p. 4.

Tribunal a accordé le statut d'intervenante à Hawboldt et Toimil et a mis à jour l'échéancier de réception des observations des parties.

21. Le 23 mai 2019, TPSGC a demandé de prolonger d'une semaine le délai pour le dépôt du rapport de l'institution fédérale (RIF). Pennecon a consenti à la prolongation demandée et a demandé par la même occasion de prolonger le délai pour le dépôt de ses observations sur le RIF.

22. Le 24 mai 2019, le Tribunal a accordé les prolongations demandées et annoncé qu'il rendrait par conséquent ses conclusions et ses recommandations dans les 135 jours suivant le dépôt de la plainte, conformément à l'alinéa 12c) du *Règlement*.

23. Le 3 juin 2019, TPSGC a déposé le RIF et deux affidavits à l'appui. Le 10 juin 2019, Hawboldt et Toimil ont déposé leurs observations et un affidavit à l'appui.

24. Après avoir examiné les renseignements fournis dans le RIF et les affidavits à l'appui, le 12 juin 2019, le Tribunal a demandé à TPSGC de fournir des renseignements additionnels portant sur la manière dont il a déterminé que les grues proposées dans la soumission de Hawboldt et Toimil étaient conformes au critère d'évaluation technique obligatoire O2^{SE}. TPSGC a fourni les renseignements demandés au Tribunal le 19 juin 2019.

25. Le 14 juin 2019, Pennecon a écrit au Tribunal pour s'opposer à la confidentialité de certains renseignements du RIF et des affidavits à l'appui (soit des renseignements sur un projet présenté dans la soumission de Hawboldt et de Toimil comme répondant au critère obligatoire O2^{SE}) au motif que les renseignements en question figuraient dans une source publique.

26. Le 17 juin 2019, TPSGC a fait savoir qu'il n'avait aucune position sur cette question et qu'il se plierait à la décision du Tribunal en la matière. Le 18 juin 2019, Hawboldt et Toimil ont déposé des observations à l'appui du maintien de la confidentialité. Le 20 juin 2019, Pennecon a déposé des observations additionnelles.

27. Le 21 juin 2019, le Tribunal a avisé les parties qu'il considérait légitime la désignation des renseignements en question comme confidentiels. Le Tribunal a expliqué que même si les renseignements étaient en fin de compte accessibles d'une source publique, ce n'était pas le cas du fait que ces renseignements étaient incorporés à la soumission de Hawboldt et de Toimil – ni de la manière dont ils y étaient présentés (par rapport à quel critère).

28. Le 28 juin 2019, Pennecon a déposé ses observations sur le RIF, sur les observations de l'intervenante et sur les renseignements additionnels fournis par TPSGC. Les observations de Pennecon comprenaient la déposition d'un témoin.

29. Le 16 juillet 2019, TPSGC a demandé l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire en réponse à une question soulevée dans les observations déposées par Pennecon le 28 juin 2019. L'affidavit était joint à la demande de TPSGC. Le Tribunal a accordé l'autorisation demandée le 17 juillet 2019¹⁰, et Pennecon a déposé ses observations sur l'affidavit supplémentaire le 22 juillet 2019.

10. Toutefois, le Tribunal a rappelé que les demandes de dépôt de documents additionnels doivent être faites à la première occasion, tout particulièrement lorsqu'elles surviennent après que les observations sur le RIF ont été déposées et dans la période où le Tribunal a normalement commencé à délibérer. Le Tribunal a pris note du fait que dans cette instance, la demande de TPSGC avait été présentée deux semaines après qu'il ait reçu les observations de Pennecon sur le RIF, sans aucune explication sur ce délai considérable. Le Tribunal a accueilli la demande malgré ces manquements de la part de TPSGC.

30. Étant donné que les renseignements au dossier étaient suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a tranché la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

ANALYSE

31. Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* prescrit que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. À la fin de l'enquête, le Tribunal détermine la validité de la plainte en fonction des procédures et autres exigences établies par règlement pour le contrat spécifique.

32. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux accords commerciaux applicables, ce qui en l'espèce comprend l'*Accord de libre-échange canadien*¹¹.

33. Selon les dispositions de l'*ALEC* pertinentes aux fins de la présente enquête, l'acheteur public doit effectuer « son évaluation sur la base des conditions qu'[il] a spécifiées à l'avance dans ses avis d'appel d'offres ou sa documentation relative à l'appel d'offres »¹² et « [p]our être considérée en vue d'une adjudication, une soumission [...], au moment de son ouverture, [doit être] conforme aux prescriptions essentielles énoncées [...] dans la documentation relative à l'appel d'offres [...] »¹³.

34. Lorsqu'il examine s'il y a eu violation des obligations qui précèdent, le Tribunal fait habituellement preuve de beaucoup de déférence à l'égard des évaluateurs pour ce qui est de leur évaluation des propositions. De façon générale, le Tribunal n'interviendra dans une évaluation que si elle est *déraisonnable*¹⁴ et substituera son jugement à celui des évaluateurs *uniquement* si ces derniers n'ont pas évalué consciencieusement une soumission, ont mal interprété la portée d'une condition requise, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, ont fondé leur évaluation sur des critères non spécifiés ou que, de toute autre façon, ils n'ont pas respecté la procédure¹⁵.

35. De plus, le Tribunal a toujours soutenu qu'il incombe au soumissionnaire de s'assurer que sa proposition est conforme à tous les éléments essentiels de l'appel d'offres et que, par conséquent, il incombe au soumissionnaire de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa proposition et de vérifier qu'elle est conforme à tous les éléments essentiels¹⁶.

11. L'avis de projet de marché publié sur Achatsetventes.gc.ca et l'article 1.2 de la DP énoncent tous les accords commerciaux applicables, y compris l'*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*]. Aux fins de la présente enquête, le Tribunal se rapportera aux dispositions de l'*ALEC*, car c'est le seul accord auquel renvoie Pennecon dans sa plainte. Le Tribunal souligne que les autres accords commerciaux applicables ont des dispositions semblables à celles de l'*ALEC*.

12. *ALEC*, article 507(3)(b).

13. *ALEC*, article 515(4).

14. Comme le Tribunal l'a affirmé dans *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) [*BMT-NOTRA*] au par. 25, « [l]a détermination de [l'acheteur public] sera jugée raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal ».

15. *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) au par. 33; *Samson & Associates c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (19 octobre 2012), PR-2012-012 (TCCE) [*Samson*] au par. 26; *Northern Lights Aerobatic Team, Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au par. 52.

16. *Integrated Procurement Technologies, Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE) au par. 13; *Samson* au par. 28; *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) [*RCGT*] au par. 37.

36. C'est à la lumière de ces obligations et de ces principes que le Tribunal déterminera le bien-fondé des deux motifs de plainte de Pennecon. Pour ce faire, le tribunal déterminera :

- 1) s'il était raisonnable pour les évaluateurs de conclure que Hawboldt et Toimil possédaient l'expérience exigée aux critères d'évaluation technique obligatoires O2^{SE} et O3^{SE};
- 2) s'il était raisonnable pour TPSGC de conclure que la soumission de Pennecon n'était pas conforme aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise, tout en jugeant que la soumission de Hawboldt et de Toimil était conforme à ces mêmes exigences.

Motif n° 1 : Critères d'évaluation technique obligatoires O2^{SE} et O3^{SE}

37. Dans sa plainte, Pennecon soutient que la soumission de Hawboldt, que celle-ci soit considérée comme une soumission individuelle ou comme une soumission présentée par la coentreprise formée avec Toimil, ne remplit pas les critères d'évaluation technique obligatoires O2^{SE} et O3^{SE}. Toutefois, après avoir pris connaissance du RIF, Pennecon ne conteste pas que la grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O3^{SE} est conforme. Pennecon ne demande donc plus au Tribunal de se pencher sur ce critère¹⁷. Par conséquent, le Tribunal cherchera uniquement à déterminer s'il était raisonnable pour les évaluateurs de conclure que Hawboldt et Toimil possédaient l'expérience exigée au critère obligatoire O2^{SE}.

Dispositions pertinentes de la DP

38. L'article 4.2 de la DP prévoit que pour être jugée recevable, une soumission doit satisfaire à tous les critères obligatoires. Il est reproduit ci-dessous.

4.2 Méthode de sélection

Pour être jugée recevable, une soumission doit :

- a) satisfaire à toutes les exigences de la demande de soumissions;
- b) satisfaire à tous les critères obligatoires.

Les soumissions qui ne satisfont pas aux conditions a) et b) seront jugées non recevables.

[...]

39. Le critère d'évaluation technique obligatoire O2^{SE} est énoncé à l'annexe K de la DP comme suit :

Le soumissionnaire doit prouver qu'il a de l'expérience en conception, en construction et en mise en service d'au moins une (1) grue à flèche articulée [le terme « grue à flèche double » est utilisé dans la version anglaise de la DP] électro-hydraulique extracôtère, attestée par une société de classification, pouvant lever des personnes et lever pas moins de 75 % de la charge maximale admissible de 7 030 kg dans un rayon de cinq mètres ou plus au cours des dix (10) dernières années.

Le soumissionnaire doit décrire en détail où et quand la grue a été installée, qui était le client, quelle était la portée générale du projet, quelles étaient les courbes de levage de la grue, quelle était la charge maximale admissible de la grue et quelles étaient les attestations de classification.

40. La section 1.2 de l'énoncé des travaux (ÉDT) à l'annexe A de la DP stipule ce qui suit :

1.2 Contexte

17. Pièce PR-2019-007-39, aux par. 3, 30, vol. 1.

Il y a un (1) bossoir d'EPCR existant de 7,3 m avec une capacité de levage de 2 261 kg et deux (2) grues à flèche double¹ (FD), une bâbord et une tribord, chacune ayant une capacité de levage de 1 564 kg et installée sur chacune des douze (12) frégates de classe Halifax. [...]

[...]

¹ Veuillez noter que le terme grue à flèche double sera utilisé comme terme global pour une grue articulée avec ou sans plusieurs points de pivotement. Sa définition abrégée sera FD.

41. Le 22 août 2018, TPSGC a publié la modification n° 003 de la DP en réponse à la question d'un soumissionnaire sur le libellé de la note de bas de page 1 de l'ÉDT. La question et la réponse se lisent comme suit :

Q1. Nous désirons confirmer que le terme « flèche double » est utilisé dans la DP comme terme englobant toutes les grues dotées d'au moins un point de pivot, c'est-à-dire les grues qui sont munies d'une articulation simple ou double, d'une extension, d'une articulation avec extension, etc seront considérées acceptables. Selon la note de bas de page 1, page 8 de 80, de l'ÉDT : « Veuillez noter que le terme « grue à flèche double » sera utilisé comme terme générique pour désigner une grue articulée avec ou sans plusieurs points de pivotement. Sa définition abrégée sera FD. »

RI. *Le MDN confirme que le terme flèche double (FD) est utilisé comme terme global pour une grue articulée avec au moins un point de pivotement. Pour plus de clarté, une grue FD avec un ou plusieurs points de pivotement, qui peut ou non inclure une extension, est acceptable. Une grue avec extension seulement, sans point(s) de pivotement n'est pas acceptable.*

Position des parties

42. Dans sa plainte, Pennecon soutient que la soumission de Hawboldt et de Toimil ne pouvait pas remplir le critère obligatoire O2^{SE}, puisqu'à sa connaissance ni Hawboldt ni Toimil n'avait d'expérience en conception, en construction et en mise en service de grues ayant la capacité de levage demandée. Cependant, dans ses observations sur le RIF, Pennecon affirme que même si elle ne conteste plus le fait que la première grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} possède la capacité de levage exigée¹⁸, l'information fournie par TPSGC dans le RIF et sa réponse à la demande du Tribunal du 12 juin 2019 montrent que les évaluateurs se sont écartés de la définition de « grue à flèche double » donnée dans la DP lorsqu'ils ont évalué le respect de ce critère par la soumission de Hawboldt et de Toimil.

43. Par conséquent, la seule question à trancher en ce qui concerne le premier motif de plainte de Pennecon consiste à déterminer s'il était raisonnable pour les évaluateurs de conclure que la première grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} est une « grue à flèche double » selon la définition de la DP.

44. Selon Pennecon, la modification n° 003 de la DP confirme que la définition de grue à flèche double ne fait pas référence à *n'importe quelle* grue ayant au moins un point de pivotement, mais plutôt à *n'importe quelle* grue *articulée* ayant au moins un point de pivotement. Pennecon soutient qu'il incombait

18. Hawboldt et Toimil ont proposé trois grues pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} dans leur soumission. Selon ce critère, le soumissionnaire devait prouver qu'il avait de l'expérience en conception, en construction et en mise en service d'au moins une grue satisfaisant aux exigences techniques données. Selon l'information au dossier, TPSGC et le MDN n'ont évalué que la première grue proposée par Hawboldt et Toimil (voir pièce PR-2019-007-16A (protégée), onglet C, vol. 2). Dans les présents motifs, on entend par « la grue » la grue qui a été évaluée par TPSGC et le MDN.

donc aux soumissionnaires de démontrer que leur grue était une grue articulée *et* qu'elle avait au moins un point de pivotement.

45. Selon Eddy Knox, directeur général de Pennecon, les termes « grue à flèche double », « grue articulée » et « grue à articulation » [traduction] renvoient tous à une grue dont la flèche (c'est-à-dire le « bras » horizontal de la grue, fixé au fût, au pied, à la tour ou à la superstructure de la grue) comporte une articulation (c'est-à-dire un point de pivotement). L'interprétation de ces termes par M. Knox est fondée sur diverses normes de l'industrie portant sur les grues terrestres et marines¹⁹. M. Knox ajoute que son interprétation concorde aussi avec les documents publicitaires de Toimil, de Hawboldt et de Palfinger, qui montrent tous des grues à flèche double comportant un ou plusieurs points de pivotement sur la flèche même.

46. Selon Pennecon, dans l'affaire en question, les évaluateurs ont manifestement déterminé seulement si la grue proposée par Hawboldt et Toimil comportait au moins un point de pivotement, mais pas s'il s'agissait d'une « grue articulée » (c'est-à-dire si le point de pivotement était situé sur la longueur de la flèche). Pennecon soutient que si les évaluateurs s'en étaient tenus à la définition d'une « grue à flèche double » comme prévu dans la DP, ils auraient conclu que la soumission de Hawboldt et de Toimil n'était pas conforme. Pennecon fait donc valoir que TPSGC a manqué à son obligation de fonder son évaluation sur les conditions énoncées dans les documents de l'appel d'offres.

47. Pour sa part, TPSGC soutient que la DP ne précise pas à quel endroit le point de pivotement doit être situé sur la flèche de la grue. Il fait valoir que le comité d'évaluation des soumissions, en se fiant à la définition de la DP, a déterminé que le (ou les) point de pivotement pouvait être situé à n'importe quel endroit sur la flèche. Selon Jacob Bragg, un architecte naval du MDN qui dirigeait le comité d'évaluation des soumissions pour ce marché, les termes « grue à flèche double » et « grue articulée » sont interchangeables; l'important est que la grue comporte un point de pivotement, peu importe que celui-ci soit situé sur la flèche ou à l'extrémité de la flèche où celle-ci rejoint la base de la grue. M. Bragg explique que c'est ce point de pivotement qui fait de la grue une grue « articulée ».

48. Selon TPSGC, le comité d'évaluation des soumissions a évalué chaque grue de façon uniforme et en appliquant la définition de « grue à flèche double » donnée dans la DP. En particulier, TPSGC fait valoir que tous les documents remplis par les membres du comité d'évaluation des soumissions indiquent que la grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} satisfait aux exigences d'une « grue à flèche double », une fois pris en considération les éclaircissements donnés dans la modification n° 003 de la DP. Or, selon TPSGC, il était clair dans la soumission de Hawboldt et de Toimil que l'unique point de pivotement de leur grue était situé à l'extrémité de la flèche.

49. Hawboldt et Toimil soutiennent que leur soumission satisfait aux critères obligatoires de l'appel d'offres, comme l'établit le RIF. Elles n'ont déposé aucune observation sur la définition du terme « grue à flèche double ».

19. M. Knox cite spécifiquement l'annexe « L » de la norme européenne EN13852-1 publiée par le Comité européen de normalisation, la section des définitions du *Guide for Certification of Lifting Appliances* de l'American Bureau of Shipping, le *Standard for Offshore and Platform Lifting Appliances* (réf. : DNVGL-ST-0378) de DNV GL (une société de classification maritime basée en Norvège), le chapitre 1 du *Articulating Crane Reference Manual* publié par la National Commission for the Certification of Crane Operators (NCCCO) et les sections de définitions des *Safety and Health Regulations for Construction* publiées par l'Occupational Safety and Health Administration du Department of Labour américain.

Analyse du Tribunal

50. Comme susmentionné, le Tribunal doit déterminer s'il était raisonnable pour les évaluateurs de conclure que la grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} constitue une « grue à flèche double » aux termes de la DP.

51. Il ressort clairement des observations des parties que le point de litige consiste en l'emplacement du point de pivotement sur la flèche de la grue. Selon Pennecon, le terme « grue à flèche double », comme il est défini dans la DP, suppose un point de pivotement situé sur la longueur de la flèche (c'est-à-dire que la flèche doit être constituée de deux sections ou plus capables de pivoter les unes par rapport aux autres), tandis que TPSGC est d'avis que le terme englobe une grue comportant un unique point de pivotement situé à l'extrémité de la flèche (c'est-à-dire une flèche constituée d'une seule section capable de pivoter par rapport à la base ou la tour de la grue).

52. L'examen de la soumission de Hawboldt et de Toimil, ainsi que des positions des parties, confirment que la grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} n'a pas de point de pivotement sur la longueur de la flèche. En effet, le point de pivotement est situé à l'extrémité de la flèche, à l'endroit où elle rejoint la base ou la tour. Autrement dit, la flèche de la grue est composée d'une seule section.

53. Selon les normes industrielles et les documents publicitaires déposés par Pennecon, il semble que le terme « grue à flèche double », hors du cadre de la DP, a une signification propre dans l'industrie qui suppose une grue dont la flèche comporte au moins un et possiblement plusieurs points de pivotement sur la longueur de la flèche. Par exemple, l'annexe « L » de la norme européenne n° EN13852-1 publiée par le Comité européen de normalisation contient une illustration d'une « grue à flèche double » [traduction] comportant un point de pivotement sur la longueur de la flèche²⁰. De même, le chapitre 1 du *Articulating Crane Reference Manual*, publié par la National Commission for the Certification of Crane Operators, définit une « grue à flèche articulée » [traduction] comme une « grue dont la flèche est composée de deux sections ou plus pouvant pivoter au moyen de vérins hydrauliques » [traduction] et précise que ce type de grue est parfois appelé « grue à flèche double » [traduction]²¹. Même sur le site Web de Hawboldt, les grues à flèche double qui sont affichées ont une flèche composée de deux sections qui peuvent pivoter l'une par rapport à l'autre²².

54. Cela dit, en l'espèce, le Tribunal doit interpréter le terme « grue à flèche double » dans le contexte précis de la DP²³. Autrement dit, il doit prendre en considération les éléments particuliers de l'appel d'offres qui modifient expressément la signification répandue dans l'industrie susdécrite. Ces éléments comprennent la note de bas de page 1 de l'ÉDT et les éclaircissements donnés dans la modification n° 003. Le Tribunal rappelle que les entités acheteuses ont toute liberté de définir les termes utilisés dans leur invitation à soumissionner comme ils l'entendent, même si la signification qui en résulte diffère de celle qui est habituelle dans l'industrie.

20. Pièce PR-2019-007-39, vol. 1 à la p. 17.

21. Pièce PR-2019-007-39, vol. 1 à la p. 46.

22. Pièce PR-2019-007-39, vol. 1 à la p. 68.

23. Le Tribunal a déjà affirmé que « [l]es documents de l'invitation à soumissionner sont interprétés selon les règles d'interprétation des contrats, qui prévoient que les modalités des contrats doivent être interprétées selon leur sens ordinaire dans le contexte dans lequel elles sont utilisées ». Voir *Kileel Development Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (4 avril 2019), PR-2018-042 (TCCE) au par. 60 et les causes citées dans ce paragraphe.

55. La note de bas de page 1 de l'ÉDT précise que le terme « grue à flèche double » est utilisé comme « terme global pour une grue articulée avec ou sans plusieurs points de pivotement ». De même, la modification n° 003 clarifie qu'il s'agit d'un « terme global pour une grue articulée avec au moins un point de pivotement ». Le Tribunal est d'avis que l'utilisation du mot « global » sous-entend clairement un élargissement de la définition par rapport à sa signification habituelle. Quant au terme « grue articulée », il peut raisonnablement, dans ce contexte particulier, être interprété comme désignant n'importe quelle grue comportant au moins un point de pivotement, ce qui permet à la grue d'être articulée. Cette interprétation est étayée par la dernière partie de la phrase, selon laquelle il doit y avoir au moins *un* point de pivotement, sans précision sur son emplacement. Si TPSGC ou le MDN avaient voulu exiger qu'il y ait plus d'un point de pivotement, qu'il y ait un point de pivotement sur la flèche même ou, pour être encore plus clairs, que la flèche soit composée de deux sections ou plus capables de pivoter les unes par rapport aux autres, ils auraient pu l'indiquer en toutes lettres.

56. Le Tribunal est d'avis que ce qui précède suffit, en soi, à conclure qu'on peut raisonnablement interpréter le terme « grue à flèche double » tel qu'il est défini dans la DP comme englobant les grues comportant un seul point de pivotement situé à l'extrémité de la flèche. Cependant, d'autres éléments étayaient cette interprétation. Le Tribunal a déjà établi que la signification d'un terme, dans le contexte d'une DP, doit se rapporter logiquement aux tâches et aux produits à livrer de l'ÉDT (soit les biens et services devant être fournis dans le cadre du contrat subséquent)²⁴.

57. S'il est vrai que l'ÉDT, à l'annexe A de la DP, mentionne une « grue à flèche double », le Tribunal n'a trouvé aucune trace d'exigences techniques précises selon lesquelles les grues fournies au MDN devaient avoir un point de pivotement le long de la flèche (c'est-à-dire une flèche composée d'au moins deux sections). La description des exigences de rendement, des contraintes physiques et de la conception générale se rapportant aux grues ne donnent aucune précision quant à la conception de la flèche²⁵. Bref, l'ÉDT ne semble pas imposer une grue d'une conception particulière. Par conséquent, tant que la grue satisfait aux exigences de l'ÉDT (vitesse du pont élévateur, charges minimums d'utilisation, dimensions repliée, etc.), elle devrait être acceptable pour le MDN.

58. En fonction de ce qui précède, le Tribunal est d'avis qu'il était raisonnable pour les évaluateurs de conclure que la grue proposée par Hawboldt et Toimil pour répondre au critère obligatoire O2^{SE} constitue une « grue à flèche double » aux termes de la définition donnée dans la DP, et que ceux-ci possèdent donc l'expérience exigée à ce critère.

Motif n° 2 : Exigences relatives à une soumission par une coentreprise

59. Dans sa plainte, Pennecon soutient que TPSGC a incorrectement déterminé que sa soumission n'était pas conforme aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise, et que TPSGC n'avait pas appliqué les mêmes exigences à la soumission de Hawboldt et de Toimil. Selon Pennecon, le fait que TPSGC ait d'abord attribué le contrat à Hawboldt seule, avant de le réattribuer à Hawboldt et à Toimil, soutient la supposition selon laquelle Hawboldt et Toimil n'avaient pas clairement indiqué dans leur soumission qu'elle était présentée par une coentreprise. Dans ses observations sur le RIF, Pennecon fait valoir que les deux soumissions répondaient aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise et que ni l'une ni l'autre n'aurait dû être rejetée.

24. *BMT-NOTRA* au par. 28. Voir aussi *RCGT* au par. 35.

25. Voir la section 5 de l'ÉDT.

60. Le Tribunal constate que TPSGC a initialement évalué la soumission de Pennecon comme si elle avait été soumise à titre de coentreprise avec Palfinger, et que ce n'est qu'après avoir réexaminé les résultats de l'évaluation de Pennecon, selon toute vraisemblance en réaction à son opposition à l'attribution du contrat à Hawboldt, que TPSGC a jugé la soumission de Pennecon irrecevable. Par conséquent, on sait déjà que la soumission de Pennecon, même appuyée par l'expérience de Palfinger, n'avait pas obtenu une meilleure note que celle de Hawboldt et de Toimil. Comme le Tribunal a déjà conclu que Hawboldt et Toimil possèdent l'expérience exigée au critère obligatoire O2^{SE}, s'il arrivait maintenant à la conclusion que leur soumission satisfait également aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise, la question à savoir si la soumission de Pennecon satisfait à ces exigences n'aurait peu d'importance²⁶.

Dispositions pertinentes de la DP

61. Les dispositions pertinentes de la DP en ce qui a trait à ce motif de plainte sont les suivantes :

PARTIE 2 – INSTRUCTIONS À L'INTENTION DES SOUMISSIONNAIRES

2.1 Instructions, clauses et conditions uniformisées

[...]

Le document 2003 (2018-05-22) Instructions uniformisées – biens ou services – besoins concurrentiels, est incorporé par renvoi dans la demande de soumissions et en fait partie intégrante.

[...]

PARTIE 3 – INSTRUCTIONS POUR LA PRÉPARATION DES SOUMISSIONS

3.1 Instructions pour la préparation des soumissions

[...]

(f) Signature de la soumission :

1. Le Canada exige que chaque soumission, à la date et à l'heure de clôture de la demande de soumissions ou sur demande de l'autorité contractante, soit signée par le soumissionnaire ou par son représentant autorisé. Si une soumission est présentée par une coentreprise, elle doit être conforme à l'article 17 de 2003 (2018-05-22) Instructions uniformisées.
2. Dans le cadre de la présente demande de soumissions, le terme « soumissionnaire » désigne l'entité légale (ou, dans le cas d'un consortium, les entités légales) qui présente une soumission pour donner suite à la présente demande de soumissions et ne comprend pas la société mère du soumissionnaire, ni les filiales du soumissionnaire, ni d'autres filiales de la société mère, le cas échéant, ni ses sous-traitants.
3. Les soumissionnaires peuvent signer leurs soumissions en photocopiant la page de couverture de la présente demande de soumissions, en la signant et en la présentant dans le cadre de leur soumission ou en incluant une page de signature à un endroit évident de leurs soumissions.

[...]

26. La seule situation dans laquelle il aurait été important de déterminer si la soumission de Pennecon répondait aux exigences relatives à une soumission par une coentreprise est celle où le Tribunal aurait conclu que le contrat n'aurait pas dû être attribué à Hawboldt et à Toimil, auquel cas cette question aurait une incidence sur la mesure corrective recommandée par le Tribunal.

62. Les dispositions pertinentes des instructions uniformisées, qui sont intégrées à l'invitation à soumissionner par renvoi, se lisent comme suit :

Instructions uniformisées - biens ou services - besoins concurrentiels

[...]

04 (2007-11-30) Définition de soumissionnaire

Le terme « soumissionnaire » désigne la personne ou l'entité (ou dans le cas d'une coentreprise, les personnes ou les entités) qui dépose une soumission pour l'exécution d'un contrat de biens, de services ou les deux. Le terme ne comprend pas la société mère, les filiales ou autres affiliées du soumissionnaire, ni ses sous-traitants.

[...]

17 (2010-01-11) Coentreprise

1. Une coentreprise est une association d'au moins deux parties qui regroupent leurs fonds, leurs biens, leurs connaissances, leur expertise ou d'autres ressources dans une entreprise commerciale conjointe, parfois appelé consortium, pour déposer ensemble une soumission pour un besoin. Les soumissionnaires qui soumissionnent à titre de coentreprise doivent indiquer clairement qu'ils forment une coentreprise et fournir les renseignements suivants :
 - a. le nom de chaque membre de la coentreprise;
 - b. le numéro d'entreprise-approvisionnement de chaque membre de la coentreprise;
 - c. le nom du représentant de la coentreprise, c'est-à-dire le membre choisi par les autres membres pour les représenter, s'il y a lieu;
 - d. le nom de la coentreprise, s'il y a lieu.
2. Si les renseignements contenus dans la soumission ne sont pas clairs, le soumissionnaire devra fournir les renseignements à la demande de l'autorité contractante.
3. La soumission et tout contrat subséquent doivent être signés par tous les membres de la coentreprise à moins qu'un membre ait été nommé pour représenter tous les membres de la coentreprise. L'autorité contractante peut, en tout temps, demander à chaque membre de la coentreprise de confirmer que le représentant a reçu les pleins pouvoirs pour agir à titre de représentant pour les fins de la demande de soumissions et tout contrat subséquent. Si un contrat est attribué à une coentreprise, tous ses membres seront conjointement et solidairement responsables de l'exécution du contrat subséquent.

Position des parties

63. Selon Pennecon, contrairement à ce que soutient TPSGC, il y avait dans sa soumission amplement d'information justifiant que TPSGC vérifie, avant de la déclarer irrecevable, s'il s'agissait d'une soumission présentée à titre de coentreprise avec Palfinger. Pennecon met de l'avant plusieurs exemples de renseignements fournis dans sa soumission qui, selon elle, montrent que la soumission était présentée à titre de coentreprise avec Palfinger, même si le terme « coentreprise » [traduction] n'y figurait pas²⁷.

64. Pennecon fait par ailleurs valoir que même si sa soumission aurait pu être plus claire sur le fait qu'elle était présentée par une coentreprise, selon les paragraphes 17(1) et (2) des instructions uniformisées, même advenant qu'il ne soit pas clairement indiqué dans la soumission qu'elle est présentée par une coentreprise ou qu'il manque certains renseignements dans la soumission, des éclaircissements peuvent être

27. Voir exemples, pièce PR-2019-007-39A (protégée), vol. 2 au par. 25.

fournis à la demande de TPSGC. Selon Pennecon, si le défaut de se conformer au paragraphe 17(1) rendait automatiquement une soumission irrecevable, le paragraphe 17(2) n'aurait aucune utilité.

65. M. Knox explique que même si Palfinger n'a pas signé la soumission, Pennecon a été nommée comme représentante de Palfinger, conformément au paragraphe 17(3) des instructions uniformisées, aux fins de l'appel d'offres et de l'éventuel contrat subséquent. Pennecon a déposé une lettre attestant ce fait, rédigée par Palfinger en date du 18 avril 2019²⁸.

66. En ce qui concerne la soumission de Hawboldt et de Toimil, Pennecon fait valoir que même si la lettre de présentation de Hawboldt indiquait que la soumission était présentée dans le cadre d'une entente de coentreprise avec Toimil, il y manquait trois des quatre éléments d'information exigés au paragraphe 17(1) des instructions uniformisées. Pennecon ajoute que Hawboldt a aussi fourni à TPSGC des renseignements qui ont alimenté la confusion sur la nature de la soumission²⁹. Par conséquent, selon Pennecon, s'il est vrai que les deux soumissions auraient dû être plus claires sur le fait qu'elles étaient présentées par des coentreprises, seules Hawboldt et Toimil ont eu la possibilité de fournir des renseignements additionnels et de dissiper la confusion; Pennecon n'a pas eu la même possibilité et sa soumission a plutôt été jugée irrecevable.

67. Pour sa part, TPSGC soutient qu'en raison d'une erreur administrative elle avait initialement attribué le contrat à Hawboldt seule plutôt qu'au soumissionnaire désigné dans la soumission, soit la coentreprise formée par Hawboldt et Toimil. TPSGC ajoute que l'entente de coentreprise entre Hawboldt et Toimil, qui a été signée avant la date de clôture de l'invitation à soumissionner, a aussi été transmise à TPSGC à sa demande.

68. TPSGC fait valoir qu'il n'a pas commis de faute en jugeant irrecevable la soumission de Pennecon, car celle-ci ne satisfaisait pas aux exigences relatives aux soumissions en coentreprise de l'article 17 des instructions uniformisées. Selon TPSGC, le seul soumissionnaire nommé dans la soumission était Pennecon, et la mention dans l'introduction de la soumission de Pennecon selon laquelle Palfinger et elle étaient disposées à travailler au moyen de discussions après que les soumissions soient déposées ne suffisait pas à indiquer clairement que la soumission était présentée par une coentreprise. Selon TPSGC, cette mention aurait pu dénoter une autre forme d'association qu'une coentreprise (par exemple fournisseur, sous-traitant). Par conséquent, TPSGC soutient que rien ne justifiait qu'elle confirme les renseignements reçus ou demande des renseignements additionnels aux termes du paragraphe 17(2) des instructions uniformisées. Quant à la lettre de Palfinger du 18 avril 2019, TPSGC souligne que cette date est située plus d'un mois après la clôture de l'invitation à soumissionner, et qu'elle ne mentionne pas explicitement que la soumission est présentée par une coentreprise.

69. Enfin, TPSGC fait valoir que compte tenu des faits, il aurait été déraisonnable de conclure que la soumission de Pennecon était présentée à titre de coentreprise avec Palfinger. Par conséquent, TPSGC soutient que puisque l'expérience de Palfinger ne pouvait pas être prise en considération pour déterminer l'expérience de Pennecon, la soumission de Pennecon a été réexaminée et jugée non conforme par rapport à certains critères obligatoires.

70. Hawboldt et Toimil font valoir que leur soumission a été présentée par une coentreprise, comme en fait foi leur lettre de présentation où il est explicitement mentionné que la soumission est présentée par une coentreprise et où chaque membre est nommé. Hawboldt et Toimil ajoutent qu'avant que le (deuxième)

28. Pièce PR-2019-007-01, vol. 1 à la p. 12.

29. Pièce PR-2019-007-39A (protégée), vol. 2 au par. 27.

contrat soit attribué, elles ont fourni des renseignements additionnels se rapportant à la coentreprise à la demande de TPSGC, comme le permet le paragraphe 17(2) des instructions uniformisées.

Analyse du Tribunal

71. Comme susmentionné, le Tribunal doit déterminer s'il était raisonnable pour TPSGC de conclure que la soumission de Pennecon ne satisfaisait pas aux exigences relatives à une soumission présentée par une coentreprise, tout en concluant que Hawboldt et Toimil satisfaisaient auxdites exigences. Afin de trancher cette question, le Tribunal doit d'abord interpréter les dispositions pertinentes de la DP et des instructions uniformisées pour estimer la portée de l'obligation incombant au soumissionnaire d'identifier clairement la soumission comme étant présentée par une coentreprise.

72. L'article 3.1(f) de la DP prévoit qu'une soumission présentée par une coentreprise doit respecter les instructions uniformisées. Or, selon le paragraphe 17(1) des instructions uniformisées, « [l]es soumissionnaires qui soumissionnent à titre de coentreprise doivent indiquer clairement qu'ils forment une coentreprise et fournir les renseignements suivants [...] ». Les renseignements à fournir comprennent le nom de chaque membre de la coentreprise, leur numéro d'entreprise approvisionnement et le nom de la coentreprise (les « renseignements requis »). Le paragraphe 17(2), quant à lui, précise que « [s]i les renseignements contenus dans la soumission ne sont pas clairs, le soumissionnaire devra fournir les renseignements à la demande de l'autorité contractante ».

73. De l'avis du Tribunal, les dispositions susmentionnées distinguent clairement l'obligation pour les soumissionnaires d'« indiquer clairement qu'ils forment une coentreprise » et celle de fournir les renseignements requis. Dans le premier cas, TPSGC ne dispose d'aucune marge de manœuvre lui permettant de demander à un soumissionnaire de clarifier son statut après la clôture de l'invitation à soumissionner — le soumissionnaire doit indiquer clairement son statut dans la soumission. Toutefois, dans le deuxième cas, le paragraphe 17(2) des instructions uniformisées laisse une certaine marge de manœuvre et permet à un soumissionnaire de fournir, à la demande de TPSGC, des *renseignements* (c'est-à-dire les renseignements requis) qui n'auraient pas été clairement indiqués dans la soumission.

74. Cette interprétation est tout à fait logique puisqu'on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que TPSGC devine si une soumission est présentée par une coentreprise ou non, et par conséquent, à ce qu'elle sache s'il est nécessaire qu'elle demande des renseignements additionnels. Comme le fait remarquer TPSGC, il existe de nombreuses autres formes d'association que la coentreprise. Ainsi, le simple fait de fournir des renseignements se rapportant à une autre entreprise dans une soumission ne devrait pas, en soi, mener à la conclusion que la soumission est présentée à titre de coentreprise.

75. Comme susmentionné, c'est au soumissionnaire qu'il incombe en fin de compte de s'assurer que la proposition satisfait à tous les éléments essentiels de l'invitation à soumissionner. Par conséquent, c'est aux soumissionnaires présentant une demande à titre de coentreprise qu'il incombe d'indiquer clairement qu'ils en forment une³⁰.

30. Le Tribunal est récemment parvenu à la même conclusion en tranchant qu'il n'existait aucune indication raisonnable selon laquelle l'évaluation menée par l'Agence Parcs Canada était déraisonnable parce qu'elle avait rejeté l'expérience du partenaire de la coentreprise alléguée d'un soumissionnaire et déclaré la soumission irrecevable pour non-conformité aux critères obligatoires de l'appel d'offres. Voir *MTM-2 Contracting Inc.* (15 mars 2019), PR-2018-066 (TCCE) au par. 18.

76. Dans le cas de Hawboldt, la lettre de présentation précisait que la soumission était présentée dans le cadre d'une entente de coentreprise conclue avec Toimil³¹. De l'avis du Tribunal, cette mention satisfait à l'exigence d'indiquer clairement que la soumission est présentée par une coentreprise. Par conséquent, il était raisonnable pour TPSGC de demander des renseignements additionnels (c'est-à-dire les renseignements requis manquants) après la clôture de l'invitation à soumissionner, conformément au paragraphe 17(2) des instructions uniformisées.

77. En ce qui concerne Pennecon, l'introduction de sa soumission contenait le paragraphe suivant :³²

Par ailleurs, nous (Pennecon Energy Hydraulic Systems) et Palfinger Marine, sommes prêtes à travailler au moyen de discussions une fois les soumissions déposées afin d'optimiser les caractéristiques des grues pour minimiser l'effet sur la configuration du pont. Nous apportons cette précision puisque la grue de production standard (conformément aux exigences de l'appel d'offres) qui permettra de satisfaire aux exigences du code LR LAME est la Palfinger PFM3500.

[Traduction]

78. Le Tribunal est d'avis que cette mention est loin de constituer une indication claire que la soumission est présentée par une coentreprise. De fait, on peut facilement supposer que ce paragraphe décrit une gamme d'autres types d'associations qu'une coentreprise (p. ex. une relation de sous-traitant ou de fournisseur). Le reste des renseignements présentés dans la soumission de Pennecon, même pris dans leur ensemble, ne donnent pas non plus une indication claire que la soumission est présentée par une coentreprise. Par ailleurs, seule Pennecon figure à la page de signature de la soumission, et la seule signature est celle de M. Knox, le directeur général de Pennecon³³. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut qu'il était raisonnable pour TPSGC d'estimer que la soumission de Pennecon ne satisfaisait pas aux exigences relatives à une soumission présentée par une coentreprise.

Conclusion

79. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal conclut qu'aucun des deux motifs de plainte de Pennecon n'est fondé.

FRAIS

80. 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.

81. TPSGC demande le remboursement des frais encourus pour répondre à la plainte. En tant que partie ayant eu gain de cause dans la présente enquête, elle a droit au remboursement de ses frais raisonnables.

82. Afin de déterminer le montant de l'indemnité en l'espèce, le Tribunal a examiné la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui fonde le classement du niveau de complexité des causes sur trois critères : la complexité du marché, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure de plainte.

83. Le marché est de complexité modérée puisqu'il concerne des grues marines avec les données de conception technique détaillées et le jeu de données techniques connexes. La plainte est également de

31. Pièce PR-2019-007-17A (protégée), vol. 2 à la p. 245.

32. Pièce PR-2019-007-01A, vol. 1 à la p. 11.

33. Pièce PR-2019-007-01, vol. 1 à la p. 160.

complexité modérée, car elle se fonde sur deux différents motifs, dont chacun concerne l'interprétation par TPSGC de dispositions et de termes ambigus dans les documents d'appel d'offres. Enfin, le Tribunal estime que le niveau de complexité de la procédure est supérieur au niveau 1, étant donné la présence d'une intervenante, la demande de renseignements additionnels à TPSGC après le dépôt du RIF, l'opposition à la désignation de certains renseignements comme confidentiels dans le RIF et que la procédure a dû être prolongée au délai de 135 jours.

84. À ce titre, conformément à l'annexe A de la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

85. Conformément au paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la plainte n'est pas fondée.

86. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour avoir répondu à la plainte, indemnité qui doit être versée par Pennecon. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité 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.

Cheryl Beckett

Cheryl Beckett

Membre président