



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2020-092

Gary Parker Excavating Limited

*Décision prise
le jeudi 11 mars 2021*

*Décision et motifs rendus
le mercredi 24 mars 2021*

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

GARY PARKER EXCAVATING LIMITED

CONTRE

CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA

DÉCISION

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur a décidé de ne pas enquêter sur la plainte en ce moment. Un motif de plainte n'a pas été déposé dans le délai prévu et l'autre motif de plainte est prématuré puisque Construction de Défense Canada n'a pas encore répondu à l'opposition présentée par la partie plaignante.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

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 concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. En vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, 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.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

[2] La présente plainte concerne un avis de projet de marché publié par Construction de Défense Canada (CDC) au nom du ministère de la Défense nationale (projet n° GW300138/la première invitation) pour la prestation de services d'enlèvement d'arbres, le premier appel d'offres ayant ultimement été annulé et lancé à nouveau (projet n° GW300138_74624/la deuxième invitation).

[3] Gary Parker Excavating Limited (GPE) allègue que CDC a annulé le premier appel d'offres de façon irrégulière et a lancé un second appel d'offres afin d'adjuger le contrat à un soumissionnaire particulier. À titre de mesure corrective, GPE demande que lui soit adjugé le contrat découlant du premier appel d'offres ou, à titre subsidiaire, que lui soit versée une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus, dont le Tribunal fixera le montant. GPE demande aussi qu'on lui rembourse les frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission et/ou la préparation de sa plainte.

[4] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte est hors délai. L'un des motifs de plainte n'a pas été déposé dans le délai prévu et l'autre motif de plainte est prématuré puisque Construction de Défense Canada n'a pas encore répondu à l'opposition présentée par la partie plaignante. Le Tribunal a donc décidé de ne pas enquêter sur la plainte en ce moment.

CONTEXTE

[5] Le 14 octobre 2020, le premier appel d'offres a été publié sur MERX, le service électronique d'appel d'offres du Canada³.

[6] Le 18 décembre 2020, CDC a accusé réception de la proposition de GPE, l'informant que le premier appel d'offres avait été annulé étant donné qu'il y avait eu un changement visant l'énoncé des travaux⁴. Des résultats officiels concernant les soumissions, affichés sur MERX, indiquent que GPE a présenté la soumission ayant reçu la note la plus élevée relativement au premier appel d'offres⁵.

[7] Le 29 janvier 2021, le second appel d'offres pour le projet, dont la date de clôture était le 16 février 2021, a été publié⁶.

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

² DORS/93-602 [*Règlement*].

³ Pièce PR-2020-092-01 à la p. 21.

⁴ *Ibid.* à la p. 12.

⁵ *Ibid.* à la p. 28.

⁶ *Ibid.* à la p. 31.

[8] Dans un courriel transmis le 3 février 2021, GPE a demandé à DCC pourquoi le premier appel d'offres avait été annulé étant donné que les exigences figurant dans le second appel d'offres paraissaient nettement semblables à celles du premier⁷.

[9] Dans son dernier courriel envoyé à CDC le 3 février 2021, GPE a donné un aperçu des motifs qui lui ont été fournis par CDC lors d'un appel téléphonique et qui justifiaient le lancement du second appel d'offres. Plus précisément, ces motifs étaient que le premier appel d'offres avait été annulé à cause d'inquiétudes au sujet de la responsabilité environnementale liée à des permis et au sujet de la possibilité que les travaux d'enlèvement des arbres n'entrent pas dans la portée du permis original associé au premier appel d'offres. Dans ce courriel, GPE a demandé à CDC soit de confirmer l'exactitude de son résumé, soit d'en éclaircir le contenu⁸.

[10] Le 9 février 2021, dans une lettre adressée à GPE, CDC a expliqué qu'une analyse plus poussée des risques associés au premier appel d'offres avait permis de cerner certaines questions environnementales qui avaient entraîné l'annulation du premier appel d'offres et le lancement du second appel d'offres, étant donné l'étendue des changements qui devaient être apportés au dossier de l'appel d'offres initial⁹.

[11] Les résultats officiels du second appel d'offres ont été publiés sur MERX quelque temps après la clôture des soumissions, soit le 16 février 2021¹⁰.

[12] Dans une lettre du 1^{er} mars 2021 adressée à CDC, GPE a demandé de recevoir des précisions concernant la procédure des marchés publics, y compris concernant l'annulation du premier appel d'offres et l'évaluation du soumissionnaire le moins-disant lors du second appel d'offres, alléguant que la soumission de ce soumissionnaire était non conforme¹¹.

[13] Le 3 mars 2021, GPE a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Le 4 mars 2021, le Tribunal a demandé de recevoir des renseignements supplémentaires afin que la plainte soit jugée conforme en vertu du paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*. Le 5 mars 2021, GPE a transmis au Tribunal des renseignements supplémentaires qui remédiaient à la majorité des lacunes de la plainte. Ainsi, aux termes de l'alinéa 96(1)b) des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal a déterminé que la plainte a été déposée le 5 mars 2021.

[14] Le 11 mars 2021, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

ANALYSE

[15] Aux termes des articles 6 et 7 du *Règlement*, après avoir reçu une plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit déterminer si les quatre conditions suivantes sont satisfaites avant d'entamer une enquête :

⁷ *Ibid.* aux p. 14-17.

⁸ *Ibid.* à la p. 17.

⁹ *Ibid.* à la p. 13.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 36.

¹¹ *Ibid.* aux p. 19-20.

- (i) la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement*¹²;
- (ii) le plaignant est un fournisseur potentiel¹³;
- (iii) la plainte porte sur un contrat spécifique¹⁴;
- (iv) les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents¹⁵.

[16] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement*.

Respect des délais

[17] Aux termes de l'article 6 du *Règlement*, le fournisseur potentiel doit présenter une opposition à l'institution fédérale responsable du marché ou 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 plainte¹⁶. En outre, le fournisseur potentiel qui a présenté une opposition à l'institution fédérale responsable du marché dans les délais prescrits 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 refus¹⁷.

[18] Les renseignements fournis par GPE dans sa plainte indiquent qu'elle a présenté deux oppositions à CDC à l'égard de l'annulation du premier appel d'offres. La première opposition a été présentée le 3 février 2021, après que GPE a aperçu le second appel d'offres affiché sur MERX. La deuxième opposition a été présentée le 1^{er} mars 2021, après que GPE a constaté les résultats officiels affichés sur MERX, qui comportaient le nom et le prix évalué du soumissionnaire retenu relativement au deuxième appel d'offres. De l'avis du Tribunal, ces oppositions se rapportent à deux motifs de plainte distincts.

[19] Le premier motif de plainte, à l'appui de l'opposition de GPE du 3 février 2021, semble être que CDC a préparé le premier appel d'offres incorrectement, ce qui a donné lieu à son annulation et au lancement du second appel d'offres quand CDC s'est rendu compte que le premier appel d'offres ne reflétait pas adéquatement l'étendue des travaux nécessaires pour satisfaire à ses exigences. GPE allègue que CDC détenait déjà tous les renseignements qui auraient dû servir à l'élaboration de l'énoncé des travaux lors du premier appel d'offres et soutient que cette situation est due à un manque de diligence raisonnable de la part de CDC¹⁸.

[20] Selon GPE, le motif de plainte à l'appui de son opposition présentée le 1^{er} mars en est un de « marchandage de soumissions ». Selon l'interprétation du Tribunal, ce motif signifie que CDC aurait annulé l'appel d'offres afin de recevoir une soumission plus avantageuse lors d'un second appel d'offres. Selon GPE, elle s'était mise à soupçonner que cela était le cas quand elle a constaté le

¹² Paragraphe 6(1) du *Règlement*.

¹³ Alinéa 7(1)a) du *Règlement*.

¹⁴ Alinéa 7(1)b) du *Règlement*.

¹⁵ Alinéa 7(1)c) du *Règlement*.

¹⁶ Paragraphes 6(1) et (2) du *Règlement*.

¹⁷ Paragraphe 6(2) du *Règlement*.

¹⁸ Pièce PR-2020-092-01 à la p. 9.

prix évalué de la soumission retenue lors du second appel d'offres, quelque temps après la clôture des soumissions¹⁹.

[21] Les deux motifs de plainte sont fondés sur des arguments et des éléments de preuve semblables, soit que les exigences liées aux deux appels d'offres sont tellement similaires qu'il semble y avoir d'autres motifs pour le lancement du second appel d'offres que celui d'apporter des modifications à l'énoncé des travaux²⁰. Toutefois, de l'avis du Tribunal, les irrégularités alléguées dans les deux motifs de plainte sont distinctes; un manque de diligence raisonnable lors de la préparation du premier appel d'offres serait dû à une erreur involontaire alors que l'annulation de l'appel d'offres afin de procéder au marchandage de soumissions serait une décision volontaire de la part de CDC.

[22] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que le premier motif de plainte, qui faisait l'objet de l'opposition présentée par GPE à CDC le 3 février 2021, est hors délai. Le Tribunal conclut en outre que le second motif de plainte, qui faisait l'objet de l'opposition présentée par GPE à CDC le 1^{er} mars 2021, est prématuré. Le Tribunal n'enquêtera donc pas en ce moment.

Le premier motif de plainte est hors délai

[23] Comme susmentionné, le 18 décembre 2020, CDC a accusé réception de la proposition de GPE et l'a informée que le premier appel d'offres avait été annulé étant donné un changement visant l'énoncé des travaux. Le 29 janvier 2021, le deuxième appel d'offres a été lancé pour le projet.

[24] GPE soutient qu'à la lecture des documents du second appel d'offres, il était évident que les renseignements supplémentaires qui y figuraient avaient été disponibles à CDC lors du premier appel d'offres. GPE fait valoir que CDC détenait donc tous les renseignements qui auraient dû servir à l'élaboration de l'énoncé des travaux lors du premier appel d'offres, et ce, à la lumière des exigences qui ont finalement figuré dans les documents du second appel d'offres. GPE est d'avis que ces faits indiquent « un manque de diligence raisonnable de la part de CDC dans le cadre de cet appel d'offres²¹ » [traduction]. Selon le Tribunal, la date où GPE a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la présente plainte est donc, au plus tôt, le 29 janvier 2021.

[25] Dans un courriel transmis à CDC le 3 février 2021, GPE a demandé pourquoi le premier appel d'offres a été annulé, notant que les exigences figurant dans le second appel d'offres paraissent nettement semblables à celles du premier. Le même jour, lors de communications subséquentes par courriel et par téléphone, GPE a demandé, à plusieurs reprises, de recevoir une explication de la part de CDC quant aux motifs qui avaient entraîné l'annulation du premier appel d'offres. Dans son dernier courriel en date du 3 février, transmis à CDC à 15 h 57, GPE a donné un aperçu des motifs avancés par CDC lors d'un appel téléphonique, qui justifient le lancement du second appel d'offres, notamment les motifs qui suivent :

¹⁹ *Ibid.* à la p. 10.

²⁰ *Ibid.* aux p. 9-10.

²¹ Pièce PR-2020-092-01 à la p. 9.

- Le premier appel d'offres a été annulé à cause d'inquiétudes au sujet de la responsabilité environnementale liée à des permis et au sujet de la possibilité que les travaux d'enlèvement des arbres n'entrent pas dans la portée du permis original associé au premier appel d'offres.
- Le second appel d'offres, et le permis environnemental qui y était associé, étaient fondés sur une nouvelle méthode de travail qui allégeait la responsabilité de CDC et du soumissionnaire retenu en précisant clairement les exigences liées à l'enlèvement des arbres plutôt que d'exiger que les 1 450 arbres soient évalués individuellement, comme il était prévu dans le cadre du premier appel d'offres.
- Dans le cadre du deuxième appel d'offres, le soumissionnaire retenu devait effectuer l'enlèvement des arbres se trouvant au-dessus d'une certaine altitude dans chacune des régions désignées, « à la discrétion des consultants intérimaires de CDC (biologiste, arboriculteur) » [traduction], plutôt que d'évaluer chaque arbre soi-même.
- Les travaux devant être exécutés dans certaines régions avaient été annulés en raison de préoccupations environnementales déjà soulevées, alors que l'exigence voulant que de la machinerie lourde soit utilisée a été remplacée par l'exigence selon laquelle les travaux devaient être effectués à la main par souci de l'environnement²².

[26] Dans une lettre adressée à GPE en date du 9 février 2021, CDC a affirmé que même si « ce n'est pas la pratique habituelle de CDC d'annuler des appels d'offres » [traduction], une analyse plus poussée des risques associés au premier appel d'offres a permis de cerner certaines questions environnementales; étant donné l'étendue des changements qui devaient être apportés au dossier de l'appel d'offres initial, il est devenu nécessaire d'annuler ce premier appel d'offres et d'en lancer un second. CDC a terminé sa lettre en ajoutant « j'espère que ceci répondra à vos préoccupations concernant l'annulation du projet GW300138_73754²³ » [traduction].

[27] Le Tribunal est d'avis que GPE a présenté une opposition à CDC le 3 février 2021, dans le délai prescrit au paragraphe 6(2) du *Règlement*, soit dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il aurait pu découvrir les faits à l'origine de la plainte soit, au plus tôt, le 29 janvier 2021. Toutefois, le Tribunal conclut aussi que la réponse de CDC du 9 février 2021 (dans laquelle il présente les motifs de l'annulation du premier appel d'offres et indique que CDC ne prévoit pas réexaminer sa position, sans donner davantage d'explications) constitue le refus de réparation demandée par GPE dans son opposition présentée le 3 février 2021. En vertu du paragraphe 6(2), GPE avait donc 10 jours ouvrables à partir du 9 février 2021 pour déposer sa plainte à ce motif auprès du Tribunal. GPE a déposé sa plainte auprès du Tribunal le 5 mars 2021, soit 18 jours ouvrables suivant le 9 février 2021. Le Tribunal conclut donc que GPE a déposé son motif de plainte, selon lequel CDC avait manqué de diligence raisonnable relativement au premier appel d'offres, en dehors des délais prescrits dans le *Règlement*. Le Tribunal fait remarquer qu'il aurait été du même avis si la plainte initiale de GPE, reçue par le Tribunal le 3 mars 2021, avait été jugée conforme et avait été déposée à cette date.

²² *Ibid.* à la p. 17.

²³ *Ibid.* aux p. 13, 18.

Le second motif de plainte est prématuré

[28] Le second appel d'offres a pris fin le 16 février 2021. GPE soutient qu'elle s'est mise à avoir des soupçons quand elle a constaté les résultats officieux de l'appel d'offres, y compris le montant de la soumission retenue, qui avaient été affichés sur MERX. Dans sa plainte, GPE a indiqué que les soumissionnaires non retenus ne sont pas avisés s'ils n'ont pas remporté le marché, mais qu'ils doivent plutôt consulter le site Web de MERX pour apprendre les résultats, qui sont affichés peu de temps après la clôture des soumissions²⁴. Bien que GPE n'ait pas indiqué à quelle date elle avait accédé aux résultats sur MERX, il est raisonnable de conclure qu'elle l'aurait fait, dans les meilleurs délais, peu de temps après le 16 février 2021, soit la date de la clôture des soumissions.

[29] Le 1^{er} mars 2021, GPE a transmis une lettre à DCC dans laquelle elle demandait des éclaircissements au sujet de la procédure des marchés publics, y compris l'annulation du premier appel d'offres et l'évaluation du soumissionnaire le moins-disant dans le cadre du second appel d'offres, et alléguait que le soumissionnaire le moins-disant avait présenté une soumission non conforme. Le Tribunal conclut que cette opposition, présentée neuf jours ouvrables suivant la date où GPE a découvert les faits à l'origine de la plainte, soit au plus tôt le 16 février 2021, respectait les délais prescrits au paragraphe 6(2) du *Règlement*. Toutefois, le Tribunal conclut en outre que la plainte de GPE déposée à ce motif, avant d'avoir reçu une réponse de CDC, était prématurée.

[30] Le fournisseur potentiel qui a présenté une opposition à l'institution fédérale responsable du marché dans les délais prescrits 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 refus²⁵. De l'avis du Tribunal, TPSGC n'a pas encore refusé réparation à GPE. Rien n'indique que CDC a répondu à l'opposition présentée par GPE le 1^{er} mars 2021. GPE ne sait donc pas encore si CDC répondra à son opposition ou refusera la réparation qu'elle demande.

[31] Le Tribunal considère habituellement qu'il est raisonnable pour une partie plaignante d'interpréter l'absence de réponse de la part de l'institution fédérale, après un délai raisonnable, comme étant un refus de réparation²⁶. Selon la pratique récente du Tribunal, un délai de 30 jours à partir du moment où les motifs sont rendus à l'égard de sa décision de rejeter la plainte, est raisonnable²⁷.

[32] Le Tribunal considère donc que le motif de plainte faisant l'objet de l'opposition présentée par GPE le 1^{er} mars 2021 est prématuré et il n'enquêtera donc pas en ce moment.

Délai pour toute nouvelle plainte

[33] Une fois que GPE aura reçu l'explication demandée, elle pourra déposer une nouvelle plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables qui suivent, si elle s'estime toujours lésée.

[34] Subsidiairement, si DCC ne fournit pas l'explication demandée dans un délai raisonnable, GPE pourra également déposer une nouvelle plainte auprès du Tribunal. Dans ces circonstances, le Tribunal considère qu'un délai raisonnable est de 30 jours à compter de la publication des présents

²⁴ Pièce PR-2020-092-01A aux p. 2-3.

²⁵ Paragraphe 6(2) du *Règlement*.

²⁶ *M.D. Charlton Company Limited* (28 mai 2014), PR-2014-014 (TCCE) au par. 5.

²⁷ *Terrapure* (20 mai 2020), PR-2020-006 (TCCE) au par. 18, citant *Kaméléons & cie Solutions Design inc.* (26 novembre 2019), PR-2019-047 (TCCE).

motifs, après quoi GPE pourra interpréter l'absence d'explication comme étant un refus de réparation. CDC aurait alors 10 jours ouvrables à compter de la date de publication des présents motifs pour déposer une nouvelle plainte auprès du Tribunal.

[35] Quel que soit le cas, si GPE décide de déposer une nouvelle plainte, elle peut demander que les documents déjà versés au dossier de la présente plainte soient joints à la nouvelle plainte.

DÉCISION

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

Peter Burn

Peter Burn

Membre président