



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2021-005

9324-3566 Quebec Inc.

*Décision prise
le mercredi 5 mai 2021*

*Décision et motifs rendus
le mercredi 19 mai 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

9324-3566 QUEBEC INC.

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 a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

Cheryl Beckett

Cheryl Beckett

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.

[2] La présente plainte concerne un marché public (appel d'offres n° Doc2485987608) lancé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) en vue de l'approvisionnement en couvre visage en tissu dans le cadre de la réponse du Canada à la pandémie de COVID-19³.

[3] La présente plainte porte sur la décision de TPSGC de ne pas se prévaloir de son option d'acquérir des unités en plus de la quantité (minimale) ferme d'unités prévue aux termes du contrat. La partie plaignante soutient que TPSGC a injustement rejeté les échantillons qu'elle a fournis au motif qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences techniques énoncées dans le contrat, et que les spécifications techniques sont impossibles à remplir.

[4] À titre de mesure corrective, la partie plaignante demande une indemnité pour perte de profits.

CONTEXTE

[5] Le 4 septembre 2020, la partie plaignante a obtenu un contrat à la suite de l'appel d'offres visant la fourniture de 250 000 unités (la quantité ferme), qui était assorti d'une option permettant au gouvernement d'acheter deux millions d'unités supplémentaires (la quantité optionnelle). La livraison et le paiement des unités de la quantité ferme ont été effectués en novembre 2020.

[6] Le 5 novembre 2020, la partie plaignante a proposé que TPSGC envisage de revoir les spécifications techniques de sorte que les unités de la quantité optionnelle comprennent une troisième épaisseur en polypropylène, pour tenir compte de l'évolution des directives de santé publique⁴.

[7] Le 9 mars 2021, TPSGC a demandé à la partie plaignante de confirmer si elle accepterait de fournir les masques modifiés à trois épaisseurs à titre d'unités de la quantité optionnelle au même prix que les masques à deux épaisseurs déjà livrés. Les pièces confidentielles jointes à la plainte montrent que TPSGC a informé la partie plaignante que les masques modifiés devraient satisfaire aux spécifications techniques originales énoncées dans le contrat, sauf en ce qui concerne l'épaisseur

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

² DORS/93-602 [*Règlement*].

³ Appel d'offres, en ligne : <<https://achatsetventes.gc.ca/donnees-sur-l-approvisionnement/appels-d-offres/PW-20-00918955>>.

⁴ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 3; pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 10.

de polypropylène supplémentaire⁵. Le dossier indique également que la partie plaignante a accepté de fournir les unités de la quantité optionnelle conformément à ces modalités⁶.

[8] Le 19 mars 2021, la partie plaignante a fourni un échantillon de masques à trois épaisseurs⁷.

[9] Le 25 mars 2021, TPSGC a demandé deux échantillons supplémentaires d'une autre taille⁸. Le 26 mars 2021, la partie plaignante a fourni les deux échantillons supplémentaires à TPSGC.

[10] Le 31 mars 2021, TPSGC a informé la partie plaignante que ses échantillons avaient été jugés non conformes aux spécifications techniques énoncées dans le contrat et que, par conséquent, il ne procéderait pas à une modification du contrat pour acquérir les unités de la quantité optionnelle auprès de l'entreprise. La partie plaignante a répondu à TPSGC le jour même et a sollicité l'autorisation de soumettre des échantillons différents pour qu'ils soient testés de nouveau⁹.

[11] Le 1^{er} avril 2021, la partie plaignante a envoyé des photos d'échantillons à TPSGC par courriel, faisant valoir que ceux-ci étaient conformes aux spécifications. Le jour même, TPSGC a répondu qu'il était trop tard pour soumettre des échantillons à des fins d'évaluation¹⁰.

[12] Le 1^{er} avril 2021, la partie plaignante a communiqué avec le Bureau de l'ombudsman de l'approvisionnement (BOA), qui l'a renvoyée au bureau du Programme de gestion des conflits d'ordre commercial (PGCC) de TPSGC¹¹.

[13] Le 6 avril 2021, la partie plaignante a communiqué avec le bureau du PGCC au sujet de sa plainte. Le 16 avril 2021, le bureau du PGCC a informé la partie plaignante que l'autorité contractante avait refusé de participer au processus de règlement volontaire des différends¹².

[14] Le 16 avril 2021, la partie plaignante a aussi communiqué avec le Bureau des petites et moyennes entreprises de TPSGC, qui l'a conseillée au sujet de ses possibilités de recours auprès du Tribunal.

[15] Le 30 avril et le 3 mai 2021, la partie plaignante a présenté sa plainte au Tribunal. Le 3 mai 2021, le Tribunal a écrit à la partie plaignante pour lui demander des renseignements supplémentaires afin que la plainte puisse être considérée comme complète. Le 4 mai 2021, la partie plaignante a présenté les renseignements supplémentaires. Le 5 mai 2021, le Tribunal a reconnu que la plainte était complète.

⁵ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 3; pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 12.

⁶ Pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 14.

⁷ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 3; pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 18.

⁸ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 4.

⁹ *Ibid.*; pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 4.

¹⁰ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 4; pièce PR-2021-005-01C (protégée) aux p. 5-6.

¹¹ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 4; pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 9.

¹² Pièce PR-2021-005-01B à la p. 4; pièce PR-2021-005-01A (protégée) à la p. 27.

ANALYSE

La plainte se rapporte à l'administration du contrat

[16] La *Loi sur le TCCE* et le *Règlement* permettent à un fournisseur potentiel de déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique. En appliquant ces dispositions, le Tribunal a fait une distinction importante entre la procédure de passation des marchés publics et l'administration des contrats. La procédure de passation d'un marché public débute au moment où une institution fédérale décide des produits ou services à acquérir et se poursuit jusqu'à l'attribution du marché. L'administration d'un contrat est une étape distincte qui se déroule après l'adjudication du marché. Elle porte sur les questions soulevées lors de l'exécution et de la gestion du contrat. Le Tribunal a clairement indiqué que les questions d'administration de contrats ne relèvent pas de sa compétence¹³.

[17] Le Tribunal est d'avis que la présente plainte concerne de toute évidence l'administration des contrats. La plainte indique clairement que la partie plaignante a participé à un appel d'offres et qu'elle s'est vu attribuer un contrat aux termes de l'appel d'offres n° Doc2485987608. La partie plaignante a livré les 250 000 unités de la quantité ferme et a été payée en conséquence conformément au contrat¹⁴. Le contrat précise également que l'achat éventuel d'unités de la quantité optionnelle, qui serait officialisé par voie de modification au contrat, était laissé à la seule discrétion de l'autorité contractante¹⁵. La clause 6.5.1 du contrat (inchangée par rapport à la partie 6 de la DP énonçant les clauses du contrat subséquent) stipule que l'autorité contractante doit autoriser par écrit toute modification apportée au contrat¹⁶.

[18] La plainte indique clairement que les parties ont négocié la possibilité de modifier les spécifications techniques énoncées dans le contrat pour permettre l'ajout d'une troisième épaisseur, en plus de l'exigence relative aux deux épaisseurs établie dans les spécifications d'origine, mais qu'elles se sont autrement conformées aux spécifications techniques d'origine. La partie plaignante a fourni des échantillons des unités modifiées et, après les avoir examinés, TPSGC a établi qu'ils n'étaient pas conformes aux spécifications techniques et a refusé de procéder à une modification du contrat afin d'acquérir les unités de la quantité optionnelle.

Les modifications apportées aux spécifications techniques ne constituaient pas à un nouveau marché

[19] Le Tribunal signale que, par le passé, il a conclu que même la question du comportement adopté par l'entité contractante après l'adjudication du contrat ne concerne pas strictement l'administration des contrats. En particulier, le Tribunal a déjà conclu que le fait qu'une entité contractante accepte des biens qui ne respectent pas les exigences obligatoires de l'appel d'offres

¹³ *Newland Canada Corporation* (13 août 2020), PR-2020-011 (TCCE) au par. 11, citant *Sunny Jaura s/n Jaura Entreprises c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (21 février 2013), PR-2012-043 (TCCE) au par. 10. Voir aussi *WW-ISS Solutions Canada c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (16 décembre 2019), PR-2019-050 (TCCE) au par. 15; *Vidéotron Ltée c. Services partagés Canada* (5 octobre 2018), PR-2018-006 (TCCE) au par. 16.

¹⁴ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 3.

¹⁵ *Ibid.* aux p. 3-4; pièce PR-2021-005-01A (protégée) à la p. 25.

¹⁶ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 83.

original constituait dans les faits un nouveau marché¹⁷. Le Tribunal a envisagé cette possibilité. Cependant, pour les motifs suivants, il conclut que la modification aux spécifications techniques applicables aux unités de la quantité optionnelle ne constituait pas un nouveau marché public en l'espèce.

[20] Premièrement, la différence entre les masques à deux épaisseurs prévus dans le contrat initial et les masques à trois épaisseurs que TPSGC a demandés afin d'envisager l'acquisition de la quantité optionnelle dans le cadre d'une éventuelle modification constitue un écart beaucoup moins important par rapport aux spécifications que dans les décisions citées ci-dessus (p. ex. des clés USB en plastique plutôt qu'en acier inoxydable, ou des poteaux de soutien profilés en I plutôt que des poteaux ronds dans du gravier compacté). En fait, lorsqu'il a demandé des échantillons de masques à trois épaisseurs, TPSGC a expressément exigé que les masques modifiés satisfassent aux spécifications originales, sauf en ce qui concerne l'épaisseur supplémentaire de polypropylène¹⁸.

[21] Deuxièmement, le contrat lui-même prévoit que des changements peuvent être apportés si (et seulement si) l'autorité contractante les autorise par écrit¹⁹. Dans l'arrêt *Vidéotron*, la Cour d'appel fédérale a jugé raisonnable la conclusion du Tribunal selon laquelle les travaux acceptés par le gouvernement qui débordaient de la portée des exigences de l'appel d'offres, mais qui pouvaient possiblement s'avérer nécessaires dans le cadre des clauses particulières figurant dans le contrat, concernaient l'administration des contrats et ne constituaient pas une nouvelle procédure de marché public²⁰.

[22] Le contrat en litige dans la présente plainte est passablement moins précis en ce qui concerne les modifications possibles (et les motifs qui les justifient) que les clauses particulières dont il est question dans l'arrêt *Vidéotron*. Cela dit, le contrat prévoyait bel et bien que des modifications à l'étendue des travaux pouvaient être apportées si elles étaient autorisées par l'autorité contractante, et seulement au moyen d'une modification au contrat²¹. Comme mentionné précédemment, l'option d'acquiescer les unités supplémentaires pouvait également être exercée uniquement par voie de modification au contrat.

[23] Les modifications au contrat envisagées par la partie plaignante et par TPSGC n'avaient pas pour effet de modifier le prix et le nombre d'unités de la quantité optionnelle qui seraient acquiescées aux termes du contrat, ni les exigences techniques applicables, sauf en ce qui a trait à l'épaisseur supplémentaire de polypropylène. Finalement, le Tribunal signale que les échantillons présentés par la partie plaignante ont été rejetés parce qu'ils n'étaient pas conformes aux spécifications techniques originales. Or, TPSGC avait exigé que ces spécifications techniques originales soient respectées lorsqu'il a demandé un échantillon de masques à trois épaisseurs.

¹⁷ *Eclipsys Solutions Inc.* (21 mars 2016), PR-2015-038 (TCCE) aux par. 38-39; *Secure Computing LLC* (23 octobre 2012), PR-2012-006 (TCCE). Voir aussi *Vidéotron Ltée c. Services partagés Canada*, 2019 CAF 307 [*Vidéotron*] au par. 30; *Bell Mobilité c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (14 juillet 2008), PR-2008-008 et PR 2008-009 (TCCE) au par. 41; *Canyon Contracting* (19 septembre 2006), PR-2006-016 (TCCE) au par. 25.

¹⁸ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 3; pièce PR-2021-005-01A (protégée) à la p. 30.

¹⁹ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 83.

²⁰ Aux par. 21-30.

²¹ Pièce PR-2021-005-01B à la p. 83.

[24] Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que la modification apportée aux spécifications techniques applicables aux unités de la quantité optionnelle ne constituait pas un nouveau marché en l'espèce.

Aucune indication raisonnable de violation

[25] Subsidiairement, même si le Tribunal devait conclure que la modification aux spécifications techniques applicables aux unités de la quantité optionnelle constituait un nouveau marché, il déciderait tout de même de ne pas enquêter puisque la plainte ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation.

[26] La partie plaignante soutient que TPSGC a agi injustement en ne lui permettant pas de soumettre à nouveau des échantillons qui, selon elle, auraient été conformes aux spécifications techniques s'ils avaient été examinés. Les pièces confidentielles jointes à la plainte indiquent que la partie plaignante a demandé à plusieurs reprises à TPSGC de lui permettre de soumettre ses échantillons à nouveau, car elle avait fourni les mauvais échantillons par erreur²².

[27] Comme le Tribunal l'a déjà énoncé, il incombe au soumissionnaire de s'assurer que sa proposition est conforme à tous les éléments essentiels d'un appel d'offres²³, et il lui incombe de démontrer qu'il respecte toutes les exigences obligatoires de l'appel d'offres²⁴. Si la soumission et l'évaluation des masques à trois épaisseurs avaient bien eu lieu dans le contexte d'un nouveau marché, la partie plaignante devait s'assurer que ses propositions étaient conformes aux conditions énoncées dans l'appel d'offres. Dans ce contexte, si TPSGC avait permis à la partie plaignante de soumettre à nouveau des échantillons différents après que ses autres échantillons eurent été jugés non conformes aux exigences techniques, cela correspondrait probablement à une modification de la soumission.

Les motifs de plainte concernant les spécifications techniques ont été présentés en retard

[28] Finalement, la partie plaignante soutient que les spécifications techniques tolérant un écart d'au plus 5 p. 100 par rapport aux dimensions requises après les tests de lavage sont « impossibles²⁵ » [traduction] à respecter et « erronées et trompeuses » [traduction], que le « seuil de tolérance devrait être **différent**²⁶ » [traduction] et qu'« aucun seuil de tolérance après le lavage n'avait été précisé²⁷ » [traduction].

[29] Le Tribunal n'est pas convaincu que ces arguments montrent, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation d'un accord commercial. Si les spécifications techniques (qui s'appliquaient aussi aux unités de la quantité ferme) étaient en fait « impossibles » à respecter, le Tribunal se demande comment la partie plaignante a pu fournir des unités conformes pour répondre aux exigences applicables aux unités de la quantité ferme prévues dans le contrat. Cet argument semble aussi contredire la demande de la partie plaignante en vue de soumettre à nouveau des échantillons qui répondraient aux exigences. La partie plaignante déclare ce qui suit : « Je crois qu'on aurait dû

²² Pièce PR-2021-005-01C (protégée) aux p. 4, 7.

²³ *Ottawa Metro Towing/Metro Tow Trucks* (10 mai 2019), PR-2019-008 (TCCE) au par. 14, citant *Tektronix Canada Inc.* (20 novembre 2015), PR-2015-041 (TCCE) au par. 16.

²⁴ *Unisource Technology Inc.* (13 décembre 2013), PR-2013-027 (TCCE) au par. 16.

²⁵ Pièce PR-2021-005-01B aux p. 1-2.

²⁶ *Ibid.* à la p. 4.

²⁷ *Ibid.*

me permettre de soumettre à nouveau des échantillons, car j'étais certaine que ceux-ci seraient acceptés et qu'on m'aurait commandé les unités de la quantité optionnelle²⁸ » [traduction]. Le Tribunal ne voit pas comment la partie plaignante peut être sûre que ses échantillons répondraient aux critères d'évaluation si les spécifications techniques sont impossibles à respecter.

[30] Le Tribunal ne souscrit pas non plus à l'argument selon lequel aucun seuil de tolérance après lavage n'était précisé. Cet argument semble être contredit par la clause 5.2.2.b. de l'énoncé des besoins figurant au contrat, qui prévoit ce qui suit :

Tous les matériaux utilisés pour le couvre visage doivent pouvoir être lavés à l'eau chaude (température de lavage minimale de 40 degrés Celsius) et séchés à la machine sans dommage ni changement de forme ou de couleur pour 50 lavages.

***Des tests de lavage seront effectués²⁹.**

[Traduction]

[31] En outre, le Tribunal a énoncé à maintes reprises qu'on s'attend des soumissionnaires « qu'ils soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure », ce que la Cour d'appel fédérale a confirmé³⁰. Il incombe au soumissionnaire de s'assurer de repérer les problèmes figurant dans l'appel d'offres et de déposer une plainte en temps opportun.

[32] 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 plainte³¹.

[33] On ne sait pas exactement quand la partie plaignante a consulté la DP contenant les spécifications techniques qui figurent dans les documents d'appel d'offres, mais le Tribunal estime que cela a dû se produire à un moment donné avant la clôture de l'appel d'offres, soit le 5 août 2020³². Si les discussions visant à modifier les spécifications techniques constituaient un nouveau marché, le Tribunal estimerait que la partie plaignante connaissait les spécifications techniques en litige au moment où TPSGC l'a informée que les masques à trois épaisseurs seraient assujettis à ces exigences³³. Le dossier confidentiel indique que cette information avait été communiquée, et que la partie plaignante avait consenti à fournir des biens conformes à ces spécifications³⁴, plus de 10 jours ouvrables avant qu'elle ait présenté sa plainte le 30 avril 2021. Dans tous les cas, dans la mesure où ces arguments constituent un motif de plainte distinct, ce motif de plainte a été présenté en retard.

[34] Là encore, le Tribunal conclut que la présente plainte concerne l'administration des contrats, une question qui ne relève pas de sa compétence. Pour les motifs qui précèdent, la volonté de TPSGC

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* à la p. 94.

³⁰ *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 au par. 20.

³¹ Paragraphes 6(1) et 6(2) du *Règlement*.

³² Pièce PR-2021-005-01B à la p. 48.

³³ Pièce PR-2021-005-01C (protégée) à la p. 16.

³⁴ *Ibid.* à la p. 14.

d'accepter les unités de la quantité optionnelle assorties de spécifications techniques modifiées ne constituait pas une nouvelle procédure de passation du marché public.

[35] Cependant, même si la modification aux spécifications techniques applicables aux unités de la quantité optionnelle constituait un nouveau marché, le Tribunal conclurait que la plainte ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation d'un accord commercial, et que les motifs de plainte relatifs aux spécifications techniques ont été présentés en retard puisqu'ils n'ont pas été déposés dans le délai de 10 jours ouvrables prévu à l'article 6 du *Règlement*.

[36] Le Tribunal signale que le BOA a aiguillé la partie plaignante au bureau du PGCC de TPSGC et que la valeur du marché est supérieure aux seuils pécuniaires qui déterminent la compétence du BOA relativement à l'attribution de contrats en vue de l'acquisition de biens. Puisque le Tribunal a conclu que la présente plainte concerne l'administration des contrats, dont l'examen par le BOA n'est soumis à aucun seuil pécuniaire, il se peut que la partie plaignante puisse renvoyer la présente affaire au BOA en invoquant ce motif.

DÉCISION

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

Cheryl Beckett
Cheryl Beckett
Membre président
