



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL
CANADIEN DU
COMMERCE EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2021-053

Rohde & Schwarz Canada Inc.

*Décision prise
le mardi 23 novembre 2021*

*Décision et motifs rendus
le lundi 6 décembre 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

ROHDE & SCHWARZ CANADA 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.

Frédéric Seppey

Frédéric Seppey
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 une demande de propositions (DP) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale en vue de la fourniture d'une plateforme de messagerie à bande passante limitée pour les Forces armées canadiennes (appel d'offres n° W6369-190155/B).

[3] Rohde & Schwarz Canada Inc. (RSC) prétend qu'elle a présenté une soumission recevable dans le cadre de l'appel d'offres en cause et que TPSGC a commis une erreur en concluant que sa soumission était irrecevable.

[4] Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

CONTEXTE

[5] L'appel d'offres a été publié le 29 juin 2021, et la date de clôture initiale de l'appel d'offres était le 31 août 2021³. Cette dernière a ensuite été repoussée au 15 septembre 2021⁴, puis au 15 octobre 2021⁵. Entre le 2 juillet 2021 et le 27 septembre 2021, TPSGC a publié neuf modifications à l'appel d'offres⁶.

[6] Au plus tard à la date de clôture de l'appel d'offres, RSC a présenté sa soumission⁷.

[7] Le 21 octobre 2021, TPSGC a informé RSC que sa soumission avait été jugée irrecevable parce que sa soumission financière n'avait pas été présentée conformément à l'annexe B de la DP, intitulée « Base de paiement ». TPSGC a précisé que RSC avait ajouté la phrase suivante sous chaque tableau de l'annexe B : « L'indexation annuelle est de 3 p. 100 par an pour chaque année du contrat » [traduction]. Après avoir conclu que la soumission de RSC était irrecevable, TPSGC a informé RSC que sa soumission avait été rejetée⁸.

[8] Le 28 octobre 2021, RSC a présenté une opposition à TPSGC à ce sujet. RSC a soutenu qu'il était difficile pour les soumissionnaires de communiquer les prix des soumissions de manière précise

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

² DORS/93-602 [Règlement].

³ Pièce PR-2021-053-01 aux p. 32-88.

⁴ *Ibid.* à la p. 94.

⁵ *Ibid.* à la p. 104.

⁶ *Ibid.* aux p. 89-132.

⁷ Pièce PR-2021-053-01. A (protégée) aux p. 8-165.

⁸ Pièce PR-2021-053-01 aux p. 14-15.

et complète, et qu'elle estimait que son approche était précise et claire. RSC a également fourni une autre version de sa soumission financière qui ne faisait pas référence à l'indexation. RSC a demandé que sa soumission soit de nouveau considérée aux fins d'examen⁹.

[9] Le 8 novembre 2021, TPSGC a répondu à l'opposition de RSC. TPSGC a maintenu sa décision de rejeter la soumission de RSC parce qu'elle n'était pas recevable et a souligné qu'un soumissionnaire qui est d'avis qu'un énoncé dans la DP prête à confusion doit immédiatement demander des éclaircissements¹⁰.

[10] Le 11 novembre 2021, RSC a avisé TPSGC de son intention de déposer une plainte auprès du Tribunal et a demandé à TPSGC de fournir des précisions concernant le rejet de la soumission de RSC pour non-conformité¹¹.

[11] Le 12 novembre 2021, TPSGC a répondu à RSC. TPSGC a indiqué que la soumission de RSC n'était pas conforme aux exigences obligatoires de la DP, et plus particulièrement à l'annexe B, parce que RSC avait modifié les modalités de paiement qui s'appliqueraient si RSC se voyait attribuer un contrat. TPSGC a affirmé que le Canada a l'obligation de rejeter les soumissions non conformes et a précisé que d'autres soumissionnaires avaient présenté leur prix de manière conforme, sans indexation des prix. TPSGC a également affirmé que, « même si le Canada acceptait la soumission, il ne [connaissait] pas l'intention du soumissionnaire quant à la façon de calculer l'indexation de 3 pour cent » [traduction] et que, « [s]ans connaître l'intention, il n'y [avait] aucun moyen pour le Canada de calculer la soumission financière définitive »¹² [traduction].

[12] Le 22 novembre 2021, RSC a déposé une plainte auprès du Tribunal¹³.

ANALYSE

[13] 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 peut ouvrir une enquête si les quatre conditions suivantes sont remplies :

- (i) la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 du Règlement¹⁴;
- (ii) le plaignant est un fournisseur ou un fournisseur potentiel¹⁵;
- (iii) la plainte porte sur un contrat spécifique¹⁶;
- (iv) les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables¹⁷.

⁹ *Ibid.* aux p. 16-22.

¹⁰ *Ibid.* aux p. 23-24.

¹¹ *Ibid.* aux p. 25-26.

¹² *Ibid.* aux p. 27-30.

¹³ *Ibid.* aux p. 1-12.

¹⁴ Paragraphe 6(1) du Règlement.

¹⁵ Alinéa 7(1)a) du Règlement.

¹⁶ Alinéa 7(1)b) du Règlement.

¹⁷ Alinéa 7(1)c) du Règlement.

[14] Bien que la plainte déposée par RSC ait satisfait aux trois premières conditions, pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut qu'elle ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation des accords commerciaux applicables.

Les renseignements fournis ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation des accords commerciaux applicables

[15] Selon l'alinéa 7(1)c) du Règlement, le Tribunal doit déterminer si les renseignements fournis par le plaignant, et tout autre renseignement examiné par le Tribunal relativement à la plainte, démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables. Le Tribunal a déjà indiqué que, pour satisfaire au seuil de la « mesure raisonnable », la partie qui allègue qu'un marché n'a pas été passé conformément aux accords commerciaux applicables doit fournir des éléments de preuve à l'appui de cette allégation. Cela ne signifie pas que le plaignant dans un litige relatif à un marché public relevant de l'un des accords a le fardeau de prouver tous les faits nécessaires, comme le fait généralement un plaignant dans une affaire civile. Cependant, le plaignant doit fournir des faits ou des arguments suffisants pour démontrer, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation de l'un des accords commerciaux¹⁸.

[16] RSC allègue que sa soumission a été rejetée à tort parce qu'elle a ajouté un énoncé concernant l'indexation annuelle des prix dans chaque tableau de l'annexe B « Base de paiement ». RSC soutient qu'elle a satisfait aux exigences de la DP et, en particulier, qu'elle a présenté ses prix conformément au format et à la structure de la DP. RSC soutient que le prix demandé devait tenir compte d'un total potentiel de six ans (c'est-à-dire trois ans, et trois années d'option supplémentaires) et qu'il est pratique courante de proposer une indexation annuelle des prix demandés pour chaque année dans les projets pluriannuels. RSC soutient qu'une telle approche a déjà été prise en compte dans le tableau 3, où des taux distincts ont été spécifiquement demandés pour chacune des années pertinentes et que, par conséquent, l'énoncé qu'elle a ajouté dans le tableau 3 était simplement un énoncé de fait. RSC affirme que les tableaux 1 et 2 étaient différents du tableau 3 parce qu'ils ne prévoyaient qu'une seule case pour chaque poste et que, par conséquent, pour être cohérents avec la structure de prix fournie dans le tableau 3, il était clair que les prix des tableaux 1 et 2 devaient être indexés de la même manière. Pour ce faire, RSC a fourni un prix pour la première année (c'est-à-dire 2021) et a indiqué l'indexation fixe par année.

[17] RSC soutient que sa décision d'inclure un énoncé relatif à l'indexation a été influencée par la question 1 et la réponse 1 de la modification n° 005 qui indique ce qui suit : « [...] Le MDN s'attend à ce que les soumissionnaires fournissent ou soumettent sous forme de tableau leur schéma de prix pour un prix unitaire autonome/par an¹⁹ ». RSC soutient qu'elle a compris que cet énoncé signifiait que les soumissionnaires devaient respecter le format de tableau de la DP et ne pas fournir leur propre tableau, mais qu'elle ne pensait pas que cela excluait la possibilité de fournir une indexation annuelle. RSC soutient que l'énoncé relatif à l'indexation a donc été ajouté afin de présenter des prix sans modifier le tableau. RSC souligne qu'elle était convaincue que l'indexation annuelle des prix

¹⁸ Voir, par exemple, *SZM Promotions Inc. s/n Promocenter International* (10 septembre 2021), PR-2021-039 (TCCE) au par. 28; *Paul Pollack Personnel Ltd. s/n The Pollack Group Canada* (24 septembre 2013), PR-2013-016 (TCCE) au par. 27; *K-Lor Contractors Services Ltd.* (23 novembre 2000), PR-2000-023 (TCCE) à la p. 6.

¹⁹ Pièce PR-2021-053-01 à la p. 107.

unitaires était appropriée, et qu'à son avis, aucune question ou clarification supplémentaire n'était nécessaire.²⁰

[18] RSC soutient également qu'il y avait eu un long débat sur la façon dont les soumissionnaires devaient présenter les prix et que, malgré neuf modifications apportées à la DP, aucun tableau approximatif n'avait été fourni pour aider les soumissionnaires à calculer les prix. RSC soutient qu'en l'absence d'un tableau précis pour étayer les devis des soumissionnaires, elle croyait que la meilleure approche était de fournir des prix pour la première année et un taux d'indexation.

[19] Les dispositions pertinentes de la DP sont les suivantes²¹ :

PARTIE 3 – INSTRUCTIONS POUR LA PRÉPARATION DES SOUMISSIONS

3.1 Instructions pour la préparation des soumissions

[...]

Section II : Soumission financière

3.1.1 Les soumissionnaires doivent présenter leur soumission financière en conformité avec l'annexe B.

[...]

PARTIE 4 – PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION

[...]

4.3 Méthode d'évaluation

[...]

4.3.2 Évaluation financière

La proposition financière d'un soumissionnaire sera évaluée en fonction du tableau figurant à l'annexe B – Base de paiement.

Les totaux à l'annexe B, paragraphes 1 et 2 seront ajoutés au total des taux horaires. Le montant total en dollars des taux horaires à l'annexe B3 sera calculé en faisant une moyenne du taux horaire pour les 6 années totales, multiplié par les heures prévues du contrat d'acquisition. L'addition de ces 3 montants donnera le total de l'offre financière.

²⁰ RSC soutient également qu'il existe des politiques, publiées par le Secrétariat du Conseil du Trésor et TPSGC, respectivement, qui prévoient que l'indexation des prix est permise (voir la pièce PR-2021-053-01 à la p. 134). Le Tribunal souligne que ces politiques font référence à des dispositions qui peuvent permettre l'indexation des prix, mais n'exigent pas que de telles dispositions soient incluses. Le Tribunal précise en outre qu'en fin de compte, ce sont les modalités de ce qui est publié dans la documentation relative à l'appel d'offres qui sont pertinentes et que, de toute façon, les politiques sont des lignes directrices qui sont de nature administrative et n'ont aucun effet juridique.

²¹ Pièce PR-2021-053-01 aux p. 38, 54, 124-127.

[...]

[ANNEXE B]

[...]

BASE DE PAIEMENT**Tableau 1 : Livraison des logiciels**

L'entrepreneur sera payé aux prix calculés fixes (rendu droits acquittés [RDA] inclus – Incoterms 2010) indiqués dans le tableau ci-dessous pour les livraisons de logiciels mentionnés à l'annexe A – Énoncé des travaux.

Élément	Prix fixe ferme
Licences d'exploitation du SMBL – Biens déployés, emplacement au Canada à déterminer* (Prix par unité ou prix pour les licences illimitées, veuillez SVP Spécifier)	\$
Formation sur le SMBL et matériel associé – Biens déployés, emplacement au Canada à détermine (Entrez la ventilation des prix d'entrée des éléments de formation dans le tableau 1.1 ci-dessous. Le total des 4 éléments du tableau 1.1 doit correspondre au montant indiqué ici) (Prix par unité)	\$
Intégration des systèmes à chaque point de présence (Prix par unité)	\$
TOTAL	\$

***Veuillez consulter l'annexe A (5.2) pour connaître les emplacements possibles**

[...]

Tableau 2 : Soutien logistique intégré – Formation et fourniture de la documentation

L'entrepreneur sera payé aux prix fixes indiqués dans le tableau ci-dessous pour la formation et la fourniture de la documentation destinées au Soutien logistique intégré, comme mentionné à l'annexe A – Énoncé des travaux.

Élément	Prix fixe ferme
Documentation sur l'installation du SMBL par site (Prix par unité)	\$

Formation du SMBL (Entrez la ventilation des prix d'entrée des éléments de formation dans le tableau 2.1 ci-dessous. Le total des 4 éléments du tableau 2.1 doit correspondre au montant indiqué ici) (Prix par unité)	\$
Intégration des systèmes (Prix par unité)	\$
TOTAL	\$

[...]

**** Les frais de déplacement ne doivent pas faire partie du prix fixe ni pour la livraison de logiciels ni pour le soutien logistique intégré. Les frais de voyage seront calculés séparément selon les taux des Directives sur les voyages du Conseil national mixte (voir le paragraphe 4 ci-dessous).**

Tableau 3 : Soutien à l'autorisation de tâches (MDN 626) – Taux horaire

Une fois les tâches autorisées par le formulaire d'autorisation de tâches MDN 626, l'entrepreneur sera payé aux prix calculés fixes (RDA inclus – Incoterms 2010) indiqués dans le tableau ci-dessous selon les taux horaires associés à l'exécution des autorisations de tâches (MDN 626) approuvées.

Année du contrat d'acquisition	Taux horaire			
	Gestionnaire de projet	Ingénieur en logiciels	Rédacteur technique	Programmeur de logiciels
1	\$	\$	\$	\$
2	\$	\$	\$	\$
3	\$	\$	\$	\$
Année d'option 1	\$	\$	\$	\$
Année d'option 2	\$	\$	\$	\$
Année d'option 3	\$	\$	\$	\$
Heures prévues pour le contrat d'acquisition	750	750	750	7 500

[20] Les accords commerciaux prévoient que, pour être considérée en vue de l'adjudication d'un contrat, une soumission doit répondre aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres²².

[21] Il est bien établi qu'il incombe aux soumissionnaires de répondre et de satisfaire aux critères établis dans un appel d'offres. Le Tribunal a déjà affirmé qu'il incombe ultimement au soumissionnaire de s'assurer qu'une proposition est conforme à tous les éléments essentiels de l'appel d'offres. Le Tribunal a aussi déjà affirmé, de façon similaire, que le soumissionnaire a la responsabilité de s'assurer que sa soumission n'est pas ambiguë et qu'elle sera comprise par l'entité contractante²³. Il est également bien établi que le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs à moins que les évaluateurs ne se soient pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, qu'ils aient mal interprété la portée d'une exigence, qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non communiqués ou que l'évaluation n'ait pas été effectuée d'une manière équitable du point de vue de la procédure²⁴.

[22] Dans sa lettre du 12 novembre 2021, TPSGC fait référence à une décision antérieure du Tribunal qui portait sur une situation où un soumissionnaire s'était écarté des conditions d'un appel d'offres en présentant une soumission dont les prix dépendaient du coût du carburant²⁵. Dans l'affaire *DDI Group*, le Tribunal a conclu que rien ne démontrait, dans une mesure raisonnable, que l'évaluation de la soumission par une institution gouvernementale n'avait pas été effectuée conformément aux critères obligatoires énoncés dans le document relatif à l'appel d'offres. Dans cette affaire, le Tribunal a conclu que la demande d'arrangement en matière d'approvisionnement en cause exigeait clairement des soumissionnaires qu'ils soumettent des prix plafonds et que le plaignant n'avait pas satisfait à cette exigence.

[23] Le Tribunal reconnaît l'argument de RSC selon lequel l'affaire *DDI Group* se distingue de la présente affaire car, en l'espèce, l'indexation des prix est claire (c'est-à-dire 3 p. 100), et non conditionnelle à l'évolution du prix du carburant. Toutefois, de l'avis du Tribunal, la conclusion dans l'affaire *DDI Group* est pertinente dans la présente affaire dans la mesure où la question clé dans les deux affaires est que le plaignant n'a pas respecté la manière dont une soumission financière devait être présentée.

[24] Après avoir examiné les éléments de preuve, le Tribunal conclut que rien n'indique, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables. La DP exigeait clairement que les soumissionnaires devaient « présenter leur soumission financière en conformité avec l'annexe B²⁶ ». La DP indiquait également comment

²² Par exemple, selon l'article 515(4) de l'Accord de libre-échange canadien, pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres.

²³ Voir, par exemple, *Falcon Environmental Inc.* (22 octobre 2020), PR-2020-009 et PR-2020-022 au par. 55; *Tri-Tech Forensics Inc.* (26 mars 2018), PR-2017-064 (TCCE) au par. 20; *Raymond Chabot Grant Thornton Consulting* (25 octobre 2013), PR-2013-005 et PR-2013-008 (TCCE) au par. 37.

²⁴ Voir, par exemple, *Marine Recycling Corporation et Canadian Maritime Engineering Ltd.* (22 février 2021), PR-2020-038, PR-2020-044 et PR-2020-056 (TCCE) au par. 65; *Samson & Associates* (13 avril 2015), PR-2014-050 (TCCE) au par. 35; *Harris Corporation* (22 octobre 2018), PR-2018-016 (TCCE) au par. 21.

²⁵ *DDI Group Ltd.* (3 décembre 2008), PR-2008-036 (TCCE) [*DDI Group*] au par. 11.

²⁶ Pièce PR-2021-053-01 à la p. 38, clause 3.1.1.

les propositions financières seraient évaluées sur la base des totaux de l'annexe B²⁷. En conséquence, en présentant une soumission financière qui comprenait des énoncés concernant l'indexation annuelle des prix, RSC n'a pas présenté sa soumission financière conformément à l'annexe B, et n'a donc pas satisfait aux critères établis dans l'appel d'offres. Par conséquent, TPSGC a eu raison de juger sa soumission irrecevable²⁸.

[25] Il incombait à RSC de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa soumission afin de s'assurer qu'elle comprenait et respectait toutes les instructions de la DP. Si RSC considérait que l'une des exigences de la DP était contradictoire ou impossible à respecter, elle aurait dû demander des précisions à TPSGC plutôt que de modifier le format requis pour sa soumission financière.

[26] Par conséquent, le Tribunal conclut que l'argument de la RSC ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables.

DÉCISION

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

Frédéric Seppey

Frédéric Seppey

Membre président

²⁷ Pièce PR-2021-053-01 à la p. 54, clause 4.3.2.

²⁸ Le Tribunal précise que les entités contractantes n'ont pas l'obligation de demander des précisions, comme l'affirme RSC. Voir, par exemple, *Rock Networks* (7 août 2019), PR-2019-009 (TCCE) au par. 23; *Integrated Procurement Technologies, Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE) au par. 13. Le Tribunal souligne également que, même si TPSGC avait demandé des précisions, la suppression des énoncés concernant l'indexation des prix aurait constitué une modification de la soumission, tout comme l'ajout d'un régime d'établissement des prix présenté dans un format différent.