



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier PR-2022-033

Eight Bells Consulting Services
Incorporated

c.

Secrétariat du Conseil du Trésor

*Décision rendue
le mercredi 21 décembre 2022*

*Motifs rendus
le mercredi 11 janvier 2023*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
POSITIONS DES PARTIES	4
ANALYSE.....	5
Respect des délais	6
Qualité pour agir.....	7
Caractère théorique	8
Premier motif : La description des exigences de l'appel d'offres dans l'AME n'était pas suffisamment détaillée	9
Deuxième motif : L'AME ne limitait pas de manière déraisonnable le nombre de fournisseurs pouvant participer à l'appel d'offres	12
Troisième motif : Eight Bells n'a pas été exclue à tort de l'appel d'offres	12
MESURE CORRECTIVE	15
La gravité des irrégularités constatées dans la procédure des marchés publics	16
L'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé.....	16
L'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication	16
La bonne foi des parties.....	17
Le degré d'exécution du contrat	17
FRAIS	18
DÉCISION	19

EU ÉGARD À une plainte déposée par Eight Bells Consulting Services Incorporated aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*;

ET À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**EIGHT BELLS CONSULTING SERVICES INCORPORATED****Partie plaignante****ET****LE SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR****Institution fédérale****DÉCISION**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (Loi sur le TCCE), le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée en partie.

Aux termes de l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Eight Bells Consulting Services Incorporated une indemnité raisonnable pour les frais engagés pour répondre à la plainte, indemnité qui doit être versée par le Secrétariat du Conseil du Trésor. Conformément aux *Lignes directrices sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (Lignes directrices), le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité et du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 des Lignes directrices. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Susan Beaubien

Susan Beaubien

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal :	Susan Beaubien, membre président
Personnel du Secrétariat du Tribunal :	Nadja Momcilovic, conseillère juridique Zackery Shaver, conseiller juridique Matthew Riopelle, agent du greffe Morgan Oda, agente du greffe
Partie plaignante :	Eight Bells Consulting Services Incorporated
Institution fédérale :	Secrétariat du Conseil du Trésor
Conseillers juridiques de l'institution fédérale :	Julie St-Amour Klodiana Hito

Veillez adresser toutes les communications à :

La greffière adjointe
Téléphone : 613-993-3595
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] Eight Bells Consulting Services Incorporated (Eight Bells) a déposé une plainte concernant un appel d'offres, l'avis de marché envisagé 24062-22-363 (AME), publié par le Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT)¹.

[2] L'AME, qui a été publié le 22 juillet 2022, indiquait que le SCT avait besoin des services de trois spécialistes en approvisionnement des niveaux subalterne et supérieur possédant une attestation de sécurité de niveaux déterminés. L'appel d'offres concernait un arrangement en matière d'approvisionnement pour des services professionnels centrés sur les tâches et les solutions (SPTS) et n'était ouvert qu'aux entités qui étaient titulaires d'un arrangement en matière d'approvisionnement précédemment attribué dans le cadre de l'appel d'offres E60ZT-18TSPS et qui étaient qualifiées pour le palier 1 de la catégorie « 3.7 Spécialiste en Approvisionnement »².

[3] Quinze titulaires d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour des SPTS (titulaires d'un AMA) ont été désignés comme ayant été invités à répondre à l'appel d'offres³.

[4] Après avoir consulté l'AME tel qu'il a été publié, Eight Bells a communiqué avec le SCT le 25 juillet 2022 et lui a demandé une copie des documents d'appel d'offres rattachés à l'AME. Eight Bells a déclaré qu'elle était « titulaire d'un AMA pour des SPTS » [traduction] et qu'elle était possiblement disposée à participer au processus d'appel d'offres. Toutefois, pour évaluer son intérêt à le faire, elle avait besoin de renseignements supplémentaires concernant l'étendue des exigences de l'appel d'offres⁴.

[5] Le SCT a répondu le lendemain. Il a informé Eight Bells qu'il ne pouvait pas trouver l'entreprise sur la liste des fournisseurs approuvés pouvant participer à l'appel d'offres. Pour cette raison, le SCT a refusé « d'ajouter officiellement [l']entreprise [Eight Bells] à l'appel d'offres⁵ » [traduction]. Eight Bells a été invitée à communiquer tout autre nom commercial utilisé par l'entreprise qui était susceptible de figurer sur la liste des fournisseurs approuvés et qui pourrait correspondre aux critères de recherche utilisés par le SCT⁶.

[6] Eight Bells a demandé à nouveau une copie des documents de l'appel d'offres. D'après l'échange de courriels avec le SCT, Eight Bells savait à ce moment-là que l'appel d'offres visait à trouver deux agents d'approvisionnement de niveau supérieur et un agent d'approvisionnement de niveau subalterne pour fournir des services. Eight Bells soutenait qu'il n'était pas clair pourquoi toutes ces ressources devaient nécessairement être fournies dans le cadre d'un seul contrat. Elle semblait considérer que le problème découlait du fait que le SCT avait utilisé des critères de

¹ Pièce PR-2022-033-01.

² *Ibid.* aux p. 13–15.

³ *Ibid.* à la p. 15.

⁴ *Ibid.* aux p. 10, 17–18.

⁵ *Ibid.* à la p. 18.

⁶ *Ibid.*

recherche trop étroits pour générer une liste de fournisseurs invités à soumissionner⁷. Une copie des documents de l'appel d'offres permettrait d'éclaircir ce point⁸.

[7] Le SCT a maintenu son refus de fournir à Eight Bells une copie des documents de l'appel d'offres. Il semblait considérer qu'en demandant ces documents, Eight Bells demandait à être ajoutée à la liste des fournisseurs approuvés invités à soumissionner en réponse à l'AME, alors que Eight Bells ne répondait pas aux critères de recherche utilisés par le SCT pour établir la liste des soumissionnaires invités⁹.

[8] D'autres discussions ont eu lieu entre Eight Bells et le SCT concernant les critères de recherche. Compte tenu de ces circonstances, Eight Bells a déduit qu'elle pouvait devenir une soumissionnaire qualifiée en « apportant des changements » [traduction] aux modalités de son arrangement en matière d'approvisionnement. En effet, Eight Bells soutient que le ou vers le 1er août 2022, elle a coché deux cases supplémentaires dans sa soumission en ligne au titre de l'arrangement en matière d'approvisionnement pour indiquer qu'elle pouvait également fournir un spécialiste en approvisionnement de niveau subalterne et un spécialiste en approvisionnement de niveau intermédiaire, de sorte qu'elle « répondait » [traduction] désormais aux critères de recherche utilisés par le SCT¹⁰.

[9] Le 2 août 2022, le SCT a informé Eight Bells que les changements ne prendraient pas effet tant qu'ils n'auraient pas été examinés en tant que nouvelle soumission au titre de l'arrangement en matière d'approvisionnement¹¹. Compte tenu du temps nécessaire pour effectuer cet examen, Eight Bells ne pourrait pas être incluse en tant que soumissionnaire invitée aux fins de l'AME.

[10] Le 7 août 2022, Eight Bells a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur. Elle a demandé que les documents de l'appel d'offres relatifs à l'AME lui soient remis. Les motifs de la plainte de Eight Bells peuvent se résumer comme suit :

- i) la description des exigences de l'appel d'offres, que ce soit en ce qui concerne l'avis de projet de marché (APM)¹² ou l'AME, n'était pas détaillée comme l'exige l'article VII 2.b de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (l'AMP de l'OMC);
- ii) l'AME ne contenait pas de précisions sur les restrictions du nombre de fournisseurs ni sur les critères employés pour sélectionner le nombre limité de fournisseurs, comme l'exige l'article IX.5 de l'AMP de l'OMC;

⁷ Les critères de recherche utilisés par le SCT incluaient les spécialistes en approvisionnement des niveaux subalterne et supérieur. Comme Eight Bells n'a obtenu qu'un arrangement en matière d'approvisionnement pour les services d'agents d'approvisionnement de niveau supérieur, l'entreprise n'est pas apparue dans les résultats. Voir la pièce PR-2022-033-01 à la p. 18.

⁸ Pièce PR-2022-033-01 à la p. 18.

⁹ *Ibid.* aux p. 19–20.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 20.

¹¹ *Ibid.*

¹² Dans sa plainte, Eight Bells utilise le terme AME pour désigner l'arrangement en matière d'approvisionnement pour des SPTS, alors qu'elle utilise le terme APM pour désigner l'avis publié par le SCT qui l'a incité à demander les documents de l'appel d'offres. Les présents motifs feront donc référence à ces éléments de cette manière.

- iii) Eight Bells s'est vue écartée à tort au motif qu'il n'y avait pas suffisamment de temps pour examiner sa qualification, ce qui est contraire à l'article IX.11 de l'AMP de l'OMC¹³.

[11] En guise de mesure corrective, Eight Bells a demandé au Tribunal d'ordonner à l'autorité contractante (le SCT) de lui fournir une copie des documents de l'appel d'offres¹⁴.

[12] Le 15 août 2022, le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte de Eight Bells¹⁵.

[13] Le 20 septembre 2022, le SCT a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF)¹⁶. Ce rapport comprend des observations écrites et plusieurs pièces, notamment une copie de l'appel d'offres complet relatif à l'AME¹⁷ et un affidavit de Natasha Hickey, gestionnaire de Division des services professionnels en ligne du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), le ministère qui a établi les arrangements en matière d'approvisionnement pour des SPTS au profit de TPSGC et d'autres ministères et organismes gouvernementaux¹⁸.

[14] Dans son affidavit, Natasha Hickey a déclaré que TPSGC offrait aux fournisseurs la possibilité continue de se préqualifier dans le cadre d'une demande d'arrangement en matière d'approvisionnement (DAMA) perpétuelle, les propositions reçues étant évaluées sur une base trimestrielle renouvelable. Selon Natasha Hickey, il ne s'agit pas d'un simple processus de demande ou d'inscription, mais d'un processus d'appel d'offres concurrentiel qui nécessite l'évaluation des soumissions en fonction de deux paliers différents et d'une multiplicité de flux de ressources avec des critères connexes¹⁹.

[15] Eight Bells a répondu au RIF le 29 septembre 2022 en déposant des commentaires détaillés sur les arguments avancés par le SCT²⁰.

[16] Selon le SCT, Eight Bells avait ajouté de nouveaux éléments et élargi sa plainte en alléguant qu'en cherchant à se qualifier pour un arrangement en matière d'approvisionnement pour des spécialistes en approvisionnement des niveaux subalterne et intermédiaire, elle avait simplement « coché deux cases » [traduction] sur un formulaire, de sorte que sa demande ne constituait qu'une formalité dont l'examen et l'approbation ne devraient nécessiter que très peu de temps. Le SCT a demandé l'autorisation de déposer une réplique,²¹ notamment l'affidavit de Melody Jeaurond, directrice intérimaire de la Division des services professionnels en ligne de TPSGC²².

[17] Selon Melody Jeaurond, la soumission de Eight Bells était, pour l'essentiel, plus complexe que le simple ajout de deux cases dans un formulaire en ligne. Ce faisant, Eight Bells avait présenté à nouveau tous les documents volumineux qui avaient étayé sa proposition d'arrangement en matière d'approvisionnement relativement à une ressource de niveau supérieur. Ces documents doivent

¹³ Pièce PR-2022-033-01 à la p. 7.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 8.

¹⁵ Pièce PR-2022-033-03.

¹⁶ Pièce PR-2022-033-10.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 22.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 180.

¹⁹ *Ibid.* aux p. 180–182.

²⁰ Pièce PR-2022-033-13.

²¹ Pièce PR-2022-033-14.

²² *Ibid.* à la p. 6.

maintenant être réévalués en fonction des niveaux d'expertise supplémentaires (subalterne et intermédiaire) pour lesquels un arrangement en matière d'approvisionnement est maintenant demandé. Cette évaluation aurait lieu, conjointement avec l'examen des propositions d'autres soumissionnaires, au cours de la période d'examen actuelle relative à l'appel d'offres pour des SPTS en cours²³.

[18] Eight Bells n'a pas contesté la réplique déposée par le SCT mais a présenté d'autres commentaires en réponse²⁴. Elle a fait valoir qu'elle n'avait pas élargi la portée de sa plainte et qu'elle avait soulevé, dès le départ, que l'AME n'était pas conforme du fait qu'il ne précisait pas les critères employés pour sélectionner le nombre limité de fournisseurs invités à soumissionner. Elle a également souligné que la plainte indiquait que Eight Bells n'avait pas bénéficié d'un délai suffisant pour devenir un fournisseur qualifié. Par conséquent, Eight Bells a fait valoir que son argument selon lequel il n'était pas complexe de procéder à l'évaluation de sa proposition pour devenir un fournisseur qualifié de ressources de niveaux subalterne et intermédiaire n'était pas nouveau mais plutôt en accord avec la plainte telle qu'elle avait été déposée.

[19] Bien qu'il soit inhabituel qu'une partie présente une réplique, et encore plus une réponse à une réplique, le Tribunal a accepté le dépôt de tous ces documents, qui ont été dûment pris en considération.

POSITIONS DES PARTIES

[20] Les positions des parties peuvent se résumer brièvement comme suit.

[21] Selon Eight Bells, l'AME ne décrivait pas adéquatement le travail et les tâches à effectuer par le soumissionnaire retenu. La différenciation et la répartition des tâches à effectuer par les ressources des niveaux subalterne, intermédiaire et supérieur n'étaient pas claires. Dans la mesure où les tâches sont dissociables et réparties entre les niveaux subalterne et supérieur, Eight Bells devrait être autorisée à soumissionner pour le travail de niveau supérieur à l'égard duquel elle est titulaire d'un AMA.

[22] De plus, Eight Bells affirme que l'AME n'aborde pas les critères pour sélectionner le nombre limité de fournisseurs pouvant participer au marché.

[23] Dans la mesure où Eight Bells requiert des qualifications supplémentaires relativement à un arrangement en matière d'approvisionnement, elle affirme que le processus d'examen ne devrait être qu'une simple formalité. En n'accélérant pas le processus d'examen de la proposition de Eight Bells visant à obtenir un arrangement en matière d'approvisionnement de portée élargie, ou en n'examinant pas rapidement sa proposition, TPSGC a refusé à tort de permettre à Eight Bells de participer à l'appel d'offres au motif qu'il n'y avait pas assez de temps pour traiter et examiner sa proposition.

[24] Pour sa part, le SCT soutient que la plainte de Eight Bells n'a pas été déposée dans les délais prescrits et qu'elle est théorique et que Eight Bells n'a pas qualité pour agir. Elle conteste l'affirmation de Eight Bells selon laquelle il y a eu violation des accords commerciaux et affirme que l'appel d'offres a été correctement limité aux titulaires d'un AMA qualifiés. Comme Eight Bells

²³ *Ibid.* aux p. 6-7.

²⁴ Pièce PR-2022-033-16.

n'était pas titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement de la portée requise, elle ne pouvait pas présenter de soumission en tant que fournisseur invité et a été exclue à juste titre.

[25] Le SCT n'est pas d'accord que l'évaluation par TPSGC de la proposition de Eight Bells visant à obtenir un arrangement en matière d'approvisionnement pour les services de spécialistes en approvisionnement d'autres niveaux d'expertise est une question anodine de faible complexité qui peut être traitée sommairement et qui ne demande pas à être soumise à un examen de la portée habituelle. Les arrangements en matière d'approvisionnement sont expressément conçus pour permettre l'approvisionnement rapide et efficace de ressources en fonction des besoins. Pour que ce système fonctionne efficacement et comme prévu, il doit y avoir un processus structuré permettant d'évaluer l'afflux continu de demandes en utilisant les ressources disponibles sans porter préjudice aux marchés publics conclus avec des fournisseurs qui se sont déjà qualifiés dans le cadre de l'arrangement en matière d'approvisionnement ou sans retarder ces marchés.

[26] Le SCT demande le rejet de la plainte de Eight Bells, avec frais.

ANALYSE

[27] Dans ses observations au Tribunal, le SCT a fait valoir que la plainte de Eight Bells a été déposée en retard; que Eight Bells n'a pas qualité pour déposer cette plainte devant le Tribunal puisqu'elle n'est pas un fournisseur qualifié; et que la plainte est théorique, car Eight Bells a reçu une copie des documents de l'appel d'offres au cours de la procédure.

[28] Le pouvoir du Tribunal d'enquêter sur les marchés publics découle de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*²⁵ (Loi sur le TCCE) et du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*²⁶ (Règlement).

[29] La Loi sur le TCCE et le Règlement prévoient certaines conditions qui doivent exister pour que le Tribunal puisse enquêter sur une plainte, notamment les suivantes :

- a) la plainte doit être présentée en temps opportun;
- b) la plainte doit représenter un « contrat spécifique » au sens de la Loi sur le TCCE et du Règlement;
- c) la plainte doit être déposée par un « fournisseur potentiel » des biens et services faisant l'objet du marché;
- d) les renseignements doivent indiquer, dans une mesure raisonnable, que le marché n'a pas été passé conformément aux accords commerciaux applicables²⁷.

[30] Toutes les conditions susmentionnées doivent être réunies. Les arguments soulevés par les parties ne concernent que les conditions a), c) et d). Nul ne conteste le fait que le marché vise un « contrat spécifique ».

²⁵ L.R.C. (1985), ch. 47 (4e suppl.).

²⁶ DORS/93-602.

²⁷ Article 30.11 de la Loi sur le TCCE; article 6 du Règlement.

[31] Suivant les motifs exposés ci-après, le Tribunal conclut que Eight Bells remplit ces conditions.

Respect des délais

[32] Dans la mesure où Eight Bells soutient que l'arrangement en matière d'approvisionnement qui lui a été attribué était fondé sur un APM non conforme, le Tribunal convient avec le SCT qu'une telle plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

[33] Un fournisseur potentiel qui a présenté une opposition à une autorité contractante et à qui l'autorité contractante refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où le fournisseur potentiel a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus²⁸.

[34] L'arrangement en matière d'approvisionnement a été attribué à Eight Bells le ou vers le 17 juin 2021²⁹. La portée de cet arrangement en matière d'approvisionnement se limitait à qualifier Eight Bells pour la prestation de services d'un agent en approvisionnement de niveau supérieur. Si Eight Bells était d'avis que l'arrangement en matière d'approvisionnement aurait dû s'étendre aux services d'un agent d'approvisionnement de niveau subalterne, elle aurait dû contester l'évaluation de sa proposition à ce moment-là. Plus d'un an s'est écoulé, et Eight Bells a dépassé le délai imparti pour déposer une plainte au motif que l'arrangement en matière d'approvisionnement qui lui a été attribué aurait dû s'étendre aux services d'un agent en approvisionnement de niveau subalterne, ou qu'elle aurait dû être un fournisseur qualifié pour ces services.

[35] De plus, certains éléments de preuve donnent à penser que la portée de l'arrangement en matière d'approvisionnement qui a été attribué à Eight Bells correspondait à ce qu'elle avait effectivement demandé ou, à tout le moins, que Eight Bells était consciente que son arrangement en matière d'approvisionnement était limité à la prestation de services d'un agent en approvisionnement de niveau supérieur, étant donné qu'elle n'a pas mentionné qu'elle était titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour un autre niveau d'expertise³⁰.

[36] Dans sa plainte écrite initiale visant le SCT, Eight Bells a affirmé qu'elle ne disposait pas de renseignements suffisants, sans les documents de l'appel d'offres relatifs à l'AME, pour déterminer si les ressources des niveaux supérieur et subalterne étaient dissociables relativement à l'offre. La preuve indique que, en tant que titulaire d'un AMA pour des ressources de niveau supérieur, Eight Bells était d'avis qu'elle aurait dû être en mesure de présenter une soumission relativement à l'AME en ce qui concerne le poste de niveau supérieur seulement :

J'aimerais beaucoup participer à l'appel d'offres relativement à ce besoin. Or, je n'ai aucune idée de ce en quoi consiste réellement ce besoin. Par exemple, d'après nos échanges par courriel, je sais maintenant qu'on recherche deux agents de niveau supérieur et un agent de niveau subalterne. Selon les travaux demandés, je pourrais décider de ne pas participer à l'appel d'offres ou je pourrais avoir très envie d'y participer. Il n'y a aucune raison valable pour que vous ne me fournissiez pas une copie du document d'appel d'offres, car je suis un agent en approvisionnement de niveau supérieur titulaire d'un AMA pour des SPTS doté du

²⁸ Paragraphes 6(1) et (2) du Règlement.

²⁹ Pièce PR-2022-033-10 à la p. 181.

³⁰ *Ibid.* à la p. 187.

niveau secret suivant la FSC. La difficulté réside dans vos critères de recherche. Il n'est pas clair pourquoi les travaux exigent que l'ensemble des ressources doivent faire l'objet d'un même contrat. Je pourrais être en mesure de comprendre cette exigence si vous me communiquez l'information. Une fois de plus, je vous demande une copie du document de l'appel d'offres et de toutes les annexes et pièces jointes s'y rapportant³¹.

[Traduction]

[37] Les discussions entre Eight Bells et le SCT se sont poursuivies, et il semble que la perception de la situation par Eight Bells ait quelque peu évolué. Eight Bells serait vraisemblablement parvenue à la conclusion que les critères de recherche utilisés pour générer la liste des fournisseurs invités étaient soit arbitraires, soit indûment techniques, parce que la qualification pour la prestation d'une ressource de niveau subalterne n'était pas considérée comme étant incluse dans la qualification pour la prestation d'une ressource de niveau supérieur ou comme étant interchangeable avec cette dernière.

[38] Même si cet aspect de la plainte n'était pas prescrit, rien ne permet au Tribunal de conclure que l'évaluation de la proposition présentée par Eight Bells en réponse à l'APM était erronée. Eight Bells aurait pu décider, pour ses propres raisons, de limiter sa proposition en réponse à l'APM à la fourniture d'une ressource de niveau supérieur. Subsidiativement, elle aurait pu demander un arrangement en matière d'approvisionnement pour fournir des ressources tant de niveau supérieur que de niveau subalterne, mais n'aurait reçu l'approbation que pour la ressource de niveau supérieur. Dans le premier scénario, le fait qu'un fournisseur constate maintenant, avec le recul, que sa qualification pour fournir une ressource de niveau supérieur ne s'étend pas également aux ressources de niveau subalterne ne peut justifier des motifs rétroactifs de plainte contre l'autorité contractante alors que cette situation découle de la propre décision du fournisseur concernant la portée de l'arrangement en matière d'approvisionnement qu'il souhaitait se voir attribuer. Dans le dernier scénario, la décision de l'autorité contractante d'attribuer un arrangement en matière d'approvisionnement d'une portée plus limitée que celle demandée équivaut à une plainte concernant l'évaluation de la proposition du fournisseur. Si l'issue du processus d'évaluation avait été considérée comme insatisfaisante, il incombait à Eight Bells de déposer une plainte à ce moment-là. Il est maintenant trop tard pour le faire.

[39] En tout état de cause, le Tribunal ne dispose d'aucun élément de preuve sur ce qui s'est passé. Pour les motifs mentionnés précédemment, le Tribunal ne pourrait malgré tout être d'aucun recours.

[40] En ce qui concerne le contenu de l'AME publié le 27 juillet 2022, le Tribunal conclut que la plainte de Eight Bells a été déposée dans les délais prescrits, car elle a été présentée dans les 10 jours ouvrables suivant la décision par laquelle le SCT a refusé la réparation demandée par Eight Bells.

Qualité pour agir

[41] Le SCT soutient que Eight Bells n'a pas qualité pour déposer cette plainte parce qu'elle n'était pas un « fournisseur qualifié ». Comme Eight Bells n'était pas titulaire d'un AMA pour des

³¹ *Ibid.* à la p. 186.

spécialistes en approvisionnement des niveaux subalterne et supérieur, elle ne pouvait pas être un « fournisseur potentiel » au sens de l'article 30.1 de la Loi sur le TCCE.

[42] Le Tribunal rejette l'argument selon lequel Eight Bells n'a pas qualité pour agir. La plainte est fondée sur le fait que l'AME ne contenait pas suffisamment de renseignements pour permettre à Eight Bells de déterminer si elle pouvait présenter une proposition en vue de fournir des ressources (spécialiste de niveau supérieur) dans le cadre de l'arrangement en matière d'approvisionnement dont elle est actuellement titulaire.

[43] Par conséquent, l'objection relative à la qualité pour agir est un argument tautologique. Si les modalités de l'appel d'offres permettaient réellement de présenter une proposition divisible relativement aux ressources à fournir, un soumissionnaire potentiel tel que Eight Bells n'aurait aucun recours pour contester un appel d'offres prétendument non conforme quant à la question même de savoir si le soumissionnaire est (ou n'est pas) un « fournisseur potentiel ».

Caractère théorique

[44] Le SCT soutient également que la plainte est maintenant théorique parce que Eight Bells a reçu une copie des documents de l'appel d'offres le 15 septembre 2022, soit peu de temps après que l'entreprise a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Comme il s'agit de la mesure réparatrice demandée par Eight Bells, le SCT est d'avis que la plainte devrait être rejetée parce qu'elle est théorique.

[45] Un motif ou une instance devient théorique s'il n'y a plus de litige actuel entre les parties. Si l'instance est théorique, la cour ou le tribunal concerné conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'instruire et de trancher l'affaire. Lors de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les facteurs suivants doivent être pris en compte : 1) l'existence d'un débat contradictoire entre les parties; 2) le souci d'économie des ressources judiciaires; 3) l'intérêt qu'a le public à ce que le litige soit réglé³².

[46] En l'espèce, il subsiste un litige réel entre les parties. Les motifs soulevés dans la plainte ne se limitaient pas à l'allégation selon laquelle Eight Bells s'était vu refuser à tort une copie des documents de l'appel d'offres. Bien que c'était la demande initiale faite par Eight Bells, le fondement de la plainte semble s'être élargi et transformé, de sorte que Eight Bells s'attendrait vraisemblablement à être ajoutée à la liste des soumissionnaires invités à présenter des propositions en réponse à l'AME sur la base de l'arrangement en matière d'approvisionnement dont elle est actuellement titulaire ou à ce que les modalités de cet arrangement soient rapidement modifiées pour permettre à Eight Bells de devenir une soumissionnaire invitée. Ces motifs entrent dans le cadre de la plainte telle qu'elle a été déposée à l'origine. Ils servent à créer des questions justiciables entre les parties qui n'ont pas été résolues par la fourniture des documents de l'appel d'offres. Par conséquent, le Tribunal conclut qu'il existe toujours un litige ou un débat contradictoire entre les parties. La plainte n'est pas théorique.

³² *SoftSim Technologies Inc. c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (25 novembre 2020), PR-2020-031 (TCCE) au par. 33, faisant référence à *Borowski c. Canada (Procureur général)*, 1989 CanLII 123 (CSC), [1989] 1 RCS 342 au par. 37; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62.

[47] Le Tribunal se penche maintenant sur l'examen des trois motifs de plainte de Eight Bells³³.

[48] Selon le paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, dans son enquête, le Tribunal doit limiter 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 critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences des accords commerciaux applicables, notamment l'AMP de l'OMC et l'Accord de libre-échange canadien (ALEC)³⁴.

Premier motif : La description des exigences de l'appel d'offres dans l'AME n'était pas suffisamment détaillée

[49] Comme premier motif de plainte, Eight Bells soutient que l'AME n'est pas conforme à l'article VII 2 b) de l'AMP de l'OMC³⁵, qui prévoit ce qui suit :

Avis de marché envisagé

[...]

2. À moins que le présent accord n'en dispose autrement, chaque avis de marché envisagé comprendra :

[...]

b) une description du marché, y compris la nature et la quantité des marchandises ou des services devant faire l'objet du marché ou, dans les cas où la quantité n'est pas connue, la quantité estimée; [...]

[50] Tel qu'il a été publié, l'AME semble se limiter à la présentation d'un bref aperçu du marché public et de ses exigences. Toutefois, les documents de l'appel d'offres sous-jacents, qui contiennent tous les détails de l'appel d'offres, n'ont pas été publiés et n'ont été fournis qu'aux titulaires d'un AMA invités par le SCT.

[51] Bien que l'AME ait révélé que le SCT avait besoin de trois spécialistes en approvisionnement (des niveaux d'expertise supérieur et subalterne) et que la valeur estimative du contrat serait de 3 750 000,00 \$ (taxes applicables comprises), il ne contenait pas tous les détails dont Eight Bells avait besoin pour prendre une décision éclairée quant à sa qualification ou à sa capacité à soumissionner. Comme il est indiqué précédemment, Eight Bells semble avoir été disposée à soumissionner en tant que titulaire d'un AMA qualifié pour la fourniture d'un spécialiste en

³³ Pièce PR-2022-033-01 à la p. 7.

³⁴ La section 1.5 de l'appel d'offres du SCT indiquait que le besoin était assujéti à l'AMP de l'OMC, à l'ALEC et aux neuf accords commerciaux internationaux qui comportent des chapitres sur les marchés publics. Aux fins de la présente enquête, le Tribunal s'appuiera principalement sur les dispositions de l'AMP de l'OMC, étant donné que seules les dispositions de cet accord ont été citées par Eight Bells dans sa plainte.

³⁵ Bien que Eight Bells n'ait pas soulevé le paragraphe 506(6) de l'ALEC, il convient de souligner que cette disposition prévoit, notamment, que « [c]haque avis d'appel d'offres comprend : [...] b) une brève description du marché; c) la nature et la quantité, ou la quantité estimée, des produits ou des services devant faire l'objet du marché, à moins que ces prescriptions ne soient comprises dans la documentation relative à l'appel d'offres [...] ».

approvisionnement de niveau supérieur si, suivant l'appel d'offres, les services faisant l'objet du marché public pouvaient être fournis par plus d'un fournisseur dans le cadre de contrats distincts.

[52] De l'avis du Tribunal, il s'agit du type de question qu'une autorité contractante peut recevoir d'un soumissionnaire potentiel au cours d'un appel d'offres. Pour répondre à ce type de questions, les renseignements sont généralement mis à la disposition de tous les soumissionnaires potentiels. Eight Bells a posé cette question de manière implicite du moins lorsqu'elle a demandé une copie des documents de l'appel d'offres.

[53] Selon une interprétation téléologique, l'article VII 2 b) de l'AMP de l'OMC vise à garantir que les soumissionnaires reçoivent suffisamment de renseignements relativement à un appel d'offres pour leur permettre de prendre une décision éclairée quant à savoir s'ils peuvent raisonnablement préparer une soumission conforme ou s'il est dans leur intérêt d'entreprendre pareille démarche. Cette approche est généralement conforme aux fins du régime réglementaire régissant les marchés publics, tel qu'il est indiqué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*³⁶.

[54] Dans la présente affaire, même si toutes les particularités du marché public, telles que celles recherchées par Eight Bells, n'étaient pas précisées dans l'AME en tant que tel, les objectifs de l'article VII 2 b) seraient tout de même respectés si les documents de l'appel d'offres étaient disponibles ne serait-ce qu'au moyen d'un téléchargement ou d'un autre lien avec l'AME, ou autrement sur demande. Le SCT a refusé de le faire en l'espèce.

[55] Compte tenu des éléments de preuve, le Tribunal conclut que le SCT semble avoir agi sur la base d'une supposition erronée. Comme Eight Bells ne détenait pas d'arrangement en matière d'approvisionnement pour fournir toutes les ressources faisant l'objet de l'appel d'offres, le SCT a apparemment estimé que le fait de fournir une copie des documents d'appel d'offres reviendrait à inviter un soumissionnaire non qualifié à présenter une proposition.

[56] Or, ce n'aurait pas été le cas. Le SCT aurait pu lui transmettre les documents de l'appel d'offres en précisant que ces documents n'étaient fournis qu'à titre informatif et que cet envoi ne devait pas être considéré comme une invitation à soumissionner.

[57] En effet, les documents de l'appel d'offres visent expressément un public plus large que les titulaires d'un AMA qui ont été désignés par le SCT et qui ont reçu une invitation. L'annexe 1 de la partie 1, qui établit la liste des fournisseurs, nomme les entités invitées à soumissionner et précise ce qui suit :

Cette liste ne sera pas mise à jour si des fournisseurs supplémentaires demandent des copies de l'appel d'offres.

Seuls les titulaires d'un AMA pour des SPTS sélectionnés et actuellement titulaires d'un AMA pour des SPTS dans le cadre de la série E60ZT-18TSPS sont invités à participer à l'appel d'offres. Aucun titulaire d'un AMA ne peut déposer une soumission relativement à cet appel d'offres s'il n'a pas été invité à soumissionner. Néanmoins, les titulaires d'un AMA non invités à soumissionner qui souhaitent le faire peuvent, au plus tard cinq jours civils avant la date de clôture publiée de l'invitation à soumissionner, communiquer avec l'autorité contractante et demander qu'elle leur transmette une invitation à soumissionner. Une

³⁶ 2010 CAF 193 aux par. 21–23.

invitation leur sera alors transmise à moins que cela nuise au bon fonctionnement du processus de passation du marché. En aucun cas, le Canada ne sera obligé de reporter la date de clôture de l'invitation à soumissionner. Les titulaires d'un AMA suivants ont été initialement invités à soumissionner pour ce besoin.

Les titulaires d'un AMA qui sont invités à soumissionner en tant que coentreprise doivent présenter une soumission en tant que titulaire de l'AMA de cette coentreprise, et ne peuvent pas soumissionner en se joignant à une autre coentreprise. Toute coentreprise doit être déjà qualifiée au titre de la série E60ZT-18TSPS en tant que coentreprise au moment de la clôture de l'appel d'offres afin de pouvoir présenter une soumission³⁷.

[Traduction]

[58] Par conséquent, les modalités de l'appel d'offres prévoient clairement que les soumissionnaires qualifiés qui ne figurent pas initialement sur la liste des invités peuvent demander à être invités. Pour ce faire, ces soumissionnaires non invités doivent disposer d'une copie des documents de l'appel d'offres.

[59] L'appel d'offres prévoit l'envoi d'invitations à des soumissionnaires supplémentaires, à moins que cela nuise au bon fonctionnement du processus de passation du marché. De l'avis du Tribunal, le simple fait de recevoir les documents de l'appel d'offres ne confère pas le droit de soumissionner. Un fournisseur non invité doit malgré tout demander une invitation. L'opportunité d'envoyer pareille invitation est à la discrétion de l'autorité contractante, qui doit déterminer si l'ajout d'autres soumissionnaires perturberait indûment la procédure de passation du marché. Cette question ne se pose pas dans ces circonstances, puisque Eight Bells n'a pas eu la possibilité de demander une invitation.

[60] Cela étant dit, comme Eight Bells n'était pas pleinement qualifiée dans le cadre de l'arrangement en matière d'approvisionnement en question, elle n'aurait probablement pas reçu pareille invitation, même si elle l'avait demandée. Néanmoins, le processus suivi par le SCT a court-circuité, sur le plan pratique, le processus envisagé par les documents de l'appel d'offres. Comme la demande formulée par Eight Bells visant à obtenir les documents de l'appel d'offres a été traitée comme équivalant à une demande d'ajout à la liste des soumissionnaires invités, le processus d'ajout de soumissionnaires a été précipité sans que Eight Bells n'ait eu la possibilité de demander une invitation.

[61] Ces documents de l'appel d'offres devaient être communiqués, sur demande, à d'autres parties potentiellement intéressées, tel qu'il est indiqué dans la procédure prévue à l'annexe 1 de la partie 1, qui établit la liste des fournisseurs³⁸. Par conséquent, le Tribunal conclut que Eight Bells était en droit de recevoir les documents de l'appel d'offres. Si tous les renseignements prescrits par l'article VII 2 b) de l'AMP de l'OMC³⁹ avaient été inclus dans l'AME, ce document aurait été suffisant pour informer Eight Bells de la nature du marché. Le simple refus du SCT de fournir ces documents permet au Tribunal de conclure, quoique de manière restreinte, que le premier motif de la plainte de Eight Bells est justifié.

³⁷ Pièce PR-2022-033-10 à la p. 29.

³⁸ Pièce PR-2022-033-06.A à la p. 152.

³⁹ Ainsi que les informations énumérées au paragraphe 6 de l'article 506 de l'ALEC.

Deuxième motif : L'AME ne limitait pas de manière déraisonnable le nombre de fournisseurs pouvant participer à l'appel d'offres

[62] Comme deuxième motif de sa plainte, Eight Bells soutient que l'AME ne contenait pas de précisions sur les limitations du nombre de fournisseurs et les critères associés, contrairement à l'article IX.5 de l'AMP de l'OMC, qui est rédigé comme suit :

Article IX Article IX Qualification des fournisseurs

Systemes d'enregistrement et procédures de qualification

[...]

Appel d'offres sélectif

[...]

5. Une entité contractante autorisera tous les fournisseurs qualifiés à participer à un marché particulier, à moins qu'elle n'ait indiqué dans l'avis de marché envisagé qu'il existe une limitation concernant le nombre de fournisseurs qui seront autorisés à soumissionner ainsi que les critères employés pour sélectionner le nombre limité de fournisseurs.

[63] Pour les motifs susmentionnés, le marché public ne limitait pas le nombre de fournisseurs pouvant participer à la procédure de passation de marchés, mais il exigeait que ces fournisseurs soient qualifiés. L'obligation pour tous les soumissionnaires invités d'être des titulaires d'un AMA qualifiés crée des conditions de concurrence équitables, puisque tous les soumissionnaires potentiels doivent répondre à la même norme. L'appel d'offres définit en outre une procédure permettant à tout soumissionnaire non invité de demander une invitation à participer à l'appel d'offres. L'ensemble de ces exigences a été défini dans les documents de l'appel d'offres qui, à des fins pratiques, sont intégrés par renvoi à l'AME tel qu'il a été publié, pourvu que les documents de l'appel d'offres puissent être accessibles, par exemple par téléchargement, sur demande ou par tout autre moyen permettant de rendre tous les renseignements accessibles aux soumissionnaires potentiels susceptibles d'être intéressés.

[64] Bien que le SCT n'ait pas mis les documents de l'appel d'offres à la disposition de Eight Bells, cela ne change rien au fait que les dispositions de l'appel d'offres ne limitaient pas ou ne restreignaient pas de manière déraisonnable le nombre de soumissionnaires qui pouvaient y participer. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article IX.5 de l'AMP-OMC et le deuxième motif de la plainte doit être rejeté.

Troisième motif : Eight Bells n'a pas été exclue à tort de l'appel d'offres

[65] Quant à son troisième motif de plainte, Eight Bells soutient qu'elle a été exclue à tort de l'appel d'offres parce qu'elle n'a pas eu suffisamment de temps pour se qualifier à titre de fournisseur, ce qui va à l'encontre de l'article IX.11 de l'AGM de l'OMC, qui est rédigé en ces termes :

Article IX Qualification des fournisseurs

Systemes d'enregistrement et procédures de qualification

[...]

11. Dans les cas où un fournisseur qui n'est pas inscrit sur une liste à utilisation multiple présentera une demande de participation à un marché fondé sur une telle liste et tous les documents requis, dans le délai prévu à l'article XI:2, une entité contractante examinera la demande. L'entité contractante ne refusera pas de prendre le fournisseur en considération pour le marché au motif qu'elle n'avait pas suffisamment de temps pour examiner la demande, sauf, dans des cas exceptionnels, en raison de la complexité du marché, si elle n'est pas en mesure d'achever l'examen de la demande dans le délai autorisé pour la présentation des soumissions.

[66] Ce motif de plainte comporte deux aspects. Dans la mesure où Eight Bells cherchait à être ajoutée à la liste des soumissionnaires invités, le Tribunal est d'accord avec le SCT que le point de vue de Eight Bells selon lequel elle devrait être autorisée à présenter une soumission a été dûment pris en considération. Ce processus a pris la forme d'un échange de courriels entre Eight Bells et le SCT pendant la période du 25 juillet au 2 août 2022.

[67] Le SCT a refusé d'inviter Eight Bells à présenter une soumission parce qu'elle détenait un arrangement en matière d'approvisionnement pour fournir seulement une partie des ressources faisant l'objet du marché public. Accepter que Eight Bells puisse soumissionner dans le cadre de ce marché public dans ces conditions aurait eu pour effet de créer une inégalité entre les soumissionnaires invités et les autres soumissionnaires se qualifiant partiellement aux fins des arrangements en matière d'approvisionnement, lesquels n'auraient pas été invités ou n'auraient pas été au courant que le fait d'être titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour tous les besoins en ressources n'était pas une condition préalable. En effet, cela reviendrait à reformuler le besoin relatif à l'invitation à soumissionner pour accommoder Eight Bells, au détriment d'autres entités dans la même situation.

[68] Il n'incombe pas non plus à l'entité contractante de modifier ou d'ajuster les conditions de l'appel d'offres pour accommoder un soumissionnaire particulier. Il est bien établi qu'une entité contractante est libre de formuler l'appel d'offres de manière à répondre de façon optimale aux exigences opérationnelles⁴⁰. Dans le contexte de la présente affaire, le SCT n'était pas tenu de restructurer l'appel d'offres de manière que Eight Bells puisse présenter une soumission limitée à la prestation d'une ressource de niveau supérieur qu'elle était qualifiée de fournir suivant les modalités de l'arrangement en matière d'approvisionnement dont elle était titulaire.

[69] Eight Bells fait également valoir qu'il y a eu violation de l'article IX.11 de l'AMP de l'OMC parce que le SCT n'a pas traité sa demande d'arrangement en matière d'approvisionnement pour la ressource de niveau subalterne comme une simple formalité ou n'a pas accéléré cette demande afin qu'elle puisse être ajoutée à la liste des soumissionnaires relativement à l'AME.

[70] Fait important, cet aspect de la plainte de Eight Bells ne concerne pas l'AME en cause, mais plutôt un autre processus d'appel d'offres concurrentiel dans le cadre duquel des propositions sont

⁴⁰ Voir, par exemple, *Vaisala Oyj c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (29 décembre 2017), PR-2017-022 (TCCE) au par. 82; *2040077 Ontario Inc. s/n FDF Group* (27 août 2014), PR-2014-024 (TCCE) au par. 19; *Accent on Clarity* (13 juin 2012), PR-2012-005 (TCCE) au par. 20; *Almon Equipment Limited c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 janvier 2012), PR-2011-023 (TCCE) aux par. 60, 65, 70; *Bajai Inc.* (7 juillet 2003), PR-2003-001 (TCCE); *Eurodata Support Services Inc.* (30 juillet 2001), PR-2000-078 (TCCE).

présentées et évaluées en vue de l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement. Essentiellement, Eight Bells demande au Tribunal de conclure qu'elle devrait se voir accorder un arrangement en matière d'approvisionnement pour la ressource de niveau subalterne. Pour trancher pareille demande, le Tribunal doit se substituer aux évaluateurs de TPSGC en première instance. Or, ce n'est pas le rôle du Tribunal. Dans le cadre du régime réglementaire, le rôle du Tribunal est de surveiller l'intégrité du processus d'évaluation de l'autorité contractante et non pas de le remplacer par un autre.

[71] De plus, même si le Tribunal pouvait accepter un tel argument, il faudrait qu'il conclue que les exigences en matière de qualification pour les ressources de niveau supérieur et de niveau subalterne sont considérées comme interchangeables. Le Tribunal ne peut présumer que les exigences en matière de qualification et les compétences requises pour ces deux postes se chevauchent entièrement ou que les critères du poste de niveau subalterne ne sont qu'un sous-ensemble de ceux du poste de niveau supérieur ou qu'ils sont autrement intégrés à ceux-ci. En effet, la preuve qui a été présentée au Tribunal révèle le contraire. Dans son affidavit, Natasha Hickey indique que le processus d'examen n'est pas une simple formalité, et que l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur potentiel répond aux exigences de l'arrangement en matière d'approvisionnement présente une certaine complexité. Le Tribunal accepte son témoignage sur ces questions.

[72] Pour les mêmes raisons, le Tribunal refuse d'ordonner à TPSGC d'accélérer le traitement de la demande de Eight Bells visant à obtenir un arrangement en matière d'approvisionnement d'une plus grande portée. Les éléments de preuve démontrent que le processus de qualification pour un arrangement en matière d'approvisionnement est ouvert et continu, et que des évaluations sont effectuées sur une base trimestrielle. Cette démarche est conforme aux exigences de l'article IX.7 de l'AMP de l'OMC, qui est rédigé en ces termes :

7. Une entité contractante pourra tenir une liste à utilisation multiple, à condition qu'un avis invitant les fournisseurs intéressés à demander leur inscription sur la liste :

[...]

b) dans les cas où il sera publié par voie électronique, soit accessible en permanence dans le média approprié indiqué à l'Appendice III.

[73] Compte tenu des éléments de preuve fournis par Natasha Hickey, accélérer la demande de Eight Bells comme s'il s'agissait d'une simple formalité aurait pour effet de créer des conditions dans lesquelles la demande de Eight Bells serait susceptible d'être examinée de manière plus superficielle ou succincte que celles des autres demandeurs. La DAMA n'est pas simplement de nature administrative. Il s'agit d'une procédure d'appel d'offres concurrentielle dans le cadre de laquelle des entités commerciales présentent des propositions démontrant leurs compétences en vue de l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement. En conséquence, cette procédure exige l'application d'un processus d'évaluation cohérent et équitable dans lequel tous les candidats sont soumis au même degré d'examen de manière uniforme.

[74] De plus, étant donné que le processus de la DAMA demeure continu et ouvert, il n'est pas déraisonnable de conclure que l'arrangement en matière d'approvisionnement limité dont Eight Bells est actuellement titulaire découle d'une décision antérieure prise par Eight Bells de s'abstenir de rechercher un arrangement en matière d'approvisionnement pour la ressource de niveau subalterne.

Si tel est le cas, tout désavantage perçu comme résultant de cette décision est en grande partie une conséquence de sa propre décision. Subsidiairement, si Eight Bells s'était vue refuser l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour le poste de niveau subalterne dans le cadre d'une demande antérieure, il n'aurait pas été permis de traiter une nouvelle demande comme s'il s'agissait d'une formalité dans le cadre d'un processus d'examen tronqué pour contourner ou annuler ce refus.

[75] De plus, le délai proposé pour examiner la demande de Eight Bells pour l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour les services d'un spécialiste de niveau subalterne est généralement conforme au délai qui a été nécessaire pour examiner la demande de Eight Bells pour l'arrangement en matière d'approvisionnement dont elle est actuellement titulaire, tout comme au délai qui a été nécessaire pour examiner les demandes des soumissionnaires concurrents. Pour cette raison, le Tribunal ne peut conclure que le délai proposé pour l'examen de la nouvelle proposition présentée par Eight Bells pour l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement en ressources de niveaux subalterne et intermédiaire est déraisonnable.

[76] Compte tenu de ce qui précède, le troisième motif de plainte de Eight Bells est rejeté.

MESURE CORRECTIVE

[77] Étant donné que le Tribunal a déterminé que le premier motif de plainte de Eight Bells, selon lequel la description des exigences de l'appel d'offres dans l'AME n'était pas conforme, était valide, il doit maintenant se pencher sur la question de la mesure corrective. Le paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE énumère les mesures correctives que le Tribunal peut prendre à l'égard d'un plaignant. La disposition est rédigée en ces termes :

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :

- a) un nouvel appel d'offres;
- b) la réévaluation des soumissions présentées;
- c) la résiliation du contrat spécifique;
- d) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;
- e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.

[78] Lorsqu'il recommande une mesure corrective, le Tribunal est tenu de prendre en considération les facteurs précisés au paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, qui est ainsi libellé :

(3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

- c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- d) la bonne foi des parties;
- e) le degré d'exécution du contrat.

La gravité des irrégularités constatées dans la procédure des marchés publics

[79] L'irrégularité constatée en l'espèce n'a pas eu d'incidence importante sur la nature concurrentielle de la procédure de passation du marché public. Bien qu'il s'agissait d'une erreur de procédure due au fait que des renseignements n'ont pas été fournis en temps utile, cela ne changeait rien au fait que Eight Bells n'était pas titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement de la portée requise au titre duquel elle aurait été autorisée à présenter une proposition.

L'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé

[80] Comme Eight Bells n'aurait pas pu présenter de proposition même si les documents de l'appel d'offres avaient été fournis rapidement à sa demande, le Tribunal est d'avis qu'elle n'a pas subi de préjudice.

[81] Pour les motifs susmentionnés, il y aurait eu un risque de préjudice potentiel pour les autres soumissionnaires si les modalités de l'appel d'offres avaient été modifiées rétroactivement pour permettre à Eight Bells de présenter une proposition visant à fournir une partie des ressources dans le cadre du marché public (ressource en approvisionnement de niveau supérieur) ou pour accélérer la demande de Eight Bells dans le cadre de l'appel d'offres pour des SPTS en ce qui concerne l'attribution d'un arrangement en matière d'approvisionnement pour des ressources de niveau intermédiaire et de niveau subalterne. Un tel résultat aurait eu pour effet de placer Eight Bells dans une position préférentielle par rapport aux autres participants à la phase trimestrielle de l'appel d'offres pour des SPTS en cours en vue de se qualifier au titre de l'arrangement en matière d'approvisionnement.

L'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication

[82] Il est dans l'intérêt public de veiller à ce que l'achat de biens et de services à l'aide de fonds publics soit équitable et transparent. Pour ce faire, la procédure de passation du marché public doit être empreinte d'intégrité et d'efficacité.

[83] Le Tribunal ne voit aucun élément de preuve qui montre que les irrégularités sont attribuables à un vice endémique ou majeur dans le cadre de passation des marchés. Comme il est mentionné précédemment, le Tribunal est persuadé que le SCT a commis une erreur procédurale. Il a correctement souligné que Eight Bells n'était pas qualifiée pour soumissionner parce qu'elle n'était pas titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement de la portée requise par l'appel d'offres. Au lieu de fournir les documents de l'appel d'offres en incluant une mise en garde à cet effet et de traiter ensuite toute demande subséquente et formelle présentée par Eight Bells visant à obtenir une invitation à soumissionner, le SCT a confondu les étapes de la procédure.

[84] À la lumière de ce qui précède, le Tribunal n'est pas convaincu que l'intégrité ou l'efficacité du mécanisme d'adjudication a été sensiblement compromise ou a subi un préjudice important.

La bonne foi des parties

[85] La bonne foi et l'honnêteté des fonctionnaires chargés de surveiller la procédure de passation des marchés publics sont présumées⁴¹. Il n'y a aucun élément de preuve permettant de réfuter cette présomption. Bien qu'une erreur ait été commise, le Tribunal est convaincu, d'après la correspondance, que les parties ont agi de bonne foi tout au long du processus. Le SCT n'a pas cherché délibérément ou intentionnellement à désavantager Eight Bells.

Le degré d'exécution du contrat

[86] Toute proposition que Eight Bells aurait présentée, après avoir été ajoutée ou non à la liste des soumissionnaires invités, aurait été rejetée parce que l'entreprise n'est pas titulaire d'un arrangement en matière d'approvisionnement de la portée requise. Par conséquent, l'attribution du contrat à un autre soumissionnaire et la mesure dans laquelle ce contrat a déjà été exécuté, le cas échéant, n'ont aucun poids dans ces circonstances.

[87] Il serait donc exagéré pour le Tribunal de recommander que le contrat existant soit résilié et qu'un nouvel appel d'offres soit lancé pour le contrat désigné.

[88] Comme Eight Bells n'a pas présenté de soumission et n'était pas autorisée à le faire, il n'y a pas de raison pour le Tribunal d'ordonner une réévaluation des soumissions, et il n'y a pas non plus de preuve démontrant que les soumissions qui ont été reçues ont été évaluées incorrectement. Pour la même raison, le Tribunal conclut qu'il serait inapproprié de recommander que le contrat soit attribué à Eight Bells.

[89] Par conséquent, il reste au Tribunal à envisager le versement d'une indemnité conformément à l'alinéa 30.15(2)e) de la Loi sur le TCCE, qui confère au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de mesure corrective⁴².

[90] Comme Eight Bells n'a pas préparé de soumission conforme à l'AME, elle n'a pas engagé de frais liés à la préparation d'une soumission qui devraient faire l'objet d'une indemnité. Elle ne devrait pas non plus recevoir d'indemnité pour les frais liés à la préparation d'une soumission pour la soumission qu'elle a présentée en vue d'obtenir un arrangement en matière d'approvisionnement d'une portée élargie; il s'agit d'une procédure de passation de marché public distincte et aucun élément de preuve n'indique que la soumission de Eight Bells ne sera pas prise en considération de manière adéquate. De plus, de son propre aveu, l'effort déployé par Eight Bells en vue de présenter une proposition relativement à l'arrangement en matière d'approvisionnement élargi a été minimal, bien que la preuve indique⁴³ que TPSGC procédera à un examen complet relativement à l'arrangement en matière d'approvisionnement pour les ressources des niveaux subalterne et intermédiaire.

[91] Dans l'examen d'une mesure corrective prévue au paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit garder à l'esprit l'importance pour les soumissionnaires potentiels d'avoir

⁴¹ *MasterBedroom Inc.* (28 juin 2017), PR-2017-017 (TCCE) au par. 12; *GESFORM International* (26 mai 2014), PR-2014-012 (TCCE) aux par. 15–16.

⁴² Voir, par exemple, *Systèmes Equinox Inc. c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2012 CAF 51.

⁴³ Pièce PR-2022-033-14 aux p. 6–7.

confiance en l'intégrité du système de passation des marchés publics. Ce principe a été expliqué ainsi par la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services* :

[22] Bien qu'il exerce des fonctions de nature essentiellement juridictionnelle lorsqu'il fait enquête sur les plaintes de soumissionnaires de marchés publics dont la proposition n'a pas été retenue et qui disent avoir été traités inéquitablement, le TCCE doit exercer ses pouvoirs en vue de, notamment, préserver la confiance des soumissionnaires éventuels en l'intégrité du système de passation des marchés publics. La perte de confiance aurait un effet préjudiciable sur l'aspect concurrentiel du processus d'appel d'offres. Il ne faut donc pas postuler que le pouvoir qu'a le TCCE de recommander l'indemnisation ne peut être exercé qu'en fonction des principes de common law⁴⁴.

[92] Après avoir soupesé les facteurs pertinents exposés précédemment, le Tribunal conclut que les préoccupations systémiques envisagées par le paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE ne plaident pas en faveur du versement d'une indemnité pécuniaire, mesure qui serait disproportionnée au regard des faits de l'espèce.

[93] Eight Bells a déjà obtenu réparation pour la seule mesure corrective qu'elle a demandée, à savoir une copie des documents de l'appel d'offres. Compte tenu des motifs susmentionnés et des dispositions du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal conclut qu'aucune autre mesure corrective ne devrait être accordée.

FRAIS

[94] La loi confère au Tribunal un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'adjudication des frais dans le cadre d'un litige relatif à un marché public. L'exercice de ce pouvoir doit être fondé sur des principes, et tenir compte des circonstances de l'affaire en question.

[95] Le Tribunal est également conscient des principes généraux selon lesquels les frais suivent habituellement l'issue de la cause et que les parties assument généralement leurs propres frais lorsqu'elles ont partiellement gain de cause.

[96] Toutefois, en l'espèce, le Tribunal considère que le dépôt de la plainte aurait pu être entièrement évité si le SCT avait accepté de fournir à Eight Bells des copies des documents d'appel d'offres, tel qu'elle l'avait initialement demandé. Comme il a été mentionné précédemment, il est possible que le SCT ait refusé de transmettre ces documents à Eight Bells parce qu'il croyait à tort que la fourniture des documents de l'appel d'offres aurait eu pour effet de conférer à Eight Bells la qualité de soumissionnaire invité, alors qu'elle n'était pas qualifiée.

[97] Néanmoins, le Tribunal est d'avis que le refus de fournir les documents de l'appel d'offres était déraisonnable et a créé un sentiment d'injustice chez Eight Bells qui a continué à s'intensifier, ce qui a donné lieu à des motifs de plainte supplémentaires.

[98] Pour ces motifs, et dans ces circonstances quelque peu inhabituelles, le Tribunal est parvenu à la conclusion préliminaire et provisoire que Eight Bells devrait se voir accorder les frais qu'elle a engagés pour préparer et déposer sa plainte devant le Tribunal, lesquels doivent être payés par le SCT. Étant donné que les questions n'étaient pas particulièrement complexes et que le volume des

⁴⁴ 2007 CAF 176 au par. 22.

documents était relativement modeste, le Tribunal détermine provisoirement que les frais liés à l'enquête correspondent au degré 1 des Lignes directrices sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public (Lignes directrices), qui prévoit un montant fixe de 1 150 \$.

DÉCISION

[99] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que la plainte est fondée en partie.

[100] Aux termes de l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Eight Bells une indemnité raisonnable pour les frais engagés pour répondre à la plainte, indemnité qui doit être versée par le SCT. Conformément aux Lignes directrices, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 1 et que le montant de l'indemnité est de 1 150 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité et du montant de l'indemnité, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 des Lignes directrices. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Susan Beaubien

Susan D. Beaubien

Membre président