



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier PR-2022-044

HKK International

*Décision prise
le jeudi 15 septembre 2022*

*Décision et motifs rendus
le mercredi 28 septembre 2022*

EU ÉGARD À une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

PAR

HKK INTERNATIONAL

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.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (Loi sur le TCCE), tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*² (Règlement), 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] Cette plainte a été déposée par HKK International (HKK) concernant une demande de propositions (DP) (appel d'offres 21120-224987/A) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du Service correctionnel du Canada pour l'achat de bottes de sécurité pour détenus.

[3] HKK allègue que TPSGC n'a pas évalué la soumission de HKK conformément aux critères d'évaluation publiés de l'appel d'offres, ce qui a fait en sorte que la soumission de HKK a été jugée non conforme à une exigence obligatoire et déclarée non recevable.

[4] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

CONTEXTE

[5] La DP a été publiée le 8 mars 2022 et la date de clôture était le 3 mai 2022. Cette dernière a ensuite été repoussée au 24 mai 2022.

[6] HKK a présenté une soumission à la date de clôture ou avant celle-ci³.

[7] Le 14 juillet 2022, TPSGC a informé HKK que sa soumission avait été jugée non recevable parce qu'elle n'était pas conforme à une exigence obligatoire de l'appel d'offres quant à la présentation d'échantillons préalables à l'adjudication. TPSGC a indiqué que l'échantillon préalable à l'adjudication soumis par HKK n'avait pas été coupé en deux dans le sens de la longueur afin de permettre la mise en œuvre du processus d'évaluation⁴.

[8] Voici les dispositions pertinentes de la DP⁵ :

Partie 4 – PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION

¹ L.R.C. (1985), ch. 47 (4e suppl.).

² DORS/93-602.

³ Pièce PR-2022-044-01 aux p. 112–129.

⁴ *Ibid.* aux p. 154–155.

⁵ *Ibid.* aux p. 61–62. L'exigence de fournir un échantillon préalable à l'adjudication a été modifiée par la modification 1 pour exiger une botte de taille 9 plutôt qu'une botte de taille 10. Voir pièce PR-2022-044-01 à la p. 94.

[...]

4.1.1.1 Critères techniques obligatoires

Échantillon(s) préalable(s) à l'adjudication et documents à l'appui

Aux fins de l'évaluation technique, pour déterminer la capacité du soumissionnaire à respecter les exigences techniques, un (1) échantillon préalable à l'adjudication des **bottes de sécurité**, les résultats d'essai et le(s) certificat(s) de conformité doivent être soumis à la date de clôture des soumissions, sans frais pour le Canada.

- Bottes de sécurité : Une (1) paire de taille 9 doit comporter une botte complète et une autre botte coupée en deux dans le sens de la longueur (de la pointe au talon) pour révéler la composition de la semelle extérieure, de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure.
- Certificats de conformité (tels que précisés à l'annexe C)

[...]

4.2.2 Méthode de sélection

Pour être déclarée recevable, une soumission doit :

- a) respecter toutes les exigences de l'appel d'offres;
- b) satisfaire à tous les critères techniques obligatoires.

Les soumissions qui ne sont pas conformes aux points a) et b) à la fin de l'évaluation des soumissions techniques seront déclarées non recevables et seront rejetées d'emblée.

[9] Les 14, 18, 19 et 21 juillet 2022, HKK a envoyé des courriels à TPSGC pour s'opposer à sa décision et soutenir que l'échantillon préalable à l'adjudication qu'elle a soumis était manifestement coupé en deux dans le sens de la longueur, de façon à ce que la composition de la semelle extérieure, de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure soit suffisamment révélée, conformément à l'exigence⁶.

[10] Le 8 août 2022, TPSGC a répondu à HKK et a indiqué que « [m]ême si la chaussure est coupée, conformément à ce qui est indiqué dans les images [en pièces jointes], elle n'est pas coupée pour révéler de façon suffisante la composition de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure de la botte » [traduction]. TPSGC a indiqué en outre que « [p]lus important encore, il était impossible [...] de prendre des mesures des composantes de la chaussure de l'échantillon fourni » [traduction] et que, par conséquent, il était impossible de confirmer que l'échantillon de HKK était conforme aux critères techniques⁷.

⁶ Pièce PR-2022-044-01 aux p. 130–142.

⁷ *Ibid.* aux p. 161–165.

[11] Les 8, 9 et 11 août 2022, HKK a envoyé d'autres courriels à TPSGC pour s'opposer à sa décision. Dans ces courriels, HKK soutient que TPSGC avait modifié la raison donnée pour le défaut de conformité de HKK (par rapport au courriel de TPSGC du 14 juillet 2022) et insinue que TPSGC a appliqué des critères d'évaluation non divulgués⁸. Par exemple, HKK fait valoir qu'il n'est écrit nulle part dans les documents de l'appel d'offres que, si un échantillon préalable à l'adjudication « n'est pas assez coupé ou n'est pas coupé à une certaine profondeur en mm ou cm » [traduction], la soumission sera déclarée non recevable⁹.

[12] Le 12 août 2022, HKK a envoyé un courriel à TPSGC afin de lui demander s'il traitait la « réponse de HKK du 8 août 2022 et la demande d'appel du 9 août 2022 et du courriel du 11 août 2022 » [traduction]¹⁰.

[13] Le 9 août 2022, HKK a déposé une première plainte auprès du Tribunal. À ce moment-là, le dialogue entre HKK et TPSGC était en cours, et le Tribunal a jugé que la plainte était prématurée¹¹.

[14] Le 24 août 2022, TPSGC a envoyé un courriel répondant aux courriels de HKK des 8, 9, 11 et 12 août 2022. Dans ce courriel, TPSGC a indiqué que « [d]ans le cadre de tous les processus de marchés publics antérieurs relatifs à ces types d'exigences, le Canada a toujours demandé qu'une botte soit coupée en deux dans le sens de la longueur (de la pointe au talon), ce qui signifie que la botte est en deux morceaux » [traduction]¹².

[15] Le 8 septembre 2022, HKK a déposé la présente plainte.

ANALYSE

[16] Conformément aux articles 6 et 7 du Règlement, après avoir reçu une plainte qui est conforme au paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine si les quatre conditions suivantes sont remplies avant de lancer une enquête :

- (i) la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 du Règlement¹³;
- (ii) le plaignant est un fournisseur potentiel¹⁴;
- (iii) la plainte porte sur un contrat spécifique¹⁵;
- (iv) les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents¹⁶.

⁸ *Ibid.* aux p. 143–151.

⁹ *Ibid.* à la p. 146.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 152.

¹¹ *HKK International* (8 septembre 2022), PR-2022-041 (TCCE) au par. 13.

¹² Pièce PR-2022-044-01 à la p. 153.

¹³ Paragraphe 6(1) du Règlement.

¹⁴ Alinéa 7(1)a) du Règlement.

¹⁵ Alinéa 7(1)b) du Règlement. L'appel d'offres publié sur Buyandsell.gc.ca indique que le marché public est assujéti à l'Accord de libre-échange canadien (ALEC), mais qu'il est exempté des accords commerciaux internationaux en raison de l'achat pour les prisons. Voir la pièce PR-2022-044-01, à la p. 49. À cet égard, le Tribunal est convaincu que le marché public est visé par l'ALEC; par conséquent, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il est visé par les accords commerciaux internationaux afin de déterminer s'il y a lieu d'enquêter.

¹⁶ Alinéa 7(1)c) du Règlement.

[17] Pour les motifs suivants, le Tribunal conclut que la plainte ne révèle aucune indication raisonnable que TPSGC a manqué à ses obligations en vertu des accords commerciaux applicables.

Aucune indication raisonnable de violation

[18] Aux termes de 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, révèlent une indication raisonnable que la procédure du marché public n'a pas été effectuée conformément à tout accord commercial qui pourrait être pertinent.

[19] Les accords commerciaux exigent que les acheteurs publics évaluent les soumissions conformément aux critères essentiels précisés dans les documents relatifs à l'appel d'offres. Les accords commerciaux prévoient aussi généralement que, pour qu'une soumission soit prise en compte pour l'adjudication du contrat, elle doit être conforme aux exigences essentielles énoncées dans les documents relatifs à l'appel d'offres et que les acheteurs publics doivent adjudger les contrats conformément aux exigences essentielles et aux critères énoncés dans les documents relatifs à l'appel d'offres¹⁷.

[20] Le Tribunal a conclu que, lorsqu'il évalue si les procédures énoncées dans les documents relatifs à l'appel d'offres ont été suivies, il doit faire preuve de retenue à l'égard des évaluateurs et n'interviendra que si une évaluation est déraisonnable, par exemple, si les évaluateurs ne se sont pas appliqués à évaluer la proposition du soumissionnaire, s'ils ont mal interprété la portée d'une exigence, s'ils n'ont pas tenu compte de renseignements essentiels fournis dans la soumission, s'ils ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou s'ils n'ont pas procédé à une évaluation équitable sur le plan de la procédure¹⁸. Le Tribunal a également conclu que, lorsqu'une évaluation est fondée sur des critères non divulgués, les acheteurs publics respecteront les accords commerciaux à condition que l'approche en matière d'évaluation soit logiquement conforme à la méthode énoncée dans les documents relatifs à l'appel d'offres ou qu'elle puisse raisonnablement être prévue par celle-ci ou en découler¹⁹.

¹⁷ Le paragraphe 509(7) de l'ALEC exige qu'un acheteur public donne aux fournisseurs tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, y compris les critères d'évaluation, et le paragraphe 515(4) indique que, pour qu'elle soit prise en compte dans le cadre d'une adjudication, une soumission doit, au moment de l'ouverture, être conforme aux exigences essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

¹⁸ Voir, par exemple, *Krav Maga Ottawa* (1^{er} juin 2022), PR-2022-010 (TCCE) au par. 24; *Beonbrand Inc.* (26 janvier 2022), PR-2021-063 (TCCE) au par. 22; *Excel Human Resources Inc. (faisant affaire sous le nom d'excellTR) c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 août 2006), PR-2005-058 (TCCE) au par. 30; *Marcomm Inc.* (11 février 2004), PR-2003-051 (TCCE) au par. 10; *ACMG Management Inc.* (5 juin 2002), PR-2001-056 (TCCE) à la p. 13.

¹⁹ *Marine Recycling Corporation* (23 décembre 2021), PR-2021-034 (TCCE) au par. 18, citant *SL Ross Environmental Research Limited c. Ministère des Pêches et des Océans* (9 avril 2021), PR-2020-073 (TCCE) au par. 48; *Marine Recycling Corporation and Canadian Maritime Engineering Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (22 janvier 2021), PR-2020-038, PR-2020-044 et PR-2020-056 (TCCE) à la p. 68; *Siemens Westinghouse Incorporated* (19 mars 2001), PR-2000-039 (TCCE), confirmé par *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 241.

[21] En ce qui a trait aux exigences obligatoires, le Tribunal a conclu qu'une stricte conformité est requise et qu'il incombe aux soumissionnaires de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de leurs propositions afin d'assurer le respect des directives de l'appel d'offres²⁰.

[22] Dans sa plainte, HKK affirme que TPSGC a mal évalué l'échantillon préalable à l'adjudication de HKK et, lorsque cette dernière s'est opposée, TPSGC s'est appuyé sur des critères d'évaluation non divulgués pour étayer sa décision. HKK formule également des allégations quant à « l'absence d'un rendement adéquat ou un mauvais rendement au travail [de TPSGC] en ce qui a trait aux compétences exigées de manière appropriée et professionnelle [...] [traduction] »²¹.

[23] HKK soutient que son échantillon préalable à l'adjudication était coupé de façon suffisante pour révéler la composition de la semelle extérieure, de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure²². HKK fait valoir que la décision de TPSGC de juger que la soumission de HKK était non recevable parce que son échantillon préalable à l'adjudication n'était pas coupé de façon suffisante pour prendre des mesures des composantes de la chaussure équivaut à des critères non divulgués. HKK soutient que les documents relatifs à l'appel d'offres font renvoi à la « composition » [traduction] et non à la prise de « mesures » [traduction]. HKK fait également valoir qu'il n'est indiqué nulle part que l'exigence selon laquelle une botte doit être coupée en deux dans le sens de la longueur (de la pointe au talon) signifie que la botte doit être divisée en deux morceaux. À cet égard, HKK soutient que les termes pertinents n'exigent pas que la partie entière ou la moitié supérieure en cuir de la botte soit également coupée en deux²³.

[24] Après avoir examiné les allégations de HKK et les éléments de preuve versés au dossier, le Tribunal conclut qu'il n'y a aucune indication raisonnable que l'évaluation de la soumission de HKK par TPSGC était incompatible avec les critères énoncés dans la DP. De l'avis du Tribunal, l'évaluation par TPSGC était logiquement conforme à la méthode énoncée dans la DP et pouvait raisonnablement découler de celle-ci, notamment à l'article 4.1.1.1 de la DP, qui exigeait « une botte complète » [traduction] et une autre botte « coupée en deux dans le sens de la longueur (de la pointe au talon) pour révéler la composition de la semelle extérieure, de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure » [traduction]. Il incombait donc à HKK de fournir un échantillon préalable à l'adjudication comprenant une botte complète et une botte coupée en deux dans le sens de la longueur (de la pointe au talon) pour révéler la composition de la semelle extérieure, de la semelle intermédiaire et de la semelle intérieure. Les évaluateurs ont raisonnablement déterminé qu'une botte qui n'était pas coupée en deux (c.-à-d. en deux morceaux) ou d'une manière qui, selon eux, ne permettait pas de prendre des mesures ne satisfaisait pas à cette exigence.

[25] Le Tribunal fait en outre observer que HKK n'aurait pas dû supposer, d'après son expérience antérieure ou autrement, que la soumission d'un échantillon préalable à l'adjudication qui comprenait une botte complète qui n'est pas coupée en deux (c.-à-d. en deux morceaux) dans le sens de la longueur (de la pointe au talon) satisfaisait à l'exigence susmentionnée. Tel qu'il est indiqué ci-

²⁰ Voir, par exemple, *Myers Automotive Group* (9 décembre 2021), PR-2021-050 (TCCE) au par. 30; *J.D. Irving, Limited s/n Chandler Sales* (16 octobre 2019), PR-2019-035 (TCCE) au par. 22.

²¹ Voir, par exemple, pièce PR-2022-044-01 à la p. 40.

²² Cette déclaration est faite dans la plainte à plusieurs reprises. Voir, par exemple, pièce PR-2022-044-01 aux p. 8, 40.

²³ Pièce PR-2022-044-01 à la p. 33. Dans sa correspondance avec TPSGC, HKK fait valoir le même argument et indique que, les années précédentes, elle a fourni des échantillons coupés de la même manière qu'en l'espèce et qu'ils ont été acceptés. Pièce PR-2022-044-01 à la p. 130. Le Tribunal fait remarquer qu'aucun élément de preuve n'a été présenté à cet effet.

dessus, les soumissionnaires doivent faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de leurs propositions afin d'assurer le respect des directives de l'appel d'offres. Si les soumissionnaires ont des doutes à l'égard des exigences d'un appel d'offres, les soumissionnaires devraient demander des précisions au début du processus et avant de présenter une soumission.

[26] Par conséquent, le Tribunal conclut que la présente plainte ne révèle pas une indication raisonnable d'une violation des 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.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président