

PROMOUVOIR L'ÉQUITÉ, L'OUVERTURE ET LA TRANSPARENCE DU  
PROCESSUS D'APPROVISIONNEMENT DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

## BUREAU DE L'OMBUDSMAN DE L'APPROVISIONNEMENT

EXAMEN D'UNE PLAINTE :

ACQUISITION DE SERVICES  
D'AFFRÈTEMENT DE  
NAVIRES PAR LE MINISTÈRE  
DES PÊCHES ET DES  
OCÉANS

AVRIL 2020



Gouvernement  
du Canada

Government  
of Canada

Canada

# Table des matières

<b>La plainte</b> .....	<b>2</b>
<b>Mandat</b> .....	<b>2</b>
<b>Chronologie des événements</b> .....	<b>3</b>
<b>Analyse et constatations</b> .....	<b>3</b>
Question : Le MPO devait-il attribuer le contrat à un fournisseur canadien? .....	3
Constatations .....	8
<b>Conclusion</b> .....	<b>9</b>

## La plainte

1. Le 24 novembre 2019, le Bureau de l'ombudsman de l'approvisionnement (BOA) a reçu une plainte écrite d'un fournisseur (le plaignant) concernant un contrat attribué par le ministère des Pêches et des Océans (MPO). Le contrat portait sur des services d'affrètement de navires pour effectuer de la surveillance acoustique océanographique et biologique. Le contrat avait une valeur de 85 000 \$ (taxes incluses) et a été octroyé le 31 octobre 2019.
2. Le MPO a communiqué au plaignant le nom du soumissionnaire retenu et de son navire. Le plaignant a avisé le MPO que le navire du soumissionnaire retenu battait pavillon étranger et il voulait contester l'octroi du contrat, estimant qu'une préférence devrait être donnée aux entreprises canadiennes pour tous les contrats du gouvernement canadien. Le MPO a répondu en donnant au plaignant les coordonnées du BOA.
3. Le présent rapport examine la question suivante soulevée par la plainte :
  - Le MPO devait-il attribuer le contrat à un fournisseur canadien?
4. Le 25 novembre 2019, le BOA a confirmé que la plainte répondait aux exigences du *Règlement concernant l'ombudsman de l'approvisionnement* (le Règlement), et la plainte a été considérée comme déposée.

## Mandat

5. L'examen de la plainte a été mené en vertu de l'alinéa 22.1(3)b) de la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* et des articles 7 à 14 inclusivement du Règlement.
6. Conformément au paragraphe 9(2) du Règlement, l'ombudsman de l'approvisionnement a demandé au MPO de fournir les documents et les renseignements nécessaires à la conduite de l'examen. La demande visait tous les documents ministériels liés à l'attribution du contrat en question, ainsi que les politiques et les lignes directrices en matière d'approvisionnement du Ministère en vigueur au moment de la demande de soumissions. L'ombudsman de l'approvisionnement a également demandé au plaignant de lui fournir tout renseignement supplémentaire n'ayant pas déjà été fourni dans le cadre de la plainte.
7. Les constatations du présent rapport sont fondées sur les documents fournis par le plaignant et le MPO, ainsi que sur des renseignements pertinents accessibles au public. Le cas échéant, la divulgation future d'autres documents ou renseignements pertinents par le plaignant ou le MPO pourrait avoir une incidence sur les constatations du présent rapport.

## Chronologie des événements

8. Le 1<sup>er</sup> octobre 2019, le MPO a envoyé une demande de propositions (DP) pour des services d'affrètement de navires à trois fournisseurs, un Canadien et deux Américains. Les soumissionnaires devaient satisfaire à douze exigences obligatoires et soumettre un prix pour deux voyages de 10 jours. Il était aussi obligatoire que le prix ne dépasse pas 99 000,00 \$ CA. La date d'échéance pour la réception des offres était le 15 octobre 2019.
9. Le MPO a reçu deux offres, y compris celle du plaignant. Les deux offres ont été jugées techniquement conformes et le soumissionnaire américain offrait le plus bas prix. Le contrat a été octroyé le 3 novembre 2019, et le 6 novembre 2019, le MPO a avisé le plaignant que le contrat ne lui était pas attribué. Quand il a appris le nom du soumissionnaire retenu et de son navire, le plaignant a informé le MPO que ce navire battait pavillon étranger et qu'il contesterait l'octroi du contrat.
10. Le 7 novembre 2019, le plaignant a communiqué avec le BOA pour soumettre sa plainte, qui a été officiellement déposée le 25 novembre 2019. Le 9 décembre 2019, le BOA a avisé le MPO et le plaignant qu'un examen officiel de la plainte aurait lieu.

## Analyse et constatations

Question : Le MPO devait-il attribuer le contrat à un fournisseur canadien?

11. Le plaignant a affirmé que le contrat n'aurait pas dû être attribué à un fournisseur non canadien alors qu'un fournisseur canadien était disponible et avait soumis une offre conforme.
12. La réponse du MPO au BOA déclarait ce qui suit :
  - le MPO avait invité un fournisseur canadien et deux fournisseurs américains parce que : 1) la valeur du besoin était inférieure au seuil monétaire des accords commerciaux; et 2) rien n'indiquait que d'autres fournisseurs canadiens pouvaient faire une offre en réponse à l'appel d'offres;
  - les soumissionnaires ont été évalués avec équité conformément à la méthode de sélection;
  - le processus d'évaluation a conclu que le fournisseur retenu avait soumis l'offre recevable la moins chère;
  - la sélection de l'entrepreneur s'est faite conformément à la méthode décrite dans la demande de soumissions.
13. La Politique des marchés du Conseil du Trésor (PMCT) est la politique faisant autorité pour la passation de marchés avec le gouvernement et elle s'applique aux ministères et aux organismes fédéraux, sauf quelques exceptions. Elle contient les exigences de la politique et renvoie aux règlements, politiques et exigences applicables à la soumission d'offres et à l'octroi de marchés. Il incombe à la plupart des ministères et organismes fédéraux, y compris le MPO, de respecter la PMCT pour s'assurer que la passation de

marchés et les activités d'approvisionnement se font correctement. La PMCT contient le passage suivant, particulièrement important pour cette plainte :

### **Article 1. Objectif de la politique**

L'objectif des marchés publics est de permettre l'acquisition de biens et de services et l'exécution de travaux de construction, d'une manière qui contribue à accroître **l'accès, la concurrence et l'équité**, qui soit la plus rentable ou, le cas échéant, la plus conforme aux intérêts de l'État et du peuple canadien. [c'est nous qui soulignons]

[...]

## **10. Appels d'offres et sélection du soumissionnaire**

### **10.1 Règlement sur les marchés de l'État**

10.1.1 Comme l'exige l'article 5 du *Règlement sur les marchés de l'État*, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres avant la conclusion de tout marché. **Le choix de l'entrepreneur en fonction des principes de la concurrence doit donc être la norme.** Comme il n'est pas toujours possible, commode ou économique d'obtenir des soumissions pour chaque marché envisagé, l'article 6 du *Règlement sur les marchés de l'État* prévoit certaines exceptions. [c'est nous qui soulignons]

[...]

### **10.2 Exceptions**

10.2.1 L'article 6 du *Règlement sur les marchés de l'État* prévoit **quatre exceptions** [c'est nous qui soulignons] permettant à l'autorité contractante de se soustraire à l'obligation de lancer un appel d'offres, à savoir :

1. les cas **d'extrême urgence** où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public; [c'est nous qui soulignons]
2. les cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas, selon le cas :
  - 25 000 \$, s'il s'agit d'un marché de fournitures,
  - 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché que doit conclure le ministre du Développement international et qui porte sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance d'un programme ou projet d'aide au développement international,
  - 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché portant sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance de la construction, de la réparation, de la rénovation ou de la restauration d'un ouvrage,
  - **40 000 \$**, s'il s'agit de tout autre marché visé par le présent règlement; [c'est nous qui soulignons]
3. les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres **ne servirait pas l'intérêt public**; [c'est nous qui soulignons]
4. les cas où le marché **ne peut être exécuté que par une seule personne ou une seule entreprise**. [c'est nous qui soulignons]

[...]

### 16.7 Passation de marchés avec des ressortissants étrangers

16.7.1 Comme il est indiqué à l'article 4.2, Exigences connexes, les marchés de services doivent rendre compte des politiques fédérales actuelles en matière de relations internationales. Lorsqu'il n'est **pas possible de combler le besoin en s'adressant à des entrepreneurs canadiens**, les marchés peuvent être adjugés à des étrangers, qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers. Lorsque l'entrepreneur étranger doit effectuer le travail au Canada, il faut observer les politiques fédérales en matière d'immigration et de santé. Il incombe à l'entrepreneur de prendre les moyens pour ce faire. [c'est nous qui soulignons]

### Analyse des articles 1, 10.1 et 16.7 de la PMCT

14. À première vue, il semble que les articles 1, 10.1 et 16.7 de la PMCT contiennent des incohérences. Comme noté ci-dessus, l'article 1 mentionne « un accès » et « une concurrence » accrus, et l'article 10.1 stipule que « la concurrence » doit être la norme. Cependant, l'article 16.7 affirme que les marchés peuvent être adjugés à des étrangers lorsqu'il n'est *pas possible* de combler le besoin en s'adressant à des entrepreneurs canadiens, ce qui pourrait être jugé contradictoire avec l'obligation de lancer un appel d'offres.
15. Une première interprétation des articles de la PMCT ci-dessus pourrait être que, lorsqu'il est possible d'attribuer un contrat à un fournisseur canadien, les fournisseurs étrangers ne devraient pas être retenus. Cela signifierait que, dans les cas où un seul fournisseur canadien est qualifié, le contrat devrait lui être attribué sans concurrence.
16. Cependant, cette première interprétation rencontre deux obstacles importants. Premièrement, un plafond monétaire serait requis (p. ex. l'exigence du MPO que le prix ne dépasse pas 99 000,00 \$ CA) pour éviter aux ministères de payer des prix exorbitants de loin supérieurs à la valeur de marché. Deuxièmement, l'article 10.2 de la PMCT (renvoyant à l'article 6 du *Règlement sur les marchés de l'État*) précise les *quatre seules exceptions* à l'obligation de lancer un appel d'offres.
17. Dans le cas examiné, aucune des quatre exceptions à l'obligation de lancer un appel d'offres ne s'applique, parce que :
  - (1) le besoin du MPO n'était pas une urgence;
  - (2) la valeur du marché était supérieure à 40 000 \$;
  - (3) nous ne pouvons pas dire que la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public;
    - N. B. : Cette exception vise surtout les cas qui intéressent les questions de sécurité, mais on peut également l'invoquer pour réduire les disparités socio-économiques importantes.
  - (4) plus d'une entreprise pouvait exécuter le contrat.
    - N. B. : L'article 10.2 de la PMCT ne distingue pas les entreprises canadiennes et les entreprises étrangères, donc le fait qu'une seule entreprise canadienne soit disponible ne permet pas au MPO d'invoquer cette exception à l'obligation de lancer un appel d'offres.

18. Par conséquent, dans le cas présent, où un seul fournisseur canadien était disponible pour fournir les services et où d'autres fournisseurs étrangers étaient aussi disponibles, le MPO ne pouvait pas se soustraire à l'obligation de lancer un appel d'offres et conclure un contrat direct avec le fournisseur canadien.
19. Puisqu'aucune exception dans l'article 10.2 de la PMCT ne s'appliquait, il semble que le MPO a correctement demandé des offres du seul fournisseur canadien connu et des deux fournisseurs américains connus, et qu'il a attribué le contrat au soumissionnaire conforme avec le prix évalué le plus bas, selon la méthode de sélection décrite dans la DP.
20. Cependant, avant de conclure l'examen, l'ombudsman doit juger si le MPO a correctement déterminé qu'il y avait un seul fournisseur canadien qualifié disponible pour fournir les services.
21. Comme le stipule le paragraphe 12(2) du Règlement : « [L]ombudsman de l'approvisionnement ne peut substituer son jugement à celui des personnes ayant participé au processus d'acquisition en cause relativement à l'évaluation de toute soumission, sauf si la preuve écrite établissant l'évaluation est insuffisante ou si l'évaluation est déraisonnable. » Bien que cette règle s'applique à l'évaluation des soumissions, elle est utile pour évaluer les actions du MPO.
22. Dans sa réponse à la plainte, le MPO a déclaré que rien n'indiquait que d'autres fournisseurs canadiens pouvaient soumettre une offre en réponse à l'appel d'offres. Le seul document justifiant cette affirmation se trouvait dans un « résumé de dossier » joint à la réponse du MPO, dans lequel l'autorité contractante du MPO disait que le responsable technique avait indiqué qu'un nombre limité de navires étaient disponibles et qu'il avait lui-même choisi les trois fournisseurs à inviter. Aucune information supplémentaire n'indiquait comment cette recherche avait été faite ni comment les trois navires avaient été choisis. Comme le MPO n'a fourni aucune information supplémentaire, il est nécessaire de voir s'il existe des informations qui montrent que d'autres fournisseurs canadiens étaient capables de combler les besoins du MPO. La soumission du plaignant ne contenait aucune information remettant en question la validité de la décision du responsable technique. De plus, aucune information accessible au public n'a été trouvée qui remettrait en question cette décision. Par conséquent, d'après l'information disponible au BOA, l'ombudsman de l'approvisionnement ne peut substituer son jugement à celui du MPO au sujet du nombre de fournisseurs canadiens qui étaient disponibles pour fournir les services.
23. Si le MPO avait fourni de l'information supplémentaire sur sa décision voulant qu'un seul fournisseur canadien était disponible, le BOA n'aurait pas eu besoin d'examiner davantage ce cas. L'article 12.3.1 de la PMCT stipule que « [l]es dossiers des achats doivent être établis et structurés de manière à faciliter la surveillance au moyen d'une piste de vérification complète qui renferme des détails au sujet des marchés liés aux décisions et aux communications pertinentes ». Dans tous les cas, les décisions concernant le bassin de fournisseurs devraient être consignées au dossier pour éviter les contestations du processus d'approvisionnement.
24. Il pourrait aussi être instructif pour le plaignant et les ministères de comprendre la façon de procéder pour les futurs marchés de services non visés par les accords de libre-échange si deux fournisseurs canadiens ou plus peuvent fournir les services.

Suivant une interprétation cohérente du texte des articles 1, 10.1, 10.2 et 16.7 de la PMCT, les ministères peuvent demander des offres seulement des fournisseurs canadiens lorsque deux d'entre eux ou plus sont capables de combler le besoin. Comme noté ci-dessus, les ministères devraient documenter et justifier suffisamment leur décision concernant le nombre de fournisseurs canadiens capables durant la phase de planification du processus d'approvisionnement. Cela facilitera le respect de leurs obligations en vertu de la PMCT.

### **Le MPO devait-il dans sa demande de propositions limiter les offres aux fournisseurs canadiens ou leur accorder une préférence?**

25. Bien que la PMCT structure et oriente la façon dont les ministères doivent passer des marchés, elle ne donne habituellement pas de détails comme le libellé de clauses ou une liste de vérification des éléments que chaque document d'appel d'offres doit contenir. Le BOA a noté que le MPO a copié certains de ces libellés de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) en intégrant les Instructions uniformisées 2003, les Conditions générales 2010B et d'autres clauses individuelles des Clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA) dans sa DP. De plus, le MPO doit tenir compte de l'article 16.7 de la PMCT (Passation de marchés avec des ressortissants étrangers) quand il choisit le processus à suivre pour l'octroi d'un contrat de services. Comme mentionné ci-dessus, cette analyse doit avoir lieu au début de la planification de l'approvisionnement en vue de déterminer le nombre de fournisseurs canadiens capables de combler le besoin.
26. Dans les circonstances actuelles, le MPO a décidé qu'un seul fournisseur canadien était capable et a ensuite correctement fait un appel d'offres. Étant donné ces faits, le MPO n'était pas obligé de limiter les soumissionnaires admissibles aux fournisseurs canadiens (c.-à-d. une entreprise canadienne), car cela n'aurait pas donné lieu à un processus concurrentiel, comme requis aux articles 10.1 et 10.2 de la PMCT.
27. Enfin, la DP avisait clairement tous les soumissionnaires potentiels que les offres de fournisseurs étrangers seraient examinées. Le texte de la DP contenait plusieurs mentions des fournisseurs étrangers, notamment les suivantes :

[Traduction]

- concernant les assurances, la section 6.13 de la DP stipule : « pour les soumissionnaires établis à l'étranger, la couverture d'assurance doit être prise avec assureur détenant une cote A.M. Best d'au moins A- »;
- le critère obligatoire O7 exige que le soumissionnaire fournisse « une copie du certificat d'immatriculation du navire auprès de Transports Canada ou du Homeland Security Department ou de la Garde côtière des États-Unis »; le critère a été changé par la modification 1 pour se lire comme suit : « Le soumissionnaire DOIT fournir une copie du formulaire d'immatriculation du navire (de Transports Canada ou l'équivalent) »;
- le critère obligatoire O9, tel que modifié, permettait aux soumissionnaires de fournir un certificat de formation de conducteur de petits bâtiments, de formation aux fonctions d'urgence en mer ou de capitaine d'un bâtiment d'une jauge brute de 60 ou plus de Transports Canada **ou l'équivalent** [c'est nous qui soulignons];
- les questions et réponses 6 et 7 de la modification mentionnaient la possibilité d'un fournisseur étranger.

**Question 6 :**

## PERMIS ET BREVETS

19) « Le navire doit posséder les brevets actuellement valides de Transports Canada pour l'usage auquel il est destiné. » Notre navire a un permis et un enregistrement auprès de la Garde côtière des États-Unis et non auprès de Transports Canada. Devons-nous obtenir une certification de TC avant la date de début du contrat? Ou les documents et l'inspection de la Garde côtière des États-Unis sont-ils suffisants?

**Réponse 6 :**

Le critère obligatoire 7 énonce : « Le soumissionnaire DOIT fournir une copie du certificat d'immatriculation du navire auprès de Transports Canada ou du Homeland Security Department ou de la Garde côtière des États-Unis. » Les documents d'enregistrement auprès de la Garde côtière des États-Unis sont suffisants.

**Question 7 :**

Taxes. Devons-nous facturer des taxes au MPO? Nous sommes une entreprise basée aux États-Unis et, à ce titre, nous ne facturons pas de taxes à notre gouvernement.

**Réponse 7 :**

Non, vous n'avez pas à facturer de taxes si vous êtes une entreprise basée aux États-Unis.

28. Comme l'indique la Cour d'appel fédérale dans le cas *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, « on s'attend à ce qu'ils [les fournisseurs potentiels] soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure. » Les CCUA mentionnées dans la DP stipulent qu'il incombe au soumissionnaire d'obtenir la clarification des exigences avant de soumettre une offre. Dans le cas présent, le plaignant n'a pas exprimé de préoccupations au sujet de l'inclusion de fournisseurs étrangers avant le 6 novembre 2019 (quand le MPO l'a informé que le contrat ne lui serait pas attribué). Si le plaignant avait des préoccupations à l'idée que le MPO accepte des offres de fournisseurs étrangers et attribue finalement le contrat à l'un d'eux, il aurait dû les communiquer au MPO avant la clôture des soumissions.

## Constatations

29. Le MPO n'avait ni l'obligation ni la permission d'éviter de lancer un appel d'offres et d'attribuer le contrat directement au plaignant, puisqu'aucune des exceptions à l'article 10.2 de la PMCT (renvoyant à l'article 6 du *Règlement sur les marchés de l'État*) permettant à l'autorité contractante de se soustraire à l'obligation de lancer un appel d'offres n'a été respectée.
30. Le MPO a correctement demandé des offres du seul fournisseur canadien et des fournisseurs étrangers supplémentaires qu'il jugeait capables de fournir les services.
31. Le MPO a correctement attribué le contrat au soumissionnaire conforme avec le prix évalué le plus bas, selon la méthode de sélection décrite dans la DP.
32. Si le plaignant avait des préoccupations à l'idée que des fournisseurs étrangers étaient invités à soumissionner, il aurait dû les communiquer au MPO avant la clôture des soumissions.

## Conclusion

33. Le MPO n'était pas obligé d'attribuer le contrat en question au plaignant. Le MPO a légitimement demandé des offres et attribué le contrat au soumissionnaire conforme avec le prix évalué le plus bas, conformément à la méthode de sélection décrite dans la DP.