



Examen d'une plainte
Acquisition des services d'un photographe hôte pour
le Sommet du G7 par Affaires mondiales Canada

Décembre 2018

TABLE DES MATIÈRES

LA PLAINTÉ	2
MANDAT	2
CONTEXTE	3
CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS	4
ANALYSE ET CONSTATATIONS	11
Question 1 – Le Ministère a-t-il attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme?	11
Analyse	11
Lois, règlements et politiques applicables	11
Exigences obligatoires	12
Évaluation des critères obligatoires par le Ministère – fournisseur retenu	13
Évaluation des critères obligatoires par le Ministère – plaignant	16
Constatation 1	17
Question 2 – Les exigences du Ministère étaient-elles divisées inutilement de manière à éviter les seuils prévus dans les accords commerciaux (c.-à-d. le fractionnement de marché)?	18
Analyse	18
Politiques applicables.....	18
Évaluation de l'allégation	18
Constatation 2	19
CONCLUSION	20
INDEMNISATION	20
RECOMMANDATION	20
AUTRES OBSERVATIONS	21
Autre observation 1 – Amélioration des soumissions	21
Autre observation 2 – Divergences dans les documents d'invitation à soumissionner	23
Autre observation 3 – Documents supprimés	24
Autre observation 4 – Divulgence proactive déficiente	25
Autre observation 5 – Méthode d'évaluation non divulguée	25

LA PLAINTÉ

1. Le 14 mai 2018, le Bureau de l'ombudsman de l'approvisionnement (BOA) a reçu une plainte écrite d'un fournisseur (le plaignant) concernant un contrat attribué par Affaires mondiales Canada (le Ministère). Le contrat concernait les services d'un photographe hôte pour le Sommet du G7 à Charlevoix, au Québec, du 7 au 9 juin 2018 (le Sommet du G7).
2. Le 16 mai 2018, le plaignant a aussi déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) concernant l'attribution du même contrat.
3. Le 29 mai 2018, l'ombudsman de l'approvisionnement a établi que le BOA n'avait pas la compétence d'examiner la plainte puisqu'elle faisait déjà l'objet d'une enquête de la part du TCCE.
4. Le 22 juin 2018, le TCCE a rendu sa décision : il n'avait pas compétence pour examiner la plainte, puisque la valeur du contrat était inférieure au seuil prévu dans l'*Accord de libre-échange du Canada* (101 100 \$ avant les taxes pour les services).
5. Le 26 juin 2018, le plaignant a déposé de nouveau, auprès du BOA, sa plainte écrite (la plainte) concernant l'attribution du contrat par le Ministère. La valeur du contrat octroyé était de 83 350 \$.
6. La plainte soulevait les questions suivantes liées à l'approvisionnement :
 1. Le Ministère avait-il attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme?
 2. Les exigences du Ministère étaient-elles divisées inutilement de manière à éviter les seuils prévus dans les accords commerciaux (c.-à-d. le fractionnement de marché)?
7. Le 11 juillet 2018, le BOA a déterminé que la plainte répondait aux exigences du *Règlement concernant l'ombudsman de l'approvisionnement* (le Règlement), et l'ombudsman de l'approvisionnement a lancé un examen.

MANDAT

8. 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.
9. Conformément au paragraphe 9(2) du Règlement, l'ombudsman de l'approvisionnement a demandé au Ministère de fournir les documents et les renseignements nécessaires à 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 aussi demandé au plaignant de fournir d'autres renseignements qui n'avaient pas été présentés dans le cadre de la plainte.

10. Les documents étaient nécessaires pour procéder à l'examen conformément au paragraphe 12(1) du Règlement, qui prévoit six facteurs que l'ombudsman de l'approvisionnement doit prendre en considération pendant un examen :
 - a) le fait que, n'eût été les actions du ministère contractant, le plaignant aurait pu avoir des chances raisonnables de se voir attribuer le marché de l'État;
 - b) la gravité du manque de conformité avec les règlements pris en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;
 - c) le défaut ou le refus du plaignant de fournir au ministère contractant des renseignements sur ses produits et services à la demande de ce dernier;
 - d) l'ampleur du préjudice subi par le plaignant;
 - e) l'ampleur des manquements à l'équité, à l'ouverture ou à la transparence du processus d'acquisition en cause;
 - f) le fait que l'une ou l'autre des parties en cause ait été de mauvaise foi.
11. Le Ministère a fourni au BOA des documents associés à l'attribution du contrat en question. Le Ministère n'a fourni aucune politique ni ligne directrice interne concernant les approvisionnements. Le plaignant a aussi fourni d'autres documents outre ceux présentés dans le cadre de la plainte.
12. Les conclusions du présent rapport sont fondées sur les documents fournis par le Ministère et par le plaignant, ainsi que sur des renseignements pertinents accessibles au public. L'omission du Ministère ou du plaignant de divulguer des documents ou des renseignements pertinents pourrait avoir une incidence sur les constatations du présent rapport.

CONTEXTE

13. Le 25 janvier 2018, une demande de propositions (demande de soumissions 1) a été lancée par le Ministère au moyen d'un processus d'appel d'offres ouvert publié sur le site [Achatsetventes.gc.ca](http://achatsetventes.gc.ca). Dans la demande de soumissions 1, on demandait les services d'un photographe hôte pour le Sommet du G7. Le Ministère n'a reçu aucune soumission.
14. Le 26 mars 2018, une deuxième demande de propositions (demande de soumissions 2) a été envoyée par courriel à six soumissionnaires éventuels qui avaient communiqué

avec le Ministère initialement afin d'exprimer leur intérêt pour la demande de soumissions 1.

15. La demande de soumissions 2 indiquait que le fournisseur serait sélectionné en fonction de la note combinée la plus élevée pour le mérite technique et le prix. La composante technique représentait 70 % de la note globale et le prix, 30 %.
16. Deux soumissions ont été reçues en réponse à la demande de soumissions 2 et elles ont toutes deux été jugées conformes par le Ministère. La note combinée du plaignant était de 73,57, et celle de l'autre soumissionnaire (le fournisseur retenu) était de 85,71. Le contrat a été attribué au fournisseur retenu.

CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

17. Le 25 mai 2017, le Ministère a émis un contrat pour les services d'un photographe en vue de couvrir l'annonce que le Sommet du G7 serait tenu à Charlevoix, au Québec, en juin 2018.
18. Le 15 juin 2017, le photographe qui a couvert l'annonce a facturé ses services au Ministère pour un total de 525,00 \$ avant les taxes.
19. Le 13 décembre 2017, le Ministère a rempli un formulaire de demande de contrat pour obtenir les services d'un photographe hôte à l'occasion du Sommet du G7. Les fonds engagés s'élevaient à 75 000 \$.
20. Le 25 janvier 2018, le Ministère a publié la demande de soumissions 1 sur le site Achatsetventes.gc.ca pour les services d'un photographe hôte à l'occasion du Sommet du G7.
21. Le 13 février 2018, la demande de soumissions 1 a été modifiée afin de retirer l'exception relative à la sécurité nationale et de la remplacer par l'applicabilité des accords de libre-échange¹. L'adresse de réception des soumissions a également été changée.
22. Le 20 février 2018, le plaignant a demandé au Ministère s'il était trop tard pour présenter une soumission en réponse à la demande de soumissions 1.

¹ L'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC), l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) et l'Accord de libre-échange canadien (ALEC).

23. Le 21 février 2018 :

- À 8 h 1, le Ministère a répondu au plaignant que la demande de soumissions 1 était toujours accessible sur le site Achatsetventes.gc.ca.
- À 9 h 9, le plaignant a interrogé le Ministère au sujet des critères obligatoires, plus précisément l'exigence d'une expérience avec de « très hautes personnalités ». Il s'est également enquis de l'exigence concernant la gestion d'une base de données de photographies du Sommet du G7. Le plaignant a indiqué qu'il voulait éviter de présenter une proposition s'il n'avait aucune chance de respecter les critères obligatoires.
- À 9 h 50, le Ministère a répondu au plaignant en le référant aux articles pertinents de la demande de soumissions 1.

24. Le 1^{er} mars 2018, à 14 h, la période de soumission pour la demande de soumissions 1 a pris fin. Aucune soumission n'a été reçue.

25. Le 2 mars 2018, à 8 h 26, le Ministère a suggéré une réunion interne visant à passer ses options en revue.

26. Le 19 mars 2018, le Ministère a confirmé que le prix maximum qu'il voulait établir pour le besoin était de 95 000 \$.

27. Le 23 mars 2018, le Ministère a rempli un deuxième formulaire de demande de contrat et engagé des fonds de 95 000 \$.

28. Le 26 mars 2018 :

- À 10 h 37, le Ministère a envoyé la demande de soumissions 2 par courriel à une liste de soumissionnaires éventuels qui avaient exprimé initialement leur intérêt pour la demande de soumissions 1. La date de clôture des soumissions pour la demande de soumissions 2 était le 5 avril 2018 à 14 h.
- À 12 h 58, le plaignant a interrogé le Ministère au sujet des différences entre les demandes de soumissions 1 et 2.

29. Le 27 mars 2018, le Ministère a répondu par courriel seulement au plaignant afin de décrire les différences entre les demandes de soumissions 1 et 2. Ces différences comprenaient le changement du plafond de dépenses, qui passait de 75 000 \$ à 95 000 \$, ainsi que des changements aux critères obligatoires.

30. Le 29 mars 2018, le fournisseur retenu a posé dix questions au Ministère au sujet de la demande de soumissions 2. Aucune réponse à ces questions n'était dans le dossier d'achat.

31. Le 1^{er} avril 2018, le Ministère a modifié la demande de soumissions 2 afin de reporter la date de clôture des soumissions de six jours civils, soit du 5 au 11 avril 2018.
32. Le 3 avril 2018, à 9 h 31, le plaignant a demandé au Ministère d'autres renseignements sur la base de données qui serait utilisée pour gérer les photographies pendant le Sommet du G7. Plus tard ce jour-là, le Ministère a répondu uniquement au plaignant, expliquant que l'on ne donnerait pas d'autres détails et qu'il reviendrait au soumissionnaire sélectionné de gérer la base de données mise en place par le Ministère.
33. Le 9 avril 2018, le plaignant a demandé « un [sic] extension de 10 @ [sic] 14 jours pour remettre le dossier ». Le même jour, le Ministère a modifié la demande de soumissions 2 afin de reporter la date de clôture des soumissions de cinq jours civils, soit du 11 au 16 avril 2018.
34. Le 13 avril 2018, à 11 h 31, la soumission du fournisseur retenu pour la demande de soumissions 2 a été reçue par le Ministère.
35. Le 16 avril 2018 :
- à 11 h 26, la soumission du plaignant pour la demande de soumissions 2 a été reçue par le Ministère.
 - à 14 h, la période de soumission pour la demande de soumissions 2 a pris fin. Les seules soumissions reçues étaient celles du plaignant et du fournisseur retenu.
36. Le 29 avril 2018 :
- À 16 h 3, le Ministère a demandé aux deux soumissionnaires des éclaircissements concernant le critère coté 2.3. Ce critère exigeait des soumissionnaires qu'ils présentent un portfolio de photographies pour chaque photographe et qu'il inclue des métadonnées concernant le nom et le type d'événement. Le Ministère a affirmé que l'équipe d'évaluation était dans l'impossibilité de visionner les métadonnées contenues dans les photographies fournies par les deux soumissionnaires. Le Ministère a affirmé ceci : « [l]'équipe d'évaluation [du Ministère] ne parvient pas à voir ces données. Nous vous demandons de bien vouloir communiquer avec nous d'ici lundi le 30 avril 14h00 (heure d'Ottawa), afin de nous valider si ces informations sont absentes. Sans réponse avant lundi 30 avril 14h00, nous évaluerons ce critère de votre proposition sans les données. »
 - À 16 h 59, le plaignant a répondu au Ministère, expliquant que les renseignements exigés au critère coté 2.3 avaient déjà été fournis dans sa présentation initiale. Le plaignant a mentionné trois logiciels qui pouvaient servir à visionner les renseignements contenus dans chaque photographie, et il a fourni

trois captures d'écran pour démontrer que les métadonnées avaient été incluses avec les photographies au moment de la présentation de la soumission.

37. Le 29 avril 2018, l'évaluation consensuelle des soumissions techniques et financières a été signée par les évaluateurs.

38. Le 30 avril 2018 :

- À 14 h 2, le fournisseur retenu a indiqué ceci au Ministère : « [j]e souhaite vous informer que la mise à jour des données des photos a été complétée pour 5 de nos photographes principaux... Il s'agit d'un travail de longue haleine et l'identification, date et lieu ont été mis dans le nom des dossiers et dans les commentaires pour chaque photo. Nous sommes en train de finaliser les 3 derniers photographes et ce sera complété d'ici 15:00. »
- À 14 h 9, le Ministère a confirmé au fournisseur retenu que l'échéance pour recevoir ces renseignements était 14 h et qu'il ne pouvait accepter de nouveaux renseignements après cette heure.
- À 14 h 20, le fournisseur retenu a répondu au Ministère, expliquant ceci : « [l]a très grande majorité des informations étaient corrigées avant 14:00 sur le Dropbox. » Il a ajouté que le Ministère aurait « suffisamment d'informations pour faire [leur] évaluation de ce critère ».
- À 22 h 32, le fournisseur retenu a précisé ceci au Ministère : « [S]uite à [leur] courriel [du 29 avril 2018], nous avons retravaillé la présentation et la description des portfolios sur la base de données Dropbox. Les informations demandées étaient initialement partiellement présentes et manquaient de clarté. Nous l'avons corrigé pour que [le Ministère puisse] faire une meilleure évaluation. La très grande majorité des informations étaient corrigées avant 14:00 sur le Dropbox. Si nécessaire, je peux vous sortir un état horodaté des correctifs pour le justifier. »

39. Le 2 mai 2018 :

- À 12 h 5, le premier de deux chargés de projet ministériels a indiqué qu'il était en mesure de visionner les métadonnées pour le critère coté 2.3.
- À 7 h 34, l'autorité contractante a demandé au deuxième chargé de projet ministériel s'il était en mesure de visionner les métadonnées dans les photographies, et l'autorité contractante a affirmé « [qu'elle] ajusterait la note en conséquence. » [Traduction]
- À 7 h 45, le premier chargé de projet ministériel a confirmé qu'il était en mesure de visionner les métadonnées pour le critère coté 2.3, pour les deux soumissions.

- À 11 h 28, le deuxième chargé de projet ministériel a affirmé qu'il avait de la difficulté à accéder aux renseignements demandés, mais que « si [l'autre chargé de projet] pouvait voir toutes les métadonnées ou y accéder, alors c'était bien. » [Traduction]

40. Le 4 mai 2018 :

- À 12 h 45, le Ministère a demandé une nouvelle proposition financière au fournisseur retenu et au plaignant : « Afin de pouvoir finaliser l'évaluation financière des propositions reçues, nous sommes dans l'obligation de vous demander de nous acheminer une nouvelle proposition financière... ». Le courriel comprenait une version modifiée de l'annexe B, Base de paiement, en pièce jointe, où il était exigé que des tarifs quotidiens soient présentés pour le nombre total de ressources et qu'ils comprennent les frais de déplacement et de subsistance. Le Ministère a fixé comme date limite le 8 mai 2018 à 14 h.
- À 13 h 28, le fournisseur retenu a confirmé au Ministère qu'il respecterait la date limite pour fournir une nouvelle proposition financière et qu'il était prêt à le faire plus tôt si une nouvelle date limite était appliquée à tous les soumissionnaires.
- À 13 h 56, le fournisseur retenu a informé le Ministère que d'après son expérience, il était réticent à faire connaître son prix avant la date d'échéance sans savoir qui en prendrait connaissance. Toutefois, vu le court délai, il a indiqué qu'il enverrait une proposition financière révisée d'ici 15 h.
- À 14 h 37, le plaignant a envoyé sa proposition financière au Ministère. Aucun changement n'a été apporté par rapport à la proposition financière initiale.
- À 14 h 58, le fournisseur retenu a envoyé sa proposition financière mise à jour au Ministère et a confirmé que les tarifs quotidiens incluaient les frais de déplacement et de subsistance pour le nombre total de ressources.

41. Le 7 mai 2018, le Ministère a envoyé une lettre afin d'informer le fournisseur retenu qu'on lui attribuerait le contrat pour les services de photographe hôte à l'occasion du Sommet du G7. La lettre indiquait ceci : « Considérant la proposition financière ajustée, reçue le 5 mai 2018 [sic], à la demande du Ministère, voici le résumé de votre évaluation technique et financière... ». La note technique était de 78 sur 98, et le prix de 49 515 \$.

42. Le 7 mai 2018, le Ministère a envoyé une lettre de refus au plaignant. La lettre comprenait la note technique du plaignant, 64 sur 98 (45,71 sur 70), la note financière de 27,86 sur 30, le nom du fournisseur retenu, la valeur du contrat attribué, soit 49 515 \$, et une offre de séance de débriefage à l'intention du plaignant en réponse à toute question ou préoccupation².

43. Le 10 mai 2018, le Ministère a tenu une séance de débriefage avec le plaignant.

² Le Ministère a calculé le prix du contrat en additionnant les taux de demi-journée, de journée complète et horaires pour les ressources.

44. Le 13 mai 2018 :

- À 6 h 47, le plaignant a avisé le Ministère de son insatisfaction à l'égard du processus d'attribution du contrat.
- À 10 h 32, le Ministère a répondu au plaignant, affirmant que les règles contractuelles applicables avaient été suivies.

45. Le 14 mai 2018, le Ministère a attribué le contrat au fournisseur retenu. Le contrat comportait la clause suivante : « la responsabilité totale du Canada envers l'entrepreneur en vertu du contrat ne doit pas dépasser la somme de 83 350.00\$ et les taxes applicables sont exclues [sic] ».

46. Le 14 mai 2018, le plaignant a déposé une plainte écrite au BOA, indiquant que la valeur du contrat était de 49 515 \$, d'après le montant figurant dans la lettre de refus qu'il avait reçue du Ministère.

47. Le 14 mai 2018, à 10 h 52, le Ministère a informé le BOA que le budget maximum pour le besoin était de 95 000 \$ et que le contrat avait une valeur maximum de 83 350 \$ (avant les taxes). Le Ministère a indiqué que les exigences relatives au Sommet du G7 pouvaient changer pendant toute la durée du contrat et que dans la mesure où il y avait des changements, le contrat devait être modifié.

48. Le 14 mai 2018, le Ministère a répondu au plaignant afin de répondre à ses autres préoccupations concernant la valeur du contrat. Le Ministère a expliqué :

« Le montant de 95,000\$ représente les ressources financières estimées pour les besoins. Ce montant n'est en aucun cas un montant garanti à l'entreprise. Lorsque l'appel d'offre a été lancé, nous ne possédions pas à ce moment-là de programme précis. Le montage financier de l'annexe B ne cherchait alors qu'à obtenir les détails des taux des soumissionnaires. Les taux du soumissionnaire gagnant devant être par la suite appliqués au contrat. Dans les faits, on ne sait pas à combien pourrait se chiffrer le contrat [sic], 40K, 60K, pour un maximum de 95 K. Les besoins sont en constante évolution et le seront jusqu'à la date de l'évènement. À la date de clôture de l'appel d'offre, 2 soumissions avec des propositions financières de valeurs similaires furent reçues. A noter, les factures ne seront payables que sur les travaux autorisés et livrés de façon conforme. [...] Ne [sic] notre côté, peut-être devons-nous travailler à rendre plus clair les renseignements fournis dans nos appels d'offres. »

49. Le 24 mai 2018, des courriels ont été échangés au sein du Ministère, identifiant le besoin d'un photographe pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes qui se tiendra pendant le Sommet du G7.

50. Le 30 mai 2018, le Ministère a approuvé l'émission d'un contrat pour les services d'un photographe pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes.

51. Le 1^{er} juin 2018 :

- À 6 h 4, le Ministère a confirmé qu'aucun photographe n'était disponible dans une liste d'offres à commandes pour couvrir la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes et qu'il avait plutôt décidé de chercher des photographes en ligne.
- À 15 h 57, le Ministère a confirmé que l'on avait communiqué avec quatre photographes et que les soumissions de ces derniers étaient censées être reçues cette fin de semaine-là.
- À 18 h 49, le Ministère a envoyé par courriel au plaignant l'itinéraire de la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes et a invité le plaignant à présenter une soumission.
- À 21 h 38, le plaignant a présenté une soumission concernant la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes.

52. Le 2 juin 2018, le Ministère a décidé de ne pas émettre de contrat pour les services de photographie pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes et de ne communiquer avec aucun des photographes qui avaient été contactés auparavant.

53. Le 4 juin 2018, le plaignant a fait un suivi auprès du Ministère concernant son besoin de services de photographie pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes.

54. Le 11 juin 2018, le fournisseur retenu a remis au Ministère une facture de 94 167,50 \$ (avant les taxes) pour les services de photographie à l'occasion du Sommet du G7. La facture comprenait les services de photographie pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes tenue pendant le Sommet du G7.

55. Le 14 juin 2018, le Ministère a fourni au BOA un compte rendu des événements concernant le besoin d'un photographe pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes. Le Ministère a affirmé qu'après avoir procédé à un examen interne et déterminé qu'il n'existait pas d'offre à commandes de services de photographie, il avait sélectionné au hasard trois photographes en ligne possédant une expérience d'événements. Le plaignant a aussi pris connaissance du besoin, et il a communiqué avec le Ministère en vue de présenter une proposition. Le Ministère a décidé par la suite de ne pas émettre de contrat distinct, mais plutôt d'inclure le besoin supplémentaire relatif à la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes à titre « d'ajout » au contrat du photographe hôte pour le Sommet du G7.

56. Le 28 juin 2018, le Ministère a procédé à une « justification de dépassement de coût » afin de justifier les 10 818 \$ en coûts supplémentaires engagés au-delà de la valeur maximum du contrat, qui était de 83 350 \$. Le Ministère a expliqué qu'au moment de préparer la demande de soumissions, on disposait de renseignements limités sur les besoins. Entre le moment où les soumissionnaires ont présenté leurs propositions et le

moment du Sommet du G7, il s'est produit d'autres événements qui sont venus élargir la portée des exigences.

57. Le 17 juillet 2018, le plaignant a envoyé un courriel au BOA avec une preuve présentant l'apparence d'un fractionnement de marché par le Ministère. La preuve comprenait une capture d'écran de 24 photographies d'une page Web sur le site officiel du Sommet du G7. Chaque photographie comprenait des liens vers d'autres photographies de divers événements précédant la rencontre du Sommet du G7 et incluant cette rencontre en juin 2018. Le plaignant a indiqué que chacun des 24 ensembles de photographies représentait un contrat distinct et que ces photographies ne faisaient pas partie des exigences de la demande de soumissions 2.

58. Le 29 juillet 2018, le plaignant a écrit au BOA demandant une indemnité de l'ordre de 1 090 818 \$.

ANALYSE ET CONSTATATIONS

Question 1 – Le Ministère a-t-il attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme?

59. Le plaignant a allégué que le Ministère a attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme et que c'est à lui qu'on aurait dû attribuer le contrat.

60. Dans sa réponse au BOA, le Ministère a indiqué que le processus d'approvisionnement avait été suivi d'une manière équitable, ouverte et transparente. Un processus concurrentiel a été lancé, et un contrat a été attribué conformément aux modalités de la demande de soumissions.

Analyse

Lois, règlements et politiques applicables

61. L'engagement du gouvernement du Canada de prendre des mesures appropriées afin de promouvoir l'équité, l'ouverture et la transparence du processus de soumission pour les contrats du gouvernement est exprimé à l'article 40.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

62. La section 10.8.6 de la Politique sur les marchés du Conseil du Trésor (PMCT) indique ceci : « Une soumission ou proposition est irrecevable si elle ne répond pas à toutes les exigences impératives énumérées dans la demande de propositions ou dans les autres invitations à soumissionner, et elle est alors rejetée. »

63. L'analyse du BOA était inspirée par la décision rendue par le TCCE dans l'affaire *Valcom Consulting Group Inc. c. Ministère de la Défense nationale*, qui soulignait que l'évaluation des critères obligatoires est une question de stricte conformité. « La norme d'évaluation des soumissions par rapport aux critères obligatoires n'est pas fondée sur la prépondérance des probabilités. [...] [L]a conformité des soumissions doit être évaluée de façon rigoureuse et minutieuse. Il ne suffit pas que la soumission « pourrait avoir été » conforme ou qu'il « était plus probable » qu'elle le soit. Une soumission est soit conforme, soit non conforme. »
64. Au moment de déterminer si une soumission a été évaluée conformément à un critère énoncé, l'ombudsman de l'approvisionnement fera normalement preuve d'une grande retenue envers les évaluateurs. Tel qu'il est énoncé au 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. »
65. Une preuve écrite suffisante a été fournie à l'appui de l'évaluation; toutefois, le caractère raisonnable de l'évaluation de la soumission, par le Ministère, nécessitait une analyse approfondie. Pour déterminer si une évaluation a été déraisonnable, l'ombudsman de l'approvisionnement se demandera si les évaluateurs « ne se sont pas appliqués à bien évaluer la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas, pour une autre raison, procédé à une évaluation équitable sur le plan de la procédure³ ».

Exigences obligatoires

66. La demande de soumissions 2 comprenait quatre exigences obligatoires qu'un soumissionnaire devait respecter pour que sa soumission soit jugée recevable. La demande de soumissions indiquait par ailleurs que « [l]es propositions qui ne respectent pas les exigences obligatoires ne seront pas étudiées davantage ».
67. Le critère obligatoire O.1 exigeait que les soumissionnaires possèdent une expérience dans le domaine de la couverture photographique et des services de soutien technique dans le cadre d'au moins deux événements protocolaires qui comprenaient des « personnes jouissant d'une protection internationale » (PPI) et des « personnalités de marque » (VIP).
68. Le critère obligatoire O.2 exigeait que les soumissionnaires démontrent qu'ils possédaient une expérience où ils avaient eu la « responsabilité de fournir des services

³ CITT Solutions Moerae Inc. s/n MSi c. Industrie Canada (PR 2016-004) – paragraphe 25

photographiques aux médias présents et aux organisateurs de l'événement » pour deux événements protocolaires.

69. Le critère obligatoire O.3 était centré sur l'expérience du personnel proposé. Il exigeait que le soumissionnaire fournisse « la liste des principaux employés de gestion et de soutien technique, ainsi que leurs rôles dans le cadre du Sommet du G7 [...] ainsi que la ou les langues qu'ils parlent et comprennent. » Le critère obligatoire O.3 a été subdivisé en deux sous-critères :

- Le sous-critère O.3.1 exigeait que le soumissionnaire fournisse « un curriculum vitae de l'expérience de chaque employé proposé au critère O.3 ».
- Le sous-critère O.3.2 exigeait que le soumissionnaire fournisse « une confirmation par écrit de la disponibilité de tous les employés (y compris le chef de projet, les photographes et les éditeurs) ». Les exigences relatives au sous-critère O.3.2 devaient être respectées pour le chef de projet, un minimum de **neuf** photographes et un minimum de trois éditeurs [non souligné dans l'original]. Veuillez consulter le tableau suivant :

O.3.2 Le soumissionnaire doit fournir une confirmation par écrit de la disponibilité de tous les employés (y compris le chef de projet, les photographes et les éditeurs). La confirmation peut prendre la forme d'un courriel ou d'un document signé entre le soumissionnaire et la personne concernée.
Chef de projet
Photographes (au moins neuf)
Éditeurs (au moins trois)

70. Le critère obligatoire O.4 exigeait que le soumissionnaire fournisse un lien Web vers une base de données comprenant « des dossiers de portfolio pour chaque photographe ».

Évaluation des critères obligatoires par le Ministère – fournisseur retenu

71. Pour déterminer si le Ministère a attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme, l'ombudsman de l'approvisionnement a dû déterminer si l'évaluation des évaluateurs des critères obligatoires était déraisonnable.

72. Les évaluateurs ont évalué que la soumission du fournisseur retenu était conforme aux critères O.1, O.2, O.3 et O.4 de la demande de soumissions 2.

73. Le critère obligatoire O.1 (Expérience du soumissionnaire) exigeait que les soumissionnaires possèdent de l'expérience dans le domaine de la couverture photographique et des services de soutien technique dans le cadre d'au moins deux événements protocolaires auxquels prenaient part des PPI et des VIP.

74. De plus, tant l'alinéa 4.1.1.1 (Critères techniques obligatoires) que l'annexe E de la demande de soumissions 2 précisent que : « l'expérience du soumissionnaire doit être un travail pour lequel le **soumissionnaire** [c'est nous qui soulignons] était sous contrat avec des clients. Dans le cas d'une coentreprise, l'expérience combinée des parties formant la coentreprise sera prise en compte dans l'évaluation de l'expérience du soumissionnaire ». Par conséquent, pour se conformer au critère O.1, la soumission du fournisseur retenu devait démontrer, de deux choses l'une :

- qu'il (le soumissionnaire nommé ou ses employés, n'incluant pas des sous-traitants) avait une expérience directe du domaine de la couverture photographique et des services de soutien technique acquise dans le cadre d'au moins deux événements protocolaires auxquels prenaient part des PPI et des VIP;
- ou
- qu'il était partie à une coentreprise dont les membres avaient cette expérience.

75. Le BOA a étudié la soumission du fournisseur retenu pour juger du caractère raisonnable, ou non, de l'évaluation, par les évaluateurs, de sa conformité au critère obligatoire O.1. Différents éléments de la soumission ont suscité des doutes et des questionnements sur la démonstration, par la soumission du fournisseur retenu, de sa conformité au critère O.1 :

- dans sa réponse au critère O.1, la soumission du fournisseur retenu renvoie à huit photographes et à des événements multiples, auxquels participaient des PPI et des VIP, au cours desquels ces photographes étaient actifs. Toutefois, le soumissionnaire (c.-à-d. le fournisseur retenu), n'est lui-même lié à aucun de ces événements;
- dans sa réponse au critère O.1, le fournisseur retenu a déclaré qu'il a « retenu les services d'une équipe de photographes expérimentés... ». Cet énoncé porte à croire que l'équipe de photographes proposée dans la soumission du fournisseur retenu n'était pas composée d'employés du fournisseur retenu et ne formait pas une coentreprise avec le fournisseur retenu, et que son expérience au titre du critère O.1 ne pouvait être attribuée au fournisseur retenu;
- la confirmation des déclarations en matière de disponibilité signées par les huit mêmes photographes utilisés en réponse au critère O.1 contient le passage suivant : « advenant l'octroi du contrat [au fournisseur retenu], je signerai un contrat avec la compagnie... ». Cet engagement à signer un contrat si le marché est attribué au fournisseur retenu n'entend l'existence d'aucune relation contractuelle à la date limite de la présentation de la soumission, ce qui suggère d'autant plus que les photographes nommés dans la soumission, qui avaient l'expérience voulue pour satisfaire aux exigences du critère O.1, n'étaient au moment de la fin des soumissions ni des employés du fournisseur retenu ni des parties à une coentreprise dont le fournisseur retenu aurait été membre;

- dans le cadre de son examen de la soumission du fournisseur retenu, le BOA n'a relevé aucun élément prouvant que le fournisseur retenu s'était engagé avec les huit photographes dans une coentreprise qui lui aurait permis de satisfaire aux exigences du critère O.1.

76. Les Instructions uniformisées intégrées par renvoi à la demande de soumissions 2 précisent que : « Lorsque le Canada évalue les soumissions, il peut, sans toutefois y être obligé, effectuer ce qui suit :
- a. demander des précisions ou vérifier l'exactitude de certains renseignements ou de tous les renseignements fournis par les soumissionnaires relatifs à la demande de soumissions ».
77. Malgré l'absence d'obligation exigeant du Ministère qu'il obtienne des précisions du fournisseur retenu quant à sa conformité au critère O.1, l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu qu'en ne demandant pas de précisions, les évaluateurs avaient mal interprété la portée des exigences du critère O.1, ou ne disposaient pas d'assez de renseignements clairs pour déterminer si les photographes nommés étaient soit des employés, soit des parties à une coentreprise avec le fournisseur retenu. Ainsi, l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que l'évaluation, par les évaluateurs, qui soutenait que la soumission du fournisseur retenu était conforme au critère O.1 a été déraisonnable.
78. L'ombudsman de l'approvisionnement en est venu à une conclusion similaire au sujet du critère obligatoire O.2, qui exigeait que les soumissionnaires démontrent leur expérience lors de deux événements protocolaires où « la responsabilité des soumissionnaires doit avoir consisté à fournir des services photographiques aux médias présents et aux organisateurs de la réunion ».
79. En réponse au critère obligatoire O.2, la soumission du fournisseur retenu ne présentait aucun élément probant de la fourniture des services photographiques requis, que ce soit directement (c.-à-d. par le soumissionnaire lui-même), soit par l'entremise de ses employés, soit encore par le biais d'une coentreprise. Il n'y avait aucun élément probant qui aurait indiqué que le Ministère avait demandé des précisions au fournisseur retenu au sujet de sa conformité au critère O.2. Par conséquent, comme dans le cas du critère obligatoire O.1, l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que l'évaluation, par les évaluateurs, de la conformité du soumissionnaire au critère O.2 a été déraisonnable.
80. Pour le critère obligatoire O.3, les évaluateurs ont aussi évalué que la soumission du fournisseur retenu était conforme. Le fournisseur retenu avait fourni une liste d'employés proposés comprenant un chef de projet, huit photographes et trois éditeurs photo. Le fournisseur retenu a affirmé ceci : « Veuillez noter qu'en fonction de la planification du projet avec le bureau de Gestion des Sommets, nous avons 2 autres photographes disponibles en tant que suppléant[s] ».

81. Le critère obligatoire O.3 comprenait deux sous-critères (O.3.1 et O.3.2). Le sous-critère obligatoire O.3.1 exigeait du soumissionnaire qu'il fournisse « un curriculum vitae de l'expérience de chaque employé proposé au critère O.3 ». Les évaluateurs ont déterminé que O.3.1 avait été respecté, et l'ombudsman de l'approvisionnement n'a pas jugé cette évaluation déraisonnable.
82. Le sous-critère O.3.2 exigeait que le soumissionnaire fournisse « une confirmation par écrit de la disponibilité de tous les employés (y compris le chef de projet, les photographes et les éditeurs) ».
83. Dans sa soumission, le fournisseur retenu a inclus huit photographes et deux photographes de remplacement en tant que membres du personnel. Les notes d'un des évaluateurs indiquaient que les deux photographes de remplacement étaient utilisés afin de respecter l'exigence minimum de neuf photographes. Le critère obligatoire O.3 n'interdisait pas de faire appel à des employés de remplacement pour respecter l'exigence minimum de neuf photographes.
84. Toutefois, le sous-critère obligatoire O.3.2 exigeait également que la confirmation écrite de la disponibilité soit fournie pour au moins neuf photographes. La soumission du fournisseur retenu a fourni une confirmation écrite pour la disponibilité de huit photographes seulement. La soumission ne comprenait pas la confirmation écrite de la disponibilité de l'un ou l'autre des deux employés de remplacement.
85. Tel qu'il est décrit dans la décision rendue par le TCCE dans l'affaire *Valcom Consulting Group Inc. c. Ministère de la Défense nationale*, la norme pour évaluer les soumissions par rapport aux critères obligatoires n'est pas fondée sur la prépondérance des probabilités, et les soumissions doivent être évaluées sur le plan de leur stricte conformité. Puisque le fournisseur retenu était tenu de fournir une confirmation écrite de disponibilité pour neuf photographes, mais qu'il ne l'a fait que pour huit, l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que l'évaluation, par les évaluateurs, selon laquelle le fournisseur retenu s'était conformé au sous-critère O.3.2, était déraisonnable.
86. La PMCT considère une soumission comme non conforme si elle ne répond pas à toutes les exigences obligatoires énumérées dans la demande de propositions. La demande de soumissions en témoignait, affirmant que « [l]es propositions qui ne respectent pas les exigences obligatoires ne seront pas étudiées davantage ». Puisque la soumission du fournisseur retenu ne répondait pas aux exigences des critères O.1 et O.2 et du sous-critère O.3.2 obligatoires, elle aurait dû être considérée comme non conforme et ne pas être étudiée davantage.

Évaluation des critères obligatoires par le Ministère – plaignant

87. Les évaluateurs ont également évalué que la soumission du plaignant était conforme. Pour déterminer si la soumission du plaignant aurait dû être recommandée pour l'attribution du contrat, le BOA a dû confirmer de même que l'évaluation, par les évaluateurs, selon laquelle la soumission du plaignant était conforme, n'était pas déraisonnable.
88. Pour le critère O.1, la soumission du plaignant a démontré une expérience de deux événements protocolaires comprenant des PPI et des VIP.
89. Pour le critère O.2, la soumission du plaignant retenu a démontré sa responsabilité de fournir des services photographiques aux médias présents et aux organisateurs dans le cadre de deux événements protocolaires.
90. Pour le sous-critère O.3.1, la soumission du plaignant comprenait les curriculum vitae pour tout le personnel proposé.
91. Pour le sous-critère O.3.2, la soumission du plaignant comprenait une confirmation par écrit de la disponibilité du chef de projet, de neuf photographes, de deux éditeurs et de trois employés de remplacement. Les trois employés de remplacement pouvaient être photographe ou éditeur.
92. Pour le critère O.4, la soumission du plaignant a fourni le lien Web vers une base de données qui comprenait des dossiers de portfolio pour chaque photographe.
93. Par conséquent, l'ombudsman de l'approvisionnement n'a pas jugé déraisonnable l'évaluation, par les évaluateurs, que la soumission du plaignant était conforme aux critères obligatoires O.1, O.2, O.3 et O.4.

Constatation 1

94. L'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que l'évaluation, par les évaluateurs, selon laquelle la soumission du fournisseur retenu avait respecté les critères O.1 et O.2 et le sous-critère O.3.2 obligatoires était déraisonnable. Par conséquent, le Ministère a attribué le contrat à un soumissionnaire non conforme.
95. L'ombudsman de l'approvisionnement a également conclu que l'évaluation des évaluateurs que la soumission du plaignant était conforme à tous les critères obligatoires n'était pas déraisonnable. Pour déterminer si l'on aurait dû attribuer le contrat au plaignant, le BOA a dû également confirmer que la détermination de la conformité par les évaluateurs n'était pas déraisonnable. Au moment d'examiner la soumission du plaignant par rapport aux critères obligatoires, le BOA n'a pas jugé déraisonnable la détermination par les évaluateurs. Par conséquent, puisque le plaignant était le seul soumissionnaire à avoir présenté une soumission conforme, celle-ci aurait dû être recommandée pour l'attribution du contrat.

Question 2 – Les exigences du Ministère étaient-elles divisées inutilement de manière à éviter les seuils prévus dans les accords commerciaux (c.-à-d. le fractionnement de marché)?

96. Le plaignant a allégué que le Ministère avait divisé incorrectement les exigences relatives aux services d'un photographe hôte pour le Sommet du G7, en plusieurs contrats. Afin de corroborer cette affirmation, le plaignant a mis en évidence une capture d'écran de 24 ensembles de photographies publiées sur le site Web officiel du Sommet du G7 et l'exigence supplémentaire selon laquelle un photographe devait couvrir la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes. D'après le plaignant, chacun des 24 ensembles de photographies était la preuve d'un contrat distinct de services de photographie attribué par le Ministère pour le Sommet du G7.
97. Dans sa réponse au BOA, le Ministère a indiqué qu'il n'avait attribué que deux contrats pour les services de photographie à l'occasion du Sommet du G7. Le premier contrat est celui attribué à un photographe qui a couvert l'annonce publique de mai 2017 selon laquelle le Sommet du G7 serait tenu à Charlevoix, au Québec (d'un montant de 525 \$) et le deuxième était celui octroyé au fournisseur retenu. Le Ministère a aussi confirmé que ses employés avaient pris toutes les autres photographies publiées sur le site Web officiel du Sommet du G7.

Analyse

Politiques applicables

98. La section 10.6.16 de la PMCT indique que les « autorités contractantes ne doivent pas structurer une activité d'approvisionnement, choisir une méthode d'évaluation ou répartir les activités d'approvisionnement de manière à afin de [sic] se soustraire aux obligations imposées par l'*Accord de libre-échange nord-américain*, l'*Accord relatif aux marchés publics – Organisation mondiale du commerce*, et l'*Accord sur le commerce intérieur* ». De telles mesures, conçues pour éviter les obligations des accords commerciaux, sont communément appelées « fractionnement de marché ».
99. La PMCT définit le fractionnement de marché comme « le fait de diviser inutilement un besoin global en plusieurs marchés plus modestes, contournant ainsi les limites de durée des engagements ou la nécessité de faire approuver le marché ».

Évaluation de l'allégation

100. Le BOA a examiné chacun des 24 ensembles de photographies afin de déterminer s'ils donnaient une preuve selon laquelle le Ministère aurait incorrectement divisé un besoin global de services de photographie pour le Sommet du G7 en plusieurs contrats de moindre envergure.

101. Le Ministère a affirmé que toutes les photographies publiées sur le site Web officiel du Sommet du G7 avaient été prises par le fournisseur retenu, le photographe qui avait couvert l'annonce publique de mai 2017 ou le personnel ministériel.
102. Le BOA a examiné les 24 ensembles de photographies et a conclu que 14 ensembles de photographies avaient été prises lors d'événements tenus pendant le Sommet du G7 du 7 au 9 juin 2018. Tous ces 14 événements, sauf un, étaient inclus dans le contrat initialement attribué au fournisseur retenu. L'événement non inclus dans le contrat était celui concernant la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes. Cependant, le besoin pour les services photographiques pour cette réunion n'avait pas été identifié lors de l'octroi du contrat au fournisseur retenu. Les services additionnels ont également été fournis par le fournisseur retenu qui a facturé le Ministère pour le montant de 10 818 \$ pour ces services.
103. Les modalités de la demande de soumissions 2 stipulaient que « [l']information présentée dans la présente Annexe A – Énoncé des travaux...ne constitue pas une présentation certaine des travaux qui seront effectivement requis. Certains éléments peuvent être réduits ou ajoutés pour le Sommet du G7 ». Par conséquent, l'ajout de services additionnels de photographie requis pour la réunion du Conseil consultatif sur l'égalité des sexes (qui était un événement connexe ayant lieu pendant le Sommet du G7) au contrat initial était cohérent avec l'Énoncé des travaux.
104. Les dix ensembles de photographies restantes (sur 24) couvraient des événements conduisant au Sommet du G7 en juin 2018 et non durant le Sommet du G7.
105. Le Ministère a également émis un contrat d'une valeur de 525 \$ le 25 mai 2017 pour les services d'un photographe couvrant l'annonce publique selon laquelle le Sommet du G7 serait tenu à Charlevoix, au Québec, en juin 2018.
106. L'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que la preuve était insuffisante pour étayer l'allégation du plaignant selon laquelle les 24 ensembles de photographies disponibles sur le site Web officiel du Sommet du G7 étaient des contrats distincts et n'avaient pas été prises par le fournisseur retenu (dans le cadre du contrat en question), le photographe qui avait couvert l'annonce publique de mai 2017 (d'un montant de 525 \$) ou le personnel ministériel.

Constatation 2

107. L'ombudsman de l'approvisionnement conclut que la preuve était insuffisante pour étayer l'allégation de fractionnement de marché présentée par le plaignant.

CONCLUSION

108. L'ombudsman de l'approvisionnement a jugé qu'une des deux questions soulevées par le plaignant était fondée.
109. L'ombudsman de l'approvisionnement a jugé que l'évaluation des évaluateurs qui soutenait que la soumission du fournisseur retenu se conformait aux critères O.1 et O.2 et au sous-critère O.3.2 obligatoires était déraisonnable. Le Ministère a attribué le contrat à un soumissionnaire non-conforme.
110. Les évaluateurs ont aussi évalué que la soumission du plaignant était conforme et l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que cette évaluation n'était pas déraisonnable. Comme la soumission du plaignant était la seule soumission conforme, celle-ci aurait dû être recommandée pour l'attribution du contrat.
111. En ce qui concerne l'allégation de fractionnement de marché, l'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que la preuve était insuffisante pour étayer l'allégation de fractionnement de marché présentée par le plaignant.

INDEMNISATION

112. Afin de recommander le versement d'une indemnité au plaignant, le paragraphe 13(2) du Règlement exige ce qui suit :
- Si un appel d'offres a été lancé, le plaignant doit avoir soumissionné à l'égard du marché de l'État visé par la plainte, à moins qu'il n'ait pu le faire en raison des actions du ministère contractant.
113. Étant donné qu'un processus concurrentiel a eu lieu et que le plaignant a présenté une soumission, l'ombudsman peut recommander le versement d'une indemnité conformément à l'article 13 du Règlement.

RECOMMANDATION

114. Conformément au sous-alinéa 13(1)a)(ii) du Règlement, l'ombudsman de l'approvisionnement recommande que le Ministère verse au plaignant une indemnité d'un montant correspondant à 10 % de la valeur du contrat attribué. L'ombudsman de l'approvisionnement recommande que le Ministère paie un montant de 8 335 \$ au plaignant.

AUTRES OBSERVATIONS

115. Conformément au paragraphe 12(1) du Règlement, l'ombudsman de l'approvisionnement doit tenir compte de tous les facteurs liés au processus d'approvisionnement en question lors de l'examen d'une plainte.

116. Le BOA a relevé les aspects supplémentaires qui sont notés ci-dessous.

Autre observation 1 – Amélioration des soumissions

117. La section 10.8.7b) de la PMCT précise les situations où il est permis qu'un ministère demande des éclaircissements à un soumissionnaire après la clôture des soumissions. On y lit ce qui suit :

« Les soumissions ou propositions qui répondent aux exigences impératives, mais contiennent une irrégularité mineure, peuvent être considérées si, de l'avis de la direction de l'autorité contractante : [...] la présence de l'irrégularité, sa suppression par négociation ou son explication par le soumissionnaire ne peut pas être considérée préjudiciable pour les autres soumissionnaires [...]. »

118. Le TCCE a établi la différence entre le fait de demander des éclaircissements à un soumissionnaire et la modification d'une soumission. Tel qu'il a été expliqué dans la décision du TCCE rendue dans l'affaire *Stenotran Services Inc. c. le Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, le « terme « modification d'une soumission » est utilisé pour décrire des modifications ou des changements inappropriés à une soumission effectués par le soumissionnaire ou par l'entité acheteuse après la date de clôture des soumissions. En revanche, un éclaircissement est une explication d'un aspect existant d'une proposition, qui n'équivaut pas à une révision ou une modification substantielle de la proposition. »

119. De plus, dans sa décision rendue dans l'affaire *Bell Mobilité c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, le TCCE indique clairement en quoi la modification de soumissions touche la transparence du processus de demande de soumissions. « Le Tribunal est d'avis que, si les soumissionnaires étaient autorisés à apporter des corrections importantes à leur offre, cela pourrait introduire dans l'esprit des fournisseurs un élément de doute quant à la transparence du processus d'appel d'offres. »

120. « La règle contre la modification des soumissions s'applique aussi à l'amélioration des soumissions. Même lorsque sa soumission est conforme, il n'est généralement pas

permis à un soumissionnaire d'apporter un changement ou une amélioration d'importance à sa soumission après la date limite des soumissions »⁴. (Traduction)

121. Le critère coté 2.3 exigeait des soumissionnaires éventuels qu'ils présentent un portfolio de photographies pour chaque photographe. Chaque photographie devait inclure des métadonnées comme le nom, le type d'événement, la date et le lieu de la photographie. Des points partiels étaient attribués si le portfolio de photographies était fourni sans métadonnées. Des points complets étaient attribués si les métadonnées de chaque photographie étaient incluses.
122. Le 29 avril 2018, après la clôture des soumissions, le Ministère a demandé des éclaircissements aux deux soumissionnaires quant à savoir si leurs portfolios incluaient des métadonnées. Le Ministère a affirmé que les évaluateurs ne pouvaient accéder aux métadonnées, et il a demandé aux soumissionnaires « de bien vouloir communiquer avec nous d'ici lundi le 30 avril 14h00 (heure d'Ottawa), afin de nous valider si ces informations sont absentes. Sans réponse avant lundi 30 avril 14h00, nous évaluerons ce critère de votre proposition sans les données. »
123. Le plaignant a répondu le 29 avril 2018 et a confirmé que les métadonnées étaient incluses dans sa soumission initiale. Il a dirigé le Ministère vers trois logiciels qui pouvaient servir à visionner l'information, et il a fourni trois captures d'écran pour démontrer que les métadonnées avaient été incluses avec les photographies au moment de présenter la soumission.
124. Le 30 avril 2018, le fournisseur retenu a affirmé au Ministère que les métadonnées avaient été complétées dans le portfolio de cinq des huit photographes et que « l'identification, date et lieu ont été mis dans le nom des dossiers et dans les commentaires pour chaque photo. Nous sommes en train de finaliser les 3 derniers photographes... ». Plus tard ce jour-là, le fournisseur retenu a indiqué que la grande majorité de l'information avait été corrigée avant 14 h.
125. Il y a une preuve indiquant que le Ministère a modifié les notes pour les critères cotés du plaignant et du fournisseur retenu en fonction des réponses à la demande d'éclaircissements. Initialement, des points partiels avaient été attribués aux deux soumissions; des points complets ont été attribués par la suite. Dans un échange de courriels internes, le Ministère a déclaré qu'il « ajusterait la note en conséquence » après avoir obtenu la confirmation que les métadonnées étaient incluses dans le portfolio des photographes pour les deux soumissionnaires.
126. L'ombudsman de l'approvisionnement a conclu que le Ministère avait pu donner l'impression d'avoir permis à tort au fournisseur retenu d'améliorer sa soumission en ajoutant les métadonnées à ses photographies après la clôture des soumissions. Le Ministère a accepté ces nouvelles informations et a augmenté les points attribués au

⁴ Emanuelli, Paul, *Government Procurement 4th Edition*, page 561.

fournisseur retenu. Même si le Ministère a aussi augmenté les points attribués au plaignant, il s'agissait dans ce cas d'un éclaircissement légitime plutôt que d'une amélioration de soumission, puisque les métadonnées étaient déjà incluses dans la soumission initiale du plaignant avant la fin des soumissions.

Autre observation 2 – Divergences dans les documents d'invitation à soumissionner

127. À la section 4.1.3 de la PMCT on retrouve l'exigence suivante : « Dans la mesure du possible, on doit donner à toutes les entreprises et à tous les particuliers une possibilité égale de faire des propositions, pourvu qu'ils aient, de l'avis de l'autorité contractante, les compétences techniques, financières et administratives requises pour exécuter les obligations contractuelles et pour répondre, le cas échéant, aux objectifs fixés par les grandes lignes des politiques nationales, ou aux exigences de *l'Accord de libre-échange nord-américain*, de *l'Accord relatif aux marchés publics – Organisation mondiale du commerce*, et de *l'Accord sur le commerce intérieur* ».

128. Le BOA a examiné les principales sections de la demande de soumissions 2 et a relevé de nombreuses divergences entre les versions anglaise et française du document. Les divergences en question ont été relevées dans les cinq sections examinées :

- Partie 1 : Renseignements généraux;
- Partie 4 : Procédures d'évaluation et méthode de sélection;
- Annexe A : Énoncé des travaux;
- Annexe B : Base de paiement;
- Annexe E : Critères obligatoires et cotés.

129. Par exemple, l'exception relative à la sécurité nationale a été invoquée dans une version à la section Renseignements généraux, tandis qu'aucune mention ne figurait à cet égard dans l'autre version. Une version indiquait aussi que le besoin visait uniquement des biens et/ou services canadiens, tandis que l'autre version ne faisait aucunement mention de cette question.

130. D'autres divergences ont été relevées concernant l'Énoncé des travaux. Par exemple, dans une version de la demande de soumissions 2 il était question de deux centres de presse, tandis que dans l'autre version, il n'était question que d'un seul centre. Par ailleurs, dans une version, on indiquait que l'activité relative au Programme des conjoints se déroulerait du 7 au 9 juin 2018, alors que dans l'autre version, on indiquait que l'activité se déroulerait du 8 au 9 juin 2018. Même si le Ministère a inclus une déclaration dans l'Énoncé des travaux comme quoi « [l']original de l'Annexe A est la version anglaise », cela n'excuse pas la nature et la fréquence de divergences relevées dans la demande de soumissions 2 et leur impact possible sur des soumissionnaires éventuels.

131. Les nombreuses divergences nuisent à l'équité du processus d'approvisionnement du fait que les soumissionnaires éventuels ne disposaient pas des mêmes renseignements pour orienter l'élaboration de leur soumission. Ne pas traiter les soumissionnaires éventuels sur un pied d'égalité met l'équité du processus d'approvisionnement à risque.

Autre observation 3 – Documents supprimés

132. La section 12.3.1 de la PMCT précise que les 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, y compris l'identification des fonctionnaires et des autorités approuvant les marchés ».

133. En outre, dans sa décision prise dans l'affaire *Hewlett-Packard (Canada) Ltée*, le TCCE a souligné que « la conservation de documents complets sur chacun des marchés publics est un élément fondamental en vue de la préservation de l'intégrité et de la transparence du mécanisme d'adjudication des marchés publics. »

134. Lorsque le BOA a demandé au Ministère de fournir tous les documents se rapportant à l'attribution du contrat, le Ministère n'a pas répondu en transmettant un ensemble complet de documents. Certains documents se rapportant à la demande de soumissions 2 n'ont pas été inclus dans la réponse du Ministère au BOA.

135. Plus précisément, le Ministère a fourni des documents indiquant qu'il avait reçu quatre questions de soumissionnaires éventuels pendant la période de soumission de la demande de soumissions 2, dont trois posées par le plaignant. Toutefois, le Ministère n'a pas fourni les quatre réponses au BOA – il n'a fourni que la réponse à une des quatre questions, qui avait été envoyée au plaignant par courriel. C'est le plaignant qui, dans sa propre présentation de documents, a fourni au BOA les deux autres réponses manquantes qui ne faisaient pas partie des documents présentés par le Ministère. Le BOA n'a jamais reçu la réponse à la quatrième question, qui a été soulevée par le fournisseur retenu.

136. Le BOA a demandé les documents à deux reprises au Ministère : au début de l'examen et lorsqu'il est devenu manifeste, pour le BOA, que le Ministère n'avait pas fourni l'ensemble de documents complet concernant la demande de soumissions 2. Dans sa réponse à la deuxième demande du BOA, le Ministère a reconnu qu'il avait supprimé de la correspondance, y compris des questions et réponses entre le Ministère et les soumissionnaires éventuels. De l'avis de l'ombudsman de l'approvisionnement, cette suppression est incompatible avec les exigences de la PMCT.

Autre observation 4 – Divulgence proactive déficiente

137. À la section 5.1.6 de la PMCT, on stipule que les « administrateurs généraux sont tenus de divulguer publiquement aux trois mois, au cours du mois qui suit la fin de chaque trimestre, les marchés passés ou les modifications d'une valeur supérieure à 10 000 \$ ».
138. L'exigence de divulguer publiquement cette information est une mesure mise en œuvre par le gouvernement du Canada afin de « renforcer la gestion du secteur public en augmentant la transparence et la surveillance des ressources publiques au sein du gouvernement fédéral ». Les renseignements, qui sont facilement accessibles dans le portail du gouvernement ouvert, permettent aux Canadiens de demander plus facilement des comptes au gouvernement.
139. Conformément au principe de la transparence, le Bureau de gestion du Sommet du G7 a indiqué ce qui suit sur son site Web : la « divulgation proactive des renseignements liés à la présidence canadienne du G7 de 2018 et au Sommet du G7 de 2018 dans Charlevoix, notamment les données en matière de finances, de ressources humaines et d'opérations sera affichée sur le site Web d'Affaires mondiales Canada ».
140. Le BOA a examiné les renseignements contractuels publiés dans le portail du gouvernement ouvert et sur le site Web du Ministère. En date du 31 octobre 2018, le contrat attribué le 14 mai 2018 au fournisseur retenu, évalué à 83 350 \$, n'a pas été divulgué publiquement par le Ministère tel que requis.
141. La divulgation publique de contrats comme celui attribué au fournisseur retenu constitue une facette importante de l'engagement du gouvernement à l'égard de la transparence. En omettant de divulguer publiquement l'attribution de ce contrat, le Ministère a limité l'accès des Canadiens aux renseignements et, par extension, la capacité des Canadiens de rendre le gouvernement responsable de ses actions.

Autre observation 5 – Méthode d'évaluation non divulguée

142. En ce qui concerne les critères d'évaluation et d'adjudication, la section 10.3.1 de la PMCT indique que les « critères d'évaluation et d'adjudication doivent être décrits dans les documents d'appel d'offres ».
143. La section 10.7.27 de la PMCT indique en outre qu'on « devrait faire connaître aux entreprises qui présentent des propositions les critères d'évaluation et l'importance accordée à chacun d'eux. [...] [C]es « facteurs [d'évaluation] ainsi que leur importance relative doivent être fixés au préalable et appliqués avec rigueur. [...] Il est essentiel de faire preuve d'équité envers tous les soumissionnaires et d'une grande transparence dans le processus de sélection ».

144. D'après la section 4.2 de la demande de soumissions 2, la sélection du soumissionnaire retenu a été faite en fonction du meilleur résultat global sur le plan du mérite technique et du prix. Une proportion de 70 % a été accordée au mérite technique et une proportion de 30 % a été accordée au prix.
145. Pour le prix, la note était calculée comme suit : chaque soumission recevable se voyait attribuer un pourcentage en fonction du prix évalué le plus faible, et le résultat était multiplié par 30 % selon la formule suivante :
- $$\text{Points de prix} = \text{offre de prix la plus basse} / \text{prix de l'offrant} \times 30$$
146. Dans la section 4.1.2 de la demande de soumissions 2, il était indiqué que le « prix de la soumission sera évalué...tel que présenté sous l'Annexe « B » : Base de paiement ». À l'annexe B modifiée : Base de paiement, il était exigé que les soumissionnaires présentent un « tarif par période » pour chaque demi-journée (5 heures) et journée entière (10 heures) et pour le temps supplémentaire, à un tarif horaire pour le nombre total de ressources dans chaque catégorie. Toutefois, l'annexe B : Base de paiement ne présentait pas d'information sur la *façon* dont le Ministère se servirait de ces renseignements pour calculer le prix proposé par le soumissionnaire.
147. Pour déterminer le prix proposé de chaque soumissionnaire, le Ministère a ajouté le tarif par période pour le nombre total de ressources dans chaque catégorie de ressources pour les tarifs d'une demi-journée, d'une journée entière et du temps supplémentaire. À l'aide de cette formule de calcul, on a déterminé que le prix du fournisseur retenu était de 49 515 \$ et que le prix du plaignant était de 53 315 \$. On n'a toutefois pas indiqué à l'avance aux soumissionnaires comment les tarifs individuels seraient convertis en un prix global et une note globale. Si les soumissionnaires avaient su à l'avance comment le prix de la soumission serait calculé, ils auraient pu présenter des tarifs différents, ce qui aurait pu conduire à un prix différent ou à une note différente.
148. Le Ministère a déterminé les résultats de l'évaluation financière en employant une méthode de calcul qui n'était pas incluse dans la demande de soumissions. La PMCT exige que les critères d'évaluation soient établis au préalable de sorte que les soumissionnaires puissent préparer une soumission éclairée. La méthodologie d'évaluation devrait être incluse dans la demande de soumissions afin de permettre aux fournisseurs de bien comprendre comment les informations de leur soumission seront utilisées pour le calcul du résultat.