

LE TEMPS OU L'ARGENT? MISE À JOUR NO 3 SUR LES MARCHÉS PUBLICS (INDEMNITÉS ET AUTRES MESURES CORRECTIVES)

Publié le 23 août, 2021

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

Lorsqu'une contestation en matière de marchés publics fédéraux s'avère fondée, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « Tribunal ») recommande une mesure corrective. La mesure qu'il suggère n'est pas obligatoire, même si, généralement, l'entité gouvernementale l'applique. Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'une entité du gouvernement fédéral ne peut pas ignorer une recommandation du Tribunal ou en retarder l'application simplement parce qu'elle est en désaccord, même si elle dépose une demande de contrôle judiciaire (voir *Canada (Procureur général) c Northrop Grumman Overseas Services Corporation*, 2007 CAF 336, 26 octobre 2007).

Le paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la « Loi sur le TCCE ») énonce des mesures correctives particulières, notamment :

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

On remarque deux types de mesures correctives : non pécuniaires et pécuniaires. Les deux visent à rectifier des erreurs dans la procédure des marchés publics, que ce soit en la recommençant à zéro, en changeant certains aspects de la décision du gouvernement ou en indemnisant le plaignant de ses pertes. (Le paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoit également une mesure injonctive, soit le report de l'attribution du contrat en cause jusqu'à la fin de l'enquête du Tribunal, qui peut uniquement être adjugée si le contrat n'a pas encore été attribué au moment de la plainte.)

Mesures non pécuniaires – Le temps

Les mesures correctives non pécuniaires visent à « remonter le temps » en rétablissant la situation dans l'état où elle était avant la violation par le gouvernement des accords commerciaux. Elles varient et sont parfois nouvelles et singulières, mais les plus fréquentes sont (seules ou en combinaison) :

1. la réévaluation de la soumission – le Tribunal relève les erreurs dans l'évaluation précédente et ordonne qu'elle soit faite à nouveau conformément à sa décision (ex. : *Marine Recycling Corporation et Canadian Maritime Engineering Ltd* (22 janvier 2021), PR-2020-038, PR-2020-044 et PR-2020-056);
2. l'annulation d'un contrat existant et/ou l'attribution à un autre fournisseur – il est parfois évident que, si ce n'était d'une erreur, le contrat aurait été attribué à un fournisseur en particulier (ex. : *Turbo Expert Québec Inc.* (6 février 2019), PR-2018-029).

Mesures pécuniaires – L'argent

Les mesures correctives pécuniaires servent à ordonner le versement d'une indemnité au plaignant pour compenser la violation des accords commerciaux par le gouvernement. Le Tribunal a publié des lignes directrices sur la détermination des montants des indemnités, une procédure distincte qui a lieu après la décision sur le fond (celle qui conclut qu'il y a eu une violation des accords commerciaux). On peut les consulter [sur cette page](#).

Les sommes adjugées par le Tribunal varient, et elles ont déjà dépassé les 25 millions de dollars (voir *Oshkosh Defense Canada Inc.* (29 décembre 2017), PR-2015-051 et PR-2015-067). Il y a trois catégories d'indemnités :

1. *Perte de profits*: lorsqu'il est clair que le plaignant aurait obtenu le contrat n'eût été la violation par le gouvernement.
2. *Perte d'occasion (perte de profits partielle)*: lorsqu'on ne peut affirmer avec certitude si c'est le plaignant ou un autre soumissionnaire qui aurait obtenu le contrat n'eût été la violation par le gouvernement. Pour déterminer le montant de l'indemnité, le Tribunal divise les profits que le plaignant aurait réalisés grâce au contrat par le nombre de soumissionnaires potentiels.
3. *Coût de la préparation de la soumission*: restitué lorsque la plainte est fondée, mais que le plaignant n'aurait pas obtenu le contrat.
4. *Frais du litige/honoraires d'avocat*: généralement adjugés lorsqu'une plainte est fondée. Souvent, le Tribunal est prêt à s'écarter de son tarif habituel (trois niveaux allant de 1 150 \$ à 4 700 \$) et à accorder des frais plus élevés en fonction des faits de l'espèce.

Voilà qui conclut le dernier article de notre série « Mise à jour sur les marchés publics ». Nos prochaines mises à jour porteront sur des décisions récentes, l'évolution des procédures et d'autres développements dans le domaine des marchés publics.

Pour en savoir plus, ou pour obtenir de l'aide relativement à la contestation d'un marché public fédéral auprès du Tribunal, veuillez contacter l'auteur, Peter Jarosz^[1], au 613.691.6145, ou à l'adresse peter.jarosz@mcmillan.ca.

[1] L'auteur a été avocat à la Direction des services juridiques du Secrétariat du Tribunal canadien du commerce

extérieur d'avril 2015 à avril 2021. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur.

Par [Peter Jarosz](#)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2021