



Ottawa, le jeudi 20 juillet 2000

Dossier n° : PR-2000-004

EU ÉGARD À une plainte déposée par Kildonan Associates Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

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

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte n'est pas fondée.

Zdenek Kvarda
Zdenek Kvarda
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

Date de la décision : Le 20 juillet 2000

Membre du Tribunal : Zdenek Kvarda

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Philippe Cellard

Partie plaignante : Kildonan Associates Inc.

Institution fédérale : Ministère de la Défense nationale

Ottawa, le jeudi 20 juillet 2000

Dossier n° : PR-2000-004

EU ÉGARD À une plainte déposée par Kildonan Associates Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

Le 25 avril 2000, Kildonan Associates Inc. (Kildonan) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ à l'égard du marché public (numéro d'invitation DND 99/0630) du ministère de la Défense nationale (MDN) portant sur la prestation de services de soutien à la gestion et à l'administration du Programme de la Médaille canadienne du maintien de la paix (MCMP). Le besoin vise une période initiale de quatre ans, plus une année supplémentaire optionnelle.

Kildonan a allégué que lorsque le MDN a évalué et coté sa proposition, qu'il a ensuite jugée non-conforme, le Ministère n'a pas suivi les procédures décrites en détail dans la demande de propositions (DP). Kildonan a allégué plus précisément que sa proposition a été déclarée non-conforme à cause d'un critère (absence d'engagement démontré ou de preuve d'obligations contractuelles de la part du personnel « requis selon les besoins ») qui n'était pas établi dans la DP. Kildonan a en outre allégué que dans l'évaluation de sa proposition, le Ministère a suivi une démarche contraire à celle qui était décrite dans la DP.

Kildonan a demandé, à titre de mesure corrective, que sa proposition soit jugée conforme et qu'on l'évalue en regard d'autres propositions conformes, en utilisant la première note qu'elle a obtenue. Sinon, Kildonan a demandé à être indemnisée des frais de gestion et d'administration de 20 p. 100 qu'elle aurait gagnés si le contrat lui avait été adjugé.

Le 3 mai 2000, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, car elle satisfaisait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions établies au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le même jour, le Tribunal a publié une ordonnance reportant l'adjudication de tout contrat portant sur le marché public en question jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le 26 mai 2000, le MDN a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 9 juin 2000, Kildonan a déposé des commentaires sur le RIF auprès du Tribunal. Le 19 juin 2000, le Tribunal a demandé au MDN d'autres renseignements sur le processus d'évaluation des soumissions suivi en l'occurrence. Le 22 juin 2000, le MDN a envoyé au Tribunal les renseignements supplémentaires demandés. Le 30 juin 2000, Kildonan a déposé des commentaires sur les renseignements supplémentaires du MDN déposés auprès du Tribunal.

-
1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
 2. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].
 3. D.O.R.S./91-499.

Les renseignements au dossier permettant de déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 7 janvier 2000, un avis de projet de marché et une DP portant sur le marché public en question ont été affichés sur le service électronique d'appels d'offres canadien (MERX). La DP se lit en partie comme il suit :

12. Le MDN a besoin d'une équipe de projet constituée d'un gestionnaire du bureau du projet/chef d'équipe principal et de trois chefs d'équipe (*à plein temps*), qui seront chargés de [...]

13. Il faudra jusqu'à six employés de « soutien administratif » de plus pour aider au besoin les chefs d'équipe.

20. On encourage les soumissionnaires à fournir autant de renseignements qu'il le faut pour démontrer clairement qu'ils satisfont aux exigences obligatoires et pour assurer que les critères évalués peuvent être dûment évalués.

21. Le soumissionnaire doit avoir la capacité et l'expérience nécessaires pour fournir du personnel de soutien administratif au besoin, à cinq jours d'avis.

22. Le soumissionnaire doit pouvoir proposer les chefs d'équipe de projet (quatre candidats) qui ont les qualités obligatoires suivantes ou les dépassent [...]

- ◆ détenir une « cote accordée après vérification approfondie de la fiabilité » valide (accordée par la Division de la sécurité industrielle de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada), ou pouvoir l'obtenir. *Nota* : Il faut démontrer cette « admissibilité » lors du dépôt des copies de la soumission et/ou en réponse à la DSI de TPSGC.

23. Le soumissionnaire doit pouvoir proposer au moins 6 (minimum) et au plus 10 candidats (maximum) « selon les besoins » comme employés de « soutien administratif » qui ont les qualités obligatoires suivantes ou les dépassent [...]

- ◆ détenir une « cote accordée après vérification approfondie de la fiabilité » valide, ou pouvoir l'obtenir.

24. Les propositions qui satisfont aux exigences obligatoires seront évaluées plus à fond. On attribuera, pour les exigences cotées, une note fondée sur la mesure dans laquelle le soumissionnaire satisfait aux exigences respectives.

[Traduction]

Au moment de la clôture des soumissions, le 24 février 2000, le MDN avait reçu 11 propositions, dont une de Kildonan. L'agent de négociation des contrats a fourni la partie technique de toutes les propositions au directeur du projet MCMP⁴ pour qu'il l'évalue en fonction des exigences obligatoires et cotées énoncées dans la DP. Le directeur du projet MCMP qui avait préparé le « formulaire d'évaluation des soumissions » (c.-à-d. la grille d'évaluation) a fait fonction de secrétaire de l'équipe d'évaluation technique (l'équipe d'évaluation), qui comportait aussi deux⁵ membres du personnel du MDN. Le 3 mars 2000, conformément à la pratique du MDN, le directeur du projet MCMP a transmis les résultats de l'évaluation des soumissions (ainsi que les « formulaires d'évaluation des soumissions » remplis) à l'agent de négociation des contrats accompagnés d'un message électronique, qui se lit en partie comme suit : « Les évaluateurs ont jugé que neuf entreprises [y compris Kildonan] étaient conformes et que deux n'étaient pas

4. Un consultant ou entrepreneur de Kildonan.

5. Un des membres du personnel du MDN a été remplacé pour une partie du processus.

entièrement conformes. Toutes les soumissions ont été cotées. Le capitaine [un membre du personnel du MDN qui faisait partie de l'équipe d'évaluation] vous fournira des commentaires écrits lundi puisqu'il a des observations importantes à formuler » [traduction]. Après avoir étudié les résultats de l'évaluation, l'agent de négociation des contrats a noté que les exigences obligatoires décrites aux paragraphes 21, 22 et 23 de la DP n'avaient pas été incluses dans la grille d'évaluation et n'avaient pas été évaluées au cours de l'évaluation technique. C'est pourquoi l'agent de négociation des contrats a demandé qu'on modifie la grille d'évaluation pour y inclure les trois exigences obligatoires manquantes et qu'on réévalue toutes les propositions restantes en fonction de la grille d'évaluation révisée. Le 20 mars 2000, les résultats de cette nouvelle évaluation, réalisée par un des deux membres du personnel du MDN mentionnés ci-dessus, avec l'aide du directeur du projet MCMP, ont été soumis à l'agent de négociation des contrats. Les résultats ont notamment révélé que la proposition de Kildonan ne démontrait pas clairement qu'elle satisfaisait à toutes les exigences obligatoires de la DP.

Le 24 mars 2000, le MDN a informé Kildonan, par écrit, de son intention d'adjuger le contrat à Excel Human Resources, le soumissionnaire choisi. La lettre se lit en partie comme suit :

J'ai le regret de vous informer que votre proposition a été jugée non-conforme, car elle n'a pas démontré clairement que vous aviez satisfait à l'exigence obligatoire suivante.

Paragraphe 21. Le soumissionnaire doit avoir la capacité et l'expérience nécessaires pour fournir du personnel de soutien administratif au besoin, à cinq jours d'avis.

[Traduction]

Le 29 mars 2000, Kildonan s'est opposée par écrit à la décision du MDN. Dans sa lettre, Kildonan a affirmé que le fait qu'elle avait identifié nommément dans sa proposition le maximum de dix (10) employés de soutien et qu'elle avait joint leur curriculum vitæ démontrait en soi que ces personnes s'étaient engagées à travailler au projet MCMP pour Kildonan.

Afin de déterminer si l'affirmation de Kildonan était justifiée, l'agent de négociation des contrats a revu une fois de plus, le 4 ou le 5 avril 2000, la proposition de Kildonan en fonction des exigences obligatoires énoncées dans la DP. Selon le RIF, cette étude a révélé que même si Kildonan a identifié 10 employés de soutien dans sa proposition, des 10 curriculum vitæ fournis, 3 seulement démontraient clairement que tous les critères obligatoires du paragraphe 23 de la DP étaient satisfaits. Cette étude a aussi révélé que la proposition de Kildonan ne démontrait pas clairement que l'entreprise avait satisfait à l'exigence obligatoire énoncée au paragraphe 22 de la DP, soit que tous les chefs d'équipe détiennent une « cote accordée après vérification de fiabilité approfondie », ou qu'ils puissent l'obtenir. Kildonan n'a pas démontré dans sa proposition qu'elle satisfait à cette exigence dans le cas d'un des quatre chefs d'équipe qu'elle proposait.

Le 10 avril 2000, le MDN a répondu à la lettre de Kildonan en soulignant que la proposition ne contenait pas d'énoncé clair de capacité et de conformité et qu'elle n'avait pas démontré non plus son engagement ni présenté de preuve de l'obligation contractuelle du personnel « requis selon les besoins ».

POSITION DES PARTIES

Position du MDN

Le MDN a affirmé que conformément au paragraphe 24 de la DP, comme Kildonan n'avait pas démontré clairement dans sa proposition qu'elle satisfaisait aux exigences obligatoires énoncées dans la DP, sa proposition ne pouvait être évaluée ni étudiée plus avant.

Le MDN a soutenu que les procédures d'évaluation établies dans la DP ont été suivies et que la proposition de Kildonan n'a pas été évaluée en fonction des critères cotés lorsqu'il a été déterminé qu'elle ne satisfaisait pas à certaines exigences obligatoires. Le MDN a soutenu que juger la proposition de Kildonan conforme serait contraire à la DP et aux dispositions de l'article 10.8.6⁶ de la Politique des marchés du Conseil du Trésor du Canada.

Le MDN a affirmé que la proposition de Kildonan ne pouvait être jugée recevable qu'en fonction d'une liste partielle de critères obligatoires énoncés dans la DP. Le MDN a affirmé qu'accepter une telle situation équivaldrait à réduire ou modifier en réalité les exigences obligatoires après la date et l'heure de clôture des soumissions, ce qui serait injuste pour les autres soumissionnaires et pour les fournisseurs potentiels qui ont décidé de ne pas présenter de soumission parce qu'ils savaient qu'ils ne satisferaient pas à toutes les exigences obligatoires énoncées dans la DP.

Position de Kildonan

Kildonan a affirmé que tout le personnel du MDN qui a participé à l'évaluation des propositions savait que le directeur du projet MCMP travaillait comme contractuel pour Kildonan lorsque le formulaire d'évaluation des soumissions a été conçu, revu et mis en œuvre. Kildonan a ajouté que l'agent de négociation des contrats du MDN avait pu revoir le formulaire d'évaluation des soumissions proposé et corriger toute erreur ou tout oubli qu'elle jugeait nécessaire de corriger avant l'évaluation. Kildonan a affirmé en fait que l'agent de négociation des marchés avait approuvé le formulaire d'évaluation des soumissions et l'avait jugé satisfaisant à cette fin.

Kildonan a affirmé aussi que l'agent de négociation des contrats connaissait la note de Kildonan et sa position relative lorsqu'elle a demandé de rajuster le formulaire d'évaluation des soumissions et de réévaluer toutes les propositions. Kildonan a affirmé en outre que les résultats de la revue effectuée après le 29 mars 2000 ne peuvent être considérés comme pertinents aux fins de la présente enquête, car ils constituent le résultat d'une revue qui visait spécifiquement une soumission et qui a été effectuée après coup par un examinateur qu'on pourrait juger non indépendant.

Kildonan a ajouté que le MDN essaie d'imputer les erreurs de sa procédure d'évaluation au fait que le directeur du projet MCMP travaillait comme contractuel pour Kildonan. Toutefois, a affirmé Kildonan, il reste que le MDN était en fin de compte responsable de l'évaluation des propositions et que, contrairement aux procédures décrites en détail dans la DP, même si l'on a affirmé que la proposition de Kildonan ne satisfaisait pas à une exigence obligatoire, le MDN a évalué et coté sa proposition.

En ce qui concerne la raison invoquée par le MDN pour déclarer sa proposition irrecevable, Kildonan a affirmé que la lettre de référence d'un conseiller de la Branche des services de la logistique des Forces canadiennes, datée du 15 février 2000⁷ et jointe à sa proposition, démontre sa capacité de fournir rapidement du personnel de qualité et son expérience en la matière.

Dans ses observations du 30 juin 2000, Kildonan a affirmé que l'on pourrait considérer que la réévaluation des propositions cotées et classées est un moyen d'éliminer les propositions excessivement coûteuses (non conformes au budget) ou de sélectionner l'entreprise privilégiée.

6. L'article 10.8.6 se lit en partie comme suit : « Acceptation des soumissions. [...] une soumission valide est une soumission chiffrée, présentée en réponse à un appel d'offres d'une autorité contractante et répondant à toutes les exigences énoncées. [...] Une soumission ou proposition est invalide (ou irrecevable) si elle ne répond pas à toutes les exigences impératives ».

7. Plainte, onglet 3.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTE

Décision du Tribunal

L'article 30.14 de la Loi sur le TCCE exige que dans l'exécution d'une enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. De plus, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des procédures et autres exigences établies par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du Règlement prévoit en outre notamment que le Tribunal doit déterminer si le marché a été passé conformément à l'*Accord sur le commerce intérieur*⁸ et l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁹.

L'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA prévoit que « pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation ». Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit en partie que « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ».

Le Tribunal doit décider en l'occurrence si le MDN a évalué la proposition de Kildonan conformément à la méthodologie établie dans la DP et selon les critères obligatoires qui y sont énoncés. Le Tribunal est d'avis que le paragraphe 21 de la DP exigeait clairement que les soumissionnaires aient la capacité et l'expérience nécessaires pour fournir au besoin le personnel de soutien administratif à cinq jours d'avis. Le paragraphe 20 de la DP encourageait les soumissionnaires à fournir autant de renseignements qu'il le fallait pour démontrer clairement qu'ils satisfaisaient aux exigences obligatoires. Le paragraphe 24 de la DP indiquait en outre que les propositions satisfaisant aux exigences obligatoires seraient évaluées plus à fond et qu'on leur attribuerait une note fondée sur les exigences cotées.

Le Tribunal est convaincu qu'en évaluant la proposition de Kildonan, le MDN a dûment appliqué la méthodologie d'évaluation énoncée dans la DP et a évalué correctement la proposition de Kildonan en fonction des exigences obligatoires décrites au paragraphe 21 de la DP.

Après une étude attentive et détaillée de toute la procédure de passation du marché public, le Tribunal est d'avis que, à cause d'une erreur commise par le MDN dans l'élaboration de la grille d'évaluation de cet appel d'offres, trois exigences obligatoires, y compris celle qui est décrite au paragraphe 21 de la DP, avaient été oubliées dans la grille. Lorsque l'équipe d'évaluation a procédé à la première évaluation, elle n'a donc pas évalué ces facteurs obligatoires dans le cas d'aucune des propositions soumises et 9 des 11 propositions soumises ont donc été jugées recevables (y compris celle de Kildonan) et cotées. Peu après cette première évaluation, l'agent de négociation des contrats a découvert que trois exigences obligatoires énoncées dans la DP (critères obligatoires énoncés aux paragraphes 21, 22 et 23) n'avaient pas été évaluées à cause d'une lacune de la grille d'évaluation. On a donc révisé la grille d'évaluation pour y inclure toutes les exigences obligatoires énoncées dans la DP. On a ensuite réévalué toutes les propositions jugées recevables au cours de la première évaluation. De l'avis du Tribunal, le MDN a agi avec diligence pour corriger son erreur administrative après l'avoir découverte et il a agi de bonne foi et équitablement à l'égard de tous les fournisseurs potentiels pendant tout le processus d'évaluation. Le Tribunal est donc d'avis que le MDN n'a pas agi contrairement à l'ALÉNA et l'ACI lorsqu'il a réévalué la

8. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994 [ci-après ACI].

9. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].

proposition de Kildonan. Le Tribunal signale aussi que l'erreur administrative du MDN n'a pas causé de préjudice à Kildonan.

C'est au cours de la deuxième évaluation que le MDN a déterminé que la proposition de Kildonan ne satisfaisait pas à l'exigence décrite au paragraphe 21 de la DP. À cet égard, le Tribunal est d'avis que même si le MDN a appliqué cette exigence rigoureusement, il a agi raisonnablement en la matière, conformément aux conditions de la disposition. En fait, ni la proposition de Kildonan, ni la lettre de référence du conseiller de la Branche des services de la logistique du MDN jointe à la proposition ne mentionnaient clairement que Kildonan avait la capacité et l'expérience nécessaires pour fournir au besoin du personnel de soutien administratif à cinq jours d'avis. La lettre de référence indiquait simplement que Kildonan pouvait fournir rapidement du personnel qualifié et compétent. Il était raisonnable pour le MDN de conclure que Kildonan n'avait pas démontré sa capacité de fournir « du personnel de soutien administratif », selon les besoins, à cinq jours d'avis, ni son expérience en la matière. Le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui de l'équipe d'évaluation. Le Tribunal est d'avis que le MDN n'a pas agi contrairement à l'ALÉNA et l'ACI lorsqu'il a jugé la proposition de Kildonan non-conforme aux critères obligatoires énoncés au paragraphe 21 de la DP, ni lorsqu'il a déclaré la proposition irrecevable.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public a été passé conformément aux dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI et que, par conséquent, la plainte n'est pas fondée.

Zdenek Kvarda
Zdenek Kvarda
Membre président