



Ottawa, le lundi 11 septembre 2000

**Dossier n° : PR-2000-005**

EU ÉGARD À une plainte déposée par Radiant Point Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> 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 est fondée en partie.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Radiant Point Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

James A. Ogilvy

James A. Ogilvy  
Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger  
Secrétaire

Date de la décision : Le 11 septembre 2000

Membre du Tribunal : James A. Ogilvy, membre président

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Marie-France Dagenais

Partie plaignante : Radiant Point Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke  
Christianne M. Laizner

Ottawa, le lundi 11 septembre 2000

Dossier n° : PR-2000-005

EU ÉGARD À une plainte déposée par Radiant Point Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> 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 27 avril 2000, Radiant Point Inc. (Radiant Point) 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*<sup>1</sup> à l'égard d'un marché public (numéros d'invitation 05005-9-0492/A, /B et /C)<sup>2</sup> du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) relativement à la fourniture de matériel<sup>3</sup> et de services<sup>4</sup> requis par le Bureau du Directeur général des élections du Canada (Élections Canada) pour exécuter des activités électorales fédérales (élections générales, référendums et élections partielles). Le contrat porte sur une période de 48 mois et contient une disposition de renouvellement facultatif pour une période supplémentaire de 12 mois.

Radiant Point a soutenu que, contrairement aux dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>5</sup>, de l'*Accord sur les marchés publics*<sup>6</sup> et de l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>7</sup>, le Ministère l'a induite en erreur au sujet de la conformité technique de la proposition qu'elle a soumise en réponse à l'invitation A. Plus précisément, Radiant Point a soutenu que : 1) on a refusé de lui communiquer des renseignements cruciaux qui ont été transmis à d'autres soumissionnaires; 2) ses propositions en réponse à la première, à la deuxième et à la troisième demande de proposition (DP) n'ont pas fait l'objet d'une évaluation correcte et juste; 3) elle a fait l'objet de discrimination de la part du Ministère.

Radiant Point a demandé, à titre de mesure corrective, le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission et pour le dépôt de la plainte ainsi qu'une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle aurait pu tirer du marché si la proposition qu'elle a présentée en réponse à l'invitation B ou à l'invitation C avait été correctement évaluée par le Ministère et si le marché lui avait été adjugé.

1. L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. Ci-après appelées invitation A, invitation B et invitation C.
3. Les volumes estimatifs pour le matériel sont les suivants : 3 500 micro-ordinateurs, 602 imprimantes, 301 serveurs, 301 concentrateurs et du matériel connexe. Source : Demande de proposition à la p. 2.
4. Y compris l'entreposage, la livraison, la configuration, l'installation, la désinstallation, la documentation, les services de garantie et d'entretien et l'aide technique. Source : Demande de proposition à la p. 2.
5. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ci-après ALÉNA].
6. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)> [ci-après AMP].
7. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994 [ci-après ACI].

Les 3 et 4 mai 2000, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*<sup>8</sup>. Le 16 juin 2000, le Ministère a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>9</sup>. Le 29 juin 2000, Radiant Point a déposé ses commentaires sur le RIF auprès du Tribunal. Le 13 juillet 2000, le Tribunal a demandé des renseignements supplémentaires au Ministère au sujet de l'évaluation des produits qui a eu lieu à la fin de l'invitation A. Le 24 juillet 2000, le Ministère a déposé les renseignements supplémentaires auprès du Tribunal et, le 22 août 2000, Radiant Point a déposé ses commentaires sur les renseignements supplémentaires déposés par le Ministère auprès du Tribunal.

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

La procédure de passation du marché public pour le besoin en cause a débuté à la réception, par le Ministère, d'une demande d'acquisition provenant d'Élections Canada le 5 juillet 1999.

Une DP afférente à l'invitation A a été diffusée le 30 septembre 1999 par l'entremise du Service électronique d'appels d'offres canadien (MERX) et de *Marchés publics*, la date de clôture étant fixée au 16 novembre 1999.

Six propositions, dont celles provenant respectivement de Radiant Point, GE Capital et IBM Canada Ltée (IBM), avaient été reçues le 16 novembre 1999. Selon le RIF, l'évaluation des propositions a consisté, par ordre de préséance, en une évaluation technique, une évaluation des exigences cotées, une évaluation financière et une évaluation des produits.

La section 4.0 de l'appendice « E » de la DP, « Évaluation des produits » [traduction], indique, notamment, ce qui suit :

À la demande de l'autorité contractante, le soumissionnaire **DOIT** fournir à l'équipe d'évaluation des produits d'Élections Canada, à 48 heures d'avis, deux systèmes pleinement configurés (y compris les serveurs, ordinateurs de bureau, imprimantes, systèmes d'alimentation sans interruption, concentrateurs et barres d'alimentation) aux fins d'évaluation et d'homologation.

Le soumissionnaire devra démontrer à l'équipe d'évaluation d'Élections Canada que les systèmes fournis fonctionnent correctement avant qu'Élections Canada ne les accepte aux fins d'évaluation.

Si un système ne fonctionne pas correctement alors que le soumissionnaire a déjà attesté de son bon fonctionnement, le soumissionnaire aura droit à une période maximale de quatre instances ou à une période maximale chronométrée de huit heures pour identifier et corriger toutes et chacune des défaillances du matériel relevées dans le cadre de l'évaluation des produits.

[Traduction]

Le 30 novembre 1999, l'évaluation technique, l'évaluation des exigences cotées et l'évaluation financière des propositions ont été complétées, et seules les propositions de GE Capital et d'IBM ont été retenues pour considération ultérieure. Les autres propositions, y compris celle de Radiant Point, ont été

---

8. D.O.R.S./93-602 [ci-après *Règlement*].

9. D.O.R.S./91-499.

jugées irrecevables puisqu'elles n'avaient pas obtenu le résultat minimum de 70 p. 100 des points attribués pour les exigences cotées. En outre, il a été déterminé que GE Capital avait présenté la proposition la « moins-disante » et, donc, le 30 novembre 1999, cette dernière a été avisée de soumettre le système proposé à Élections Canada aux fins de « l'évaluation des produits », comme le prévoyait la DP.

GE Capital a tenté à de nombreuses reprises, mais sans succès, de fournir à Élections Canada son système configuré, tel qu'elle l'avait proposé, aux fins d'évaluation et d'homologation. Cependant, il a été déterminé que GE Capital avait échoué l'évaluation des produits parce que le modem qu'elle proposait ne pouvait fonctionner avec le serveur tournant sous le système d'exploitation Microsoft Windows NT Server Version 4.0 et parce que GE Capital avait omis de rendre disponible, aux fins d'évaluation des produits, un des moniteurs qu'elle proposait.

Selon le RIF, à ce stade de l'invitation A, seule la proposition d'IBM était encore retenue pour examen ultérieur. À l'étude des composants spécifiques du système proposé par IBM dans le contexte de l'évaluation des produits ultérieure, il a été déterminé que des éclaircissements de la part d'IBM étaient requis pour savoir lequel des trois modems mentionnés dans sa proposition elle offrait. À l'étude de la réponse d'IBM, il a été déterminé que le modem proposé par cette dernière ne satisfaisait pas l'exigence obligatoire portant sur le fonctionnement à une vitesse de transmission de pointe de 56 kilobits la seconde. Étant donné ce qui précède, il n'y a pas eu d'évaluation du système proposé par IBM. Le 14 janvier 2000, les six entreprises qui avaient présenté des propositions ont été informées, par lettre, que l'invitation à soumissionner allait être lancée de nouveau, puisque aucune proposition recevable n'avait été reçue en réponse à l'invitation A. Le ou vers le même jour, Radiant Point a demandé une réunion d'information. Le Ministère a refusé cette demande.

Également le 14 janvier 2000, le Ministère a transmis une invitation à soumissionner révisée (invitation B) aux six soumissionnaires, la date de clôture étant fixée au 28 janvier 2000. L'invitation B comprenait les modifications apportées à l'invitation A dans le cadre du processus de questions et réponses et diverses modifications administratives. Toutes les modifications faites entre l'invitation A et l'invitation B étaient mises en évidence dans l'invitation B pour qu'elles soient facilement repérables. L'invitation B comprenait aussi une déclaration précisant que l'invitation B annulait et remplaçait l'invitation A.

Le 14 janvier 2000, le Ministère a téléphoné aux quatre soumissionnaires (y compris Radiant Point) qui n'avaient pas obtenu le résultat minimum de 70 p. 100 pour les exigences cotées de l'invitation A pour leur faire part de leurs résultats et des observations de l'équipe d'évaluation sur ces résultats. Lors de ces appels téléphoniques, les quatre soumissionnaires ont aussi été informés que leurs propositions techniques soumises en réponse à l'invitation A avaient été jugées recevables. Selon le RIF, ni GE Capital ni IBM n'ont reçu d'autres renseignements que ceux qu'elles ont pu glaner à l'étape de l'évaluation des produits de l'invitation A. Aucun soumissionnaire n'a jamais reçu d'information au sujet des problèmes liés aux propositions des autres entreprises.

Le 24 janvier 2000, le Ministère a envoyé une lettre d'éclaircissement aux six soumissionnaires, ainsi qu'il suit :

Le nouvel appel d'offres comportera une évaluation complète des nouvelles soumissions. L'évaluation des propositions antérieures, soumises dans le cadre de l'invitation à soumissionner n° 05005-9-0492/A n'aura aucune incidence sur la nouvelle évaluation. Il incombe au soumissionnaire de faire en sorte que sa nouvelle soumission réponde à toutes les exigences de la nouvelle invitation à soumissionner n° 05005-9-0492/B.

Les nouvelles soumissions seront évaluées en tant que documents complets en soi. **LES RENVOIS À LA SOUMISSION ANTÉRIEURE SONT INTERDITS.**

[Traduction]

Le 28 janvier 2000, les six soumissionnaires avaient soumis de nouvelles propositions. L'évaluation technique des propositions présentées en réponse à l'invitation B a été complétée le 14 février 2000. Selon le RIF, chacune des six propositions présentait une section ou plus qui n'était pas conforme aux exigences techniques obligatoires énoncées dans l'invitation B. Par conséquent, le processus d'évaluation de toutes les propositions soumises en réponse à l'invitation B a pris fin à ce moment-là. Selon le RIF, aucun soumissionnaire n'a été informé des problèmes particuliers à sa proposition. Cependant, Radiant Point avait encore demandé une réunion d'information.

Le 16 février 2000, le Ministère a une fois de plus écrit aux six soumissionnaires, les avisant, notamment, de ce qui suit :

Le présent document d'invitation à soumissionner, l'invitation n° 05005-9-0492/C annule et remplace le document de l'invitation à soumissionner précédent, l'invitation n° 05005-9-0492/B du 14 janvier 2000.

L'invitation à soumissionner est lancée de nouveau parce que, à la suite de l'évaluation de toutes les propositions techniques présentées, aucune soumission n'a été jugée recevable. Par conséquent, il a été mis fin au processus d'évaluation. Étant donné que l'évaluation a pris fin à l'étape susmentionnée, aucune conclusion ne peut être tirée au sujet de l'existence d'autres éléments non conformes dans n'importe quelle des soumissions. **IL INCOMBE AU SOUMISSIONNAIRE DE VEILLER À CE QUE SA SOUMISSION SOIT CONFORME AVANT DE LA PRÉSENTER DE NOUVEAU.**

Les lacunes à l'origine de l'irrecevabilité des soumissions sont directement attribuables à une lecture insuffisamment attentive des documents de la DP et, plus précisément, au manque d'attention aux exigences obligatoires et aux spécifications techniques. Étant donné ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'apporter des modifications ou des ajouts à la nouvelle invitation à soumissionner, sauf pour ce qui suit :

**Il n'est PAS nécessaire de présenter un nouveau document complet de la proposition, mais les soumissionnaires peuvent le faire s'ils le veulent. Un soumissionnaire qui décide de modifier la proposition qu'il a soumise en réponse à l'invitation n° 05005-9-0492/B plutôt que de soumettre une nouvelle proposition doit obligatoirement préciser expressément quelles pages ou quelles sections doivent être supprimées et ce qui les remplace.**

[Trait de soulignement ajouté]

[Traduction]

La date de clôture de l'invitation C était le 22 février 2000.

Le 16 février 2000, Radiant Point a téléphoné à deux représentants du Ministère demandant d'être informée d'une façon spécifique des parties de sa proposition devant être corrigées. Selon le RIF, la seule information transmise à Radiant Point lors desdites conversations téléphoniques a été que « tous les soumissionnaires devaient considérer attentivement chacune des exigences obligatoires » [traduction].

Les six soumissionnaires ont soumis une proposition en réponse à l'invitation C. Selon le RIF, l'évaluation technique des propositions soumises en réponse à l'invitation C a été complétée le 10 mars 2000. Seule la proposition d'IBM a été jugée conforme aux exigences obligatoires énoncées dans la DP. Par conséquent, elle a été soumise à une évaluation des exigences cotées et a obtenu la note de passage. Le 14 mars 2000, il a été demandé à IBM de soumettre le système qu'elle proposait aux fins d'une

« évaluation des produits ». Le 20 mars 2000, l'évaluation a été complétée avec succès et la proposition d'IBM a été jugée pleinement conforme.

La proposition présentée par Radiant Point en réponse à l'invitation C a été jugée non conforme parce qu'elle ne satisfaisait pas l'exigence énoncée à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP, qui indique ce qui suit :

#### 2.2 Homologation Microsoft NT

doit détenir l'homologation Microsoft NT Server vers. 4.0 (au niveau du logo). L'homologation doit être décernée par Microsoft à l'assembleur final du système (identifié par la marque de commerce affichée sur l'unité du système et dans la totalité des guides d'aide et de la documentation). Une preuve d'homologation pour chaque système proposé doit être soumise sous forme d'une copie du rapport complet d'homologation Microsoft NT. La réponse à l'appel d'offres doit comprendre ce ou ces rapports.

[Traduction]

Le 31 mars 2000, un contrat a été adjugé à IBM. Le 4 avril 2000, le Ministère a informé les soumissionnaires non retenus qu'un contrat avait été adjugé et a informé chacun des soumissionnaires des motifs pour lesquels sa proposition respective avait été jugée irrecevable, puis il leur a offert la possibilité d'une réunion d'information.

Dans sa lettre à Radiant Point visant à établir le contexte entourant l'exigence obligatoire portant sur l'homologation afférente au serveur, le Ministère a donné d'autres renseignements généraux au sujet de la condition portant sur l'homologation (au niveau du logo) relative au système d'exploitation Microsoft Windows NT Server Version 4.0, y compris les renseignements au sujet du Microsoft Windows NT Server System Design Guide 1.0 (SDG 1.0).

À la réunion d'information tenue le 12 avril 2000, mettant en présence Radiant Point, le Ministère et Élections Canada, il est devenu manifeste que les renvois au SDG 1.0 dans la lettre du Ministère, envoyée le 4 avril 2000 à Radiant Point, était source de confusion pour plusieurs des représentants de Radiant Point.

## **POSITION DES PARTIES**

### **Position du Ministère**

Le Ministère a soutenu que l'affirmation de Radiant Point, selon laquelle cette dernière a subi un tort parce que le Ministère l'avait informée que sa proposition technique en réponse à l'invitation A avait été jugée conforme, est dénuée de fondement si l'on considère le contexte de l'information plus pertinente fournie aux soumissionnaires après l'invitation B. Cette dernière information, selon le Ministère, signalait expressément que toutes les propositions techniques des soumissionnaires qui avaient été présentées en réponse à l'invitation B étaient non conformes.

Le Ministère a soutenu que, en toute logique, Radiant Point aurait dû, d'une façon raisonnable, centrer son attention sur l'évaluation de sa soumission présentée en réponse à l'invitation B, lorsqu'elle a préparé sa proposition en réponse à l'invitation C. Par conséquent, le Ministère a soutenu que l'information, relative à la proposition que Radiant Point a présentée en réponse à l'invitation A, à savoir que ladite proposition était techniquement conforme ou recevable, n'était absolument pas pertinente à l'élimination de la proposition de Radiant Point après la troisième invitation à soumissionner.

Le Ministère a en outre soutenu que tout renseignement qu'ont pu glaner GE Capital et IBM dans le cadre de l'évaluation des produits réalisée à la fin de l'invitation A ne leur a clairement été d'aucune aide dans la préparation de leur proposition subséquente puisque les deux soumissionnaires ont présenté des propositions techniquement non conformes en réponse à l'invitation B. En outre, le Ministère a soutenu que l'information glanée par GE Capital et IBM à l'étape de l'évaluation des produits de l'invitation A ne se rapportait qu'à leurs modems. Une telle information, selon le Ministère, n'avait pas rapport à l'invitation à soumissionner finale ni à l'élimination de Radiant Point parce que cette dernière avait omis de fournir, dans sa proposition, l'homologation correcte relative au système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0.

Le Ministère a soutenu que la seule question à trancher dans la présente plainte est celle de savoir si la proposition technique présentée par Radiant Point en réponse à l'invitation C a correctement été jugée non conforme pour le motif qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences énoncées à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP. Le Ministère a soutenu que l'homologation du serveur exigée revêt une importance particulière dans le contexte de l'utilisation du matériel, c.-à-d. pour les résultats d'élections, où la panne d'un système serait catastrophique. Le Ministère a soutenu que Radiant Point n'a pas inclus, dans sa proposition, de matériel ayant une capacité de serveur en tant que produit à livrer. En fait, Radiant Point a proposé le même matériel sous la rubrique « **Configuration standard du bureau** » et « **Configuration standard du serveur** », c.-à-d. le Seanix TCO GAT III 500 ayant un processeur Intel Pentium III de 500 MHz<sup>10</sup>. Le Seanix TCO GAT III 500, selon le Ministère, n'est pas homologué par Microsoft pour fonctionner avec le système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0 à titre de serveur.

En ce qui a trait à l'affirmation de Radiant Point selon laquelle le « rapport d'essai de système PC 98 », concernant le Seanix TCO GAT III 500 qu'elle a proposé, satisfaisait aux exigences énoncées à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP, le Ministère a soutenu que ledit rapport n'est pas un rapport d'essai homologuant un serveur fonctionnant sous Microsoft NT Server Version 4.0. Radiant Point n'a pas fourni de document d'homologation pour démontrer que le Seanix TCO GAT III 500 qu'elle a proposé est conforme aux exigences du Microsoft Windows NT Server SDG 1.0, comme le prévoit le rapport d'essai du serveur. Plutôt, selon le Ministère, son « rapport d'essai de système PC 98 » montre que seules les exigences relatives à l'homologation PC 98 (ordinateur personnel) sont satisfaites.

Le Ministère a demandé d'avoir l'occasion de présenter d'autres exposés au sujet des frais.

Le 24 juillet 2000, dans le cadre de la prestation de renseignements supplémentaires demandés par le Tribunal, le Ministère a soutenu que, durant la totalité de l'exercice d'évaluation des produits tenu à la fin de l'invitation A, aucun résultat d'essai n'a été transmis par Élections Canada à GE Capital. Les communications ont été limitées à la réception, par Élections Canada, du matériel complet et précis aux fins de l'évaluation des produits. Le seul renseignement recueilli par GE Capital se rapportait au fait que le modem fax n'était pas compatible avec le système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0. Le Ministère a soutenu que, bien que le problème concernant le modem ait été découvert à l'étape de l'évaluation des produits, la nature dudit problème était telle que GE Capital aurait pu le découvrir elle-même en tout temps, simplement en demandant à l'un de ses techniciens d'examiner le matériel inclus dans sa proposition. Le Ministère a soutenu qu'il semble que cela ait été fait puisque le 2 décembre 1999, avant l'évaluation du système proposé par GE Capital, cette dernière a tenté de remplacer le modem proposé par d'autres qui auraient fonctionné correctement avec le système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0.

---

10. Voir le RIF, pièce 8.

En ce qui a trait au traitement de la proposition qu'IBM a présentée en réponse à l'invitation A, le Ministère a indiqué qu'il n'y a eu aucune évaluation du système proposé par IBM. En outre, le Ministère a soutenu que la seule information glanée par IBM relativement à sa proposition était limitée à la demande du Ministère au sujet du modem proposé. Parce que la proposition d'IBM n'indiquait pas clairement lequel des trois différents modems était le modem proposé, le Ministère a demandé à IBM d'apporter des éclaircissements à sa proposition à cet égard. Cette information, selon le Ministère, n'a pas pu favoriser IBM de quelque façon que ce soit.

### **Position de Radiant Point**

Radiant Point a soutenu que la réalisation, par le client, d'une évaluation du système proposé par GE Capital, et plus précisément du modem proposé, même si un des moniteurs requis n'était pas disponible pour essai dans les 48 heures suivant l'avis à cette fin, est une violation des dispositions de la DP. En fait, Radiant Point a soutenu que, par suite d'une évaluation des produits, qui n'aurait pas dû être autorisée, GE Capital a pris connaissance de renseignements techniques précieux. Les autres soumissionnaires n'ont pas reçu le même traitement.

Radiant Point a soutenu en outre que la question en litige ne se rapporte pas uniquement à l'élimination de la proposition qu'elle a présentée en réponse à l'invitation C, mais également au fait que la procédure de passation du marché public du Ministère n'était pas juste et équitable pour tous les fournisseurs. Radiant Point a soutenu que le fait que les propositions présentées par IBM et GE Capital en réponse à l'invitation B étaient non conformes n'empêche pas qu'elles aient obtenu des renseignements privilégiés par suite de l'évaluation des produits qu'a réalisée le Ministère dans le cadre de l'invitation A et que cette information était et est demeurée précieuse durant toute la procédure de passation du marché public. Radiant Point a ajouté que le Ministère a fourni des renseignements techniques à GE Capital et à IBM et non aux autres soumissionnaires, et a de ce fait violé les accords commerciaux qui indiquent que les marchés publics doivent être passés d'une manière impartiale.

Radiant Point a soutenu que la lettre du Ministère visant à lancer l'invitation C et à demander aux soumissionnaires de porter une attention étroite aux critères obligatoires et à la spécification technique lui a fait savoir qu'il existait deux domaines distincts où les soumissions avaient été jugées non conformes : les exigences obligatoires et les spécifications techniques. Dans un tel contexte, Radiant Point a soutenu que l'information qu'elle avait reçue du Ministère après la fin de l'invitation A lui a causé un tort, en ce sens qu'il lui a été dit que la proposition technique qu'elle avait soumise en réponse à l'invitation avait été jugée conforme. Ce renseignement était inexact et donc trompeur. Si, d'après Radiant Point, sa proposition était techniquement conforme à l'invitation A, puis était techniquement non conforme pour l'invitation B, le Ministère n'ayant pas modifié les critères, alors la seule conclusion qu'il est possible de tirer est que, en fait, les ajouts qu'elle a apportés à sa proposition technique étaient non conformes. Par conséquent, la lettre du Ministère à la fin de l'invitation B, qui indiquait que toutes les propositions techniques étaient non conformes, ne pouvait être interprétée que comme signifiant que les modifications apportées par Radiant Point à la partie des exigences cotées de sa proposition étaient à l'origine d'une telle non-conformité.

Radiant Point a soutenu que le Ministère a omis d'indiquer, dans le RIF, que l'homologation PC 98 est un essai plus robuste et plus complet que l'homologation relative au système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0. De plus, selon Radiant Point, Microsoft et l'industrie savent et conviennent qu'un système assorti d'une homologation PC 98 obtiendrait facilement l'homologation relative au système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0.

Radiant Point a soutenu que la spécification relative au serveur énoncée dans la DP ne décrivait aucune capacité du serveur. Elle a affirmé que les spécifications décrivait clairement un ordinateur de bureau, et non un serveur, et que le Seanix TCO GAT III 500 qu'elle a proposé était pleinement apte à fonctionner comme ordinateur de bureau et comme serveur. En résumé, Radiant Point a soutenu que sa proposition répondait aux exigences relatives à l'homologation énoncées dans la DP, et les dépassait même.

Radiant Point a conclu que, si le Ministère n'avait pas commis l'erreur susmentionnée ou n'avait pas omis d'informer correctement Radiant Point après qu'il a découvert son erreur, et avait plutôt appliqué la procédure correcte, elle aurait présenté des propositions pleinement conformes en réponse à la fois à l'invitation B et à l'invitation C et le marché lui aurait été adjugé.

Dans ses observations du 22 août 2000, Radiant Point a indiqué qu'il ressortait clairement des réponses du Ministère que l'évaluation, réalisée par le Ministère et Élections Canada dans le cadre de l'invitation A, n'était pas juste et équitable, ce qui a donné un avantage indu à GE Capital et à IBM lors de l'invitation A et, par voie de cause à effet lors de l'invitation B, de l'invitation C et de l'adjudication du marché. Plus précisément, Radiant Point a affirmé que, contrairement aux dispositions de la DP, Élections Canada a procédé à des essais poussés du matériel fourni par GE Capital sans que cette dernière n'ait jamais fourni un système pleinement configuré aux fins d'évaluation et d'homologation. De plus, GE Capital n'a pas démontré à l'équipe d'évaluation des produits d'Élections Canada que le système qu'elle fournissait fonctionnait correctement avant qu'Élections Canada ne l'accepte aux fins d'évaluation. Radiant Point a de plus affirmé que GE Capital a amplement eu la chance de redresser la situation, ce que n'autorisait pas la DP. Radiant Point a ajouté que le processus d'évaluation des produits avait été vicié du fait des communications incorrectes entre GE Capital et Élections Canada.

Radiant Point a soutenu que l'affirmation du Ministère, selon laquelle, après l'élimination de la proposition de GE Capital, seule la proposition d'IBM avait été jugée techniquement conforme, est fausse. La proposition de Radiant Point avait aussi été jugée techniquement conforme, ainsi qu'il est déclaré dans le RIF.

En outre, Radiant Point a soutenu que la proposition qu'IBM a présentée en réponse à l'invitation A aurait dû être déclarée irrecevable parce qu'elle n'indiquait pas clairement quel modem était proposé. Si IBM avait satisfait à l'exigence concernant la soumission, avec sa proposition, d'un exposé narratif suffisant pour justifier sa proposition, le Ministère n'aurait pas eu besoin d'éclaircissements. Cependant, parce que des éclaircissements ont été demandés et ce, à un stade avancé de la procédure d'évaluation des soumissions, IBM a reçu un traitement privilégié puisque la partie de sa proposition concernant les exigences cotées a, néanmoins, fait l'objet d'évaluation, produisant ainsi une information pertinente qu'a recueillie IBM.

À la lumière de ce qui précède, Radiant Point a soutenu que, depuis le début de l'invitation A jusqu'à l'invitation B, à l'invitation C et à l'adjudication du marché, le dossier en cause a fait l'objet d'un traitement grossièrement inadéquat de la part du Ministère et d'Élections Canada.

## **BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ**

### **Décision du Tribunal**

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus,

l'article 11 du Règlement prévoit, notamment, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA, de l'AMP et de l'ACI.

L'article 1008 de l'ALÉNA prévoit que les entités doivent appliquer les procédures de passation des marchés publics d'une façon non discriminatoire. Plus précisément, le paragraphe 1008(2) prescrit que chacune des Parties fera en sorte que ses entités :

- a) ne communiquent pas à un fournisseur des renseignements se rapportant à tel ou tel marché, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence; et
- b) ouvrent à tous les fournisseurs le même accès aux renseignements concernant un marché, au cours de la période précédant la publication de tout avis ou de toute documentation relative à l'appel d'offres.

L'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA indique, notamment, 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 ».

L'AMP comprend des dispositions qui vont dans le même sens. L'article 501 de l'ACI prévoit que le chapitre cinq, « Marchés publics », vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. En outre, le paragraphe 504(3) et l'article 506 de l'ACI interdisent expressément toute mesure contraire à une telle fin.

Radiant Point a soutenu que le Ministère et Élections Canada, lorsqu'ils ont procédé à l'invitation A, l'invitation B et l'invitation C relatives au marché public en cause, ont manqué de cohérence dans le traitement des fournisseurs potentiels et ont commis des erreurs à l'égard de Radiant Point, ce qui a donné lieu à un préjugé au détriment de Radiant Point et a causé du tort à cette dernière qui tentait de remporter le marché. En outre, Radiant Point a soutenu que sa proposition a incorrectement été déclarée irrecevable pour ne pas avoir fourni l'homologation requise à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP.

En ce qui a trait d'abord au dernier des points ci-dessus, le Tribunal fait observer que les parties ont convenu que, pour être considérée en vue de l'adjudication, une proposition devait satisfaire à toutes les exigences obligatoires de la DP et que l'homologation décrite à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP était une exigence obligatoire. Radiant Point a soutenu que le « rapport d'essai de système PC 98 » qu'elle a soumis au sujet du Seanix TCO GAT III 500 satisfaisait à cette condition. De son côté, le Ministère a soutenu que le matériel proposé par Radiant Point ne peut servir de serveur et n'est pas homologué par Microsoft comme serveur tournant sous le système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0. Après un examen attentif des éléments de preuve sur ce point, le Tribunal conclut que Radiant Point n'a pas fourni, avec sa proposition, l'homologation prescrite à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP. Le Tribunal conclut donc que le Ministère a agi en conformité avec les dispositions pertinentes des accords commerciaux lorsqu'il a déclaré la proposition de Radiant Point non conforme pour ce motif.

Le premier des points allégués ci-dessus par Radiant Point se divise en deux éléments, à savoir, que :

- a) la déclaration erronée du Ministère après l'invitation A, selon laquelle la proposition de Radiant Point était techniquement conforme (une déclaration erronée qui, selon Radiant Point, n'a jamais été corrigée avant l'adjudication du contrat), a compromis la possibilité pour Radiant Point de remporter le marché dans le cadre de l'invitation B et de l'invitation C; et

- b) GE Capital et IBM ont obtenu des renseignements pertinents relatifs à leurs propositions tandis qu'une telle information a été refusée à Radiant Point, ce qui a donné lieu à un traitement inégal des fournisseurs potentiels.

Le Tribunal conclut que le premier élément de l'allégation de Radiant Point est dénué de fondement, mais que le deuxième élément de son allégation est fondé.

Le Tribunal interprète les faits pertinents de l'affaire ainsi qu'il suit. Le 30 septembre 1999, le Ministère a diffusé l'invitation A. Six propositions ont été reçues en réponse à cette invitation, y compris une proposition provenant de chacune des sociétés suivantes : Radiant Point, GE Capital et IBM. Le 30 novembre 1999, à la fin de l'étape de l'évaluation financière de l'invitation A, seules les propositions présentées par GE Capital et par IBM avaient été retenues pour examen ultérieur. Le même jour, il a été demandé à GE Capital, le soumissionnaire conforme le moins-disant, de soumettre le système qu'elle avait proposé à Élections Canada aux fins de l'évaluation des produits. Ce même jour, ou à peu près, GE Capital a demandé la permission de remplacer le modem qu'elle avait offert dans sa proposition par un modèle équivalent. Sa demande a été refusée. Après de nombreuses tentatives visant à fournir à Élections Canada le système configuré aux fins de l'évaluation et de l'homologation, GE Capital a échoué à l'évaluation des produits parce que le modem qu'elle proposait ne pouvait fonctionner avec son serveur tournant sous le système d'exploitation Microsoft NT Server Version 4.0 et parce qu'elle n'a pas rendu disponible, aux fins de l'évaluation des produits, un des moniteurs qu'elle avait proposés. À ce moment, après qu'il eut été demandé des éclaircissements à IBM, mais avant toute évaluation des produits afférente au système proposé par IBM, la proposition d'IBM a été jugée non conforme parce qu'elle n'incluait pas un modem convenable. Le 14 janvier 2000, le Ministère a informé tous les soumissionnaires qu'aucune proposition n'avait satisfait aux exigences obligatoires de l'invitation A et que, par conséquent, il lançait de nouveau l'appel d'offres sous l'appellation d'invitation B. Le même jour, le Ministère a informé Radiant Point (par erreur, ainsi que le fait est maintenant connu) que la proposition qu'elle avait présentée en réponse à l'invitation A était techniquement conforme et que le motif du rejet de sa proposition se rapportait aux exigences cotées énoncées dans la DP. L'invitation B a remplacé et annulé l'invitation A. Le 14 janvier 2000, le Ministère, dans un éclaircissement écrit à tous les soumissionnaires, a indiqué que les propositions soumises en réponse à l'invitation A n'auraient aucune incidence sur la nouvelle évaluation. Toutes les propositions soumises en réponse à l'invitation B ont été déclarées irrecevables, et les soumissionnaires n'ont pas été informés de la raison d'une telle irrecevabilité. Le 16 février 2000, le Ministère a écrit aux six soumissionnaires pour les informer des résultats de l'invitation B, c.-à-d. qu'aucune proposition n'avait été jugée conforme, et qu'il lançait de nouveau l'appel d'offres, sous la forme de l'invitation C, qui a annulé l'invitation B. La télécopie a indiqué que la non-conformité des propositions soumises en réponse à l'invitation B était directement attribuable au fait de « ne pas avoir complètement lu le document de DP et, plus particulièrement, de ne pas avoir porté étroitement attention aux exigences obligatoires et à la spécification technique » [traduction].

Le Ministère a erronément informé Radiant Point, après qu'il a été mis fin à l'invitation A, que la proposition qu'elle avait présentée en réponse à l'invitation A était techniquement conforme. Le fait n'est pas contesté. Cependant, le Tribunal est convaincu que le Ministère a clairement indiqué aux soumissionnaires, y compris à Radiant Point, que les réponses reçues en réponse à l'invitation A n'auraient aucune incidence sur l'évaluation des propositions soumises en réponse à l'invitation B et a de même informé tous les soumissionnaires à la fin de l'invitation B que la raison pour laquelle les propositions n'avaient pas été jugées conformes se rapportait à une lecture insuffisamment approfondie des exigences obligatoires de la spécification technique. Le Tribunal est d'avis que Radiant Point a reçu un avis écrit suffisant du Ministère que toutes les propositions soumises en réponse à l'invitation A et à l'invitation B contenaient des lacunes relativement aux exigences techniques obligatoires, et que Radiant Point aurait dû

ne pas tenir compte de l'information orale antérieure contradictoire reçue du Ministère. De plus, le Tribunal est d'avis que l'exigence indiquée à la section 2.2 de l'appendice « H » de la DP est suffisamment claire et directe que Radiant Point, connaissant sa réponse à ladite condition, pouvait, d'une façon raisonnable, conclure, par elle-même, que sa proposition n'était peut-être pas totalement acceptable en l'occurrence.

Pour ce qui est du traitement inégal accordé à tous les soumissionnaires, et plus précisément au moment de la réalisation de l'évaluation des produits à la fin de l'invitation A, le Tribunal conclut que, en n'appliquant pas la procédure d'évaluation des produits énoncée dans la DP, Élections Canada et le Ministère ont favorisé GE Capital au détriment des autres soumissionnaires. Le Ministère admet que GE Capital a pu glaner certains renseignements par suite de l'évaluation des produits qui s'est soldée par un échec. Parce que, étant donné les circonstances, l'évaluation des produits n'aurait jamais dû être tenue et parce que GE Capital a peut-être tiré parti de l'information ainsi recueillie, le Tribunal conclut que, à l'encontre de l'alinéa 1008(2)b) de l'ALÉNA, les soumissionnaires n'ont pas tous reçu un accès égal à l'information durant la période qui a précédé l'invitation B et l'invitation C. Le Tribunal a aussi examiné avec soin l'affirmation de Radiant Point, dans la mesure où elle s'applique à IBM, et conclut qu'IBM n'a pas reçu de traitement privilégié par suite de l'exercice d'évaluation des produits tenu dans le cadre de l'invitation B. Le Tribunal ne trouve rien à redire à la procédure d'éclaircissement qui a été appliquée à ce moment.

Même s'il a déterminé que GE Capital a reçu un traitement privilégié, le Tribunal conclut que l'information que cette dernière a recueillie n'a pas causé un tort à Radiant Point ni vicié le résultat final de la procédure de passation du marché public en cause. Le Tribunal est convaincu que l'information recueillie par GE Capital 1) était d'une valeur minime, 2) aurait pu être découverte par GE Capital elle-même, et l'a peut-être été, avant la tenue de l'exercice d'évaluation des produits et 3) n'a pas eu d'influence sur le résultat de l'invitation B, qui a subséquentement été remplacée et annulée par l'invitation C dans le cadre de laquelle IBM, et non GE Capital, a été l'adjudicataire. Pour tous les motifs susmentionnés, le Tribunal ne recommandera pas de mesure corrective et accorde à Radiant Point le remboursement des frais qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

## **DÉCISION DU TRIBUNAL**

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences des accords commerciaux applicables et que, par conséquent, la plainte est fondée en partie.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Radiant Point le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

James A. Ogilvy  
James A. Ogilvy  
Membre présidentant