



Ottawa, le jeudi 22 août 2002

Dossier n° PR-2002-001

EU ÉGARD À une plainte déposée par Primex Project Management Ltd. 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 SUITE 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.

Richard Lafontaine
Richard Lafontaine
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

Date de la décision et des motifs : Le 22 août 2002

Membre du Tribunal : Richard Lafontaine, membre président

Agent d'enquête : Peter Rakowski

Conseiller pour le Tribunal : Clarissa Lewis

Partie plaignante : Primex Project Management Ltd.

Conseiller pour la partie plaignante : J. Michel Mazerolle

Intervenante : Kaycom Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseiller pour l'institution fédérale : Ian McLeod

Ottawa, le jeudi 22 août 2002

Dossier n° PR-2002-001

EU ÉGARD À une plainte déposée par Primex Project Management Ltd. 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 SUITE 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

PLAINTÉ

Le 8 avril 2002, Primex Project Management Ltd. (Primex) 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 (invitation n° W8486-021596/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour la fourniture de 15 000 batteries au lithium pour le ministère de la Défense nationale (MDN).

Primex a allégué que, contrairement à l'alinéa 1015(4)d) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*² et au paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*³, TPSGC a incorrectement déclaré sa soumission non conforme. Plus précisément, Primex a affirmé que les motifs invoqués par TPSGC pour justifier le rejet de la proposition de Primex, à savoir que, contrairement à l'article 3.4 de l'annexe A de la DP, Énoncé des besoins, la proposition ne comprenait pas de déclaration selon laquelle la seule matière dangereuse dans les batteries était le dioxyde de soufre-lithium utilisé dans la construction de l'élément de base de la batterie et, contrairement à l'article 3.8 de l'annexe A, ne comprenait pas un dessin ou une représentation de l'intérieur de la batterie pour indiquer les types de fils et leur emplacement, ne sont pas des motifs justifiables vu le libellé des sections pertinentes respectives. Primex a aussi allégué qu'il existe une crainte raisonnable de partialité et que l'adjudicataire a reçu un traitement préférentiel.

À titre de mesure corrective, Primex a demandé que le contrat accordé à Kaycom Inc. (Kaycom), l'adjudicataire, soit résilié et accordé à Primex. À titre de mesure corrective de rechange, Primex a demandé que la désignation de Kaycom au titre d'adjudicataire, toute attribution d'autorisation de tâche à Kaycom qui découlerait de l'invitation à soumissionner et l'invitation à soumissionner elle-même soient annulées et qu'une nouvelle invitation à soumissionner pour le contrat spécifique soit lancée. À titre d'autre mesure corrective de rechange, Primex a demandé à recevoir une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus et de tous ses frais qui découlaient des agissements, des décisions et de la conduite de TPSGC, y compris, sans s'y limiter, le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation de sa proposition et des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].
3. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/fire/it.htm> [ci-après ACI].

Le 15 avril 2002, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.11(1) de la Loi sur le TCCE et du paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁴. Le 23 avril 2002, Kaycom a déposé ses observations sur la plainte. Le 29 avril 2002, le Tribunal a avisé Kaycom qu'elle devait demander l'autorisation d'intervenir dans la procédure pour qu'il puisse être tenu compte de ses observations. Le 30 avril 2002, Kaycom a demandé l'autorisation d'intervenir dans la procédure et, le 1^{er} mai 2002, le Tribunal a accordé ladite autorisation. Le 10 mai 2002, TPSGC 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*⁵. Le 24 mai 2002, Primex a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 27 mai 2002, Primex a demandé que le Tribunal ordonne à TPSGC de communiquer une copie de la proposition et de toute pièce jointe (« proposition technique, résultats des essais, diagrammes, images, schémas, dessins ou autres représentations visuelles de ce genre » [traduction]) qui pourrait avoir été soumise par Kaycom. Le 4 juin 2002, le Tribunal a avisé Primex que sa requête était rejetée. Le 12 juin 2002, Primex a présenté à nouveau sa requête et a soumis d'autres observations sur l'affaire. Le 13 juin 2002, Kaycom a répliqué à la requête de Primex en déclarant que toute l'information technique soumise à l'égard de la demande de propositions (DP) en question avait un caractère exclusif et confidentiel. Le 19 juin 2002, TPSGC a présenté ses observations en réponse aux observations additionnelles. Le 25 juin 2002, Primex a répliqué aux observations de TPSGC. Le 3 juillet 2002, le Tribunal a avisé Primex qu'il avait décidé de ne pas réexaminer sa décision du 4 juin 2002 et qu'il ne tiendrait pas compte des observations additionnelles présentées par Primex à l'appui de sa requête pour statuer sur le bien-fondé de la plainte.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante pour 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 9 janvier 2002, TPSGC a diffusé une DP, invitation à soumissionner n° W8486-021596/A, qu'il a diffusée par l'entremise de MERX, le Service électronique d'appel d'offres du Canada. La date de clôture des soumissions était fixée au 19 février 2002. La DP portait sur la fourniture de 15 000 batteries au lithium pour poste radio tactique pour le MDN.

L'article 3.8 de l'annexe A prévoit :

3.8 Tracé des fils. Le soumissionnaire doit présenter, dans sa proposition, le détail des types de fils et de leur emplacement dans les batteries conformément aux spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/3A (CR).

[Traduction]

Une section de la DP intitulée « Avis aux soumissionnaires » précise notamment :

Les modalités et conditions suivantes s'appliquent à la présente invitation :

6. Conformément aux articles 3.6 et 3.8 de l'annexe « A », les détails de construction, y compris les types de fils et leur emplacement ainsi que les attestations des résultats des essais, devront être présentés avec la proposition.

[Traduction]

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

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

Une section de la DP intitulée « Critères d'évaluation – Marchandises » prévoit notamment :

Il sera tenu compte pour l'évaluation de chaque soumission des facteurs suivants :

- a) Obligatoire Conformité technique (description de l'article à la page 2 de l'Annexe « A » aux présentes).

[Traduction]

Les spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/3A (CR), dont il est fait mention à l'article 3.8 de l'annexe A, renvoient à des documents de spécifications militaires (spécifications MIL) publiés par le gouvernement américain. La spécification MIL-PRF-49471B (CR) comprend des spécifications d'un éventail de batteries au lithium. La spécification MIL-PRF-49471/3A (CR) comprend des détails propres au type de batterie au lithium visé dans l'acquisition qui fait l'objet des présentes. La spécification MIL-PRF-49471B (CR) prévoit notamment :

3.3.2.1 Fils et raccords de connexion électrique. Tous les fils et raccords de connexion électrique des éléments et de la batterie devront être recouverts d'un isolant doté des caractéristiques suivantes :

Température de ramollissement : au moins 302 °F (150 °C)

Retrait en longueur : au plus 3 p. 100 après application

Épaisseur : au moins 0,005 po

Le matériau doit être ininflammable et non toxique. Une certification à cet égard est requise.

3.4.1 Raccords entre éléments. Les éléments doivent être raccordés entre eux en conformité avec les méthodes établies de l'entrepreneur. De telles méthodes doivent veiller à ce que les raccords entre éléments soient isolés afin de prévenir ou d'empêcher un court-circuit dans une batterie à éléments multiples. Une certification à cet égard est requise.

[Traduction]

Le 30 janvier 2002, la modification n° 001 a été communiquée par télécopieur à tous les fournisseurs qui avaient déjà obtenu la DP, y compris Primex.

La modification n° 001 prévoit notamment :

Q1 – STR – para. 3.8 Tracé des fils

À ce jour, aucun fabricant n'a fabriqué un produit, ou reçu une qualification d'acceptation officielle en ce sens, conforme à la spécification MIL-PRF-49471B (CR) 20 Nov 00. Des entreprises ont obtenu des contrats du gouvernement américain, mais la qualification officielle ne sera pas complétée avant la fin de septembre [2002]. Étant donné la livraison demandée, nous sommes d'avis qu'une spécification MIL-PRF-4971 des performances devrait être acceptable dans le cadre de la présente DP.

R1 –

Le MDN veut obtenir un diagramme des fils des batteries pour s'assurer que, à tout le moins, la batterie proposée par l'entrepreneur [comporte] les dispositifs de protection requis aux termes du présent marché. Aussi que le procédé de fabrication de la batterie soit tel que la disposition des éléments soit mécaniquement saine pour réussir les épreuves de résistance à la chute et autres essais de résistance à l'effort du PRF, que les fils et les raccords internes ne seront pas mis en court-circuit lors des essais en conformité avec les spécifications et que le dispositif de protection thermique de chaque branchement est placé d'une manière stratégique en vue d'un transfert thermique maximum entre les éléments et le dispositif thermique.

[Traduction]

La période de présentation des soumissions a pris fin, comme prévu, le 19 février 2002.

Des propositions ont été reçues de cinq fournisseurs potentiels, y compris Primex et Kaycom. Selon TPSGC, trois des propositions ont été mises de côté parce qu'elles ne comportaient pas certains renseignements obligatoires et les deux autres propositions, celle de Primex et celle de Kaycom, ont été retenues aux fins d'examen ultérieur par TPSGC et le MDN.

À la fin de l'étape d'évaluation, TPSGC a conclu que la proposition de Primex était non conforme parce qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences obligatoires énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A et dans la modification n° 001 de la DP. TPSGC a aussi déterminé que la proposition de Kaycom était conforme aux exigences énoncées dans la DP et, le 8 mars 2002, TPSGC a décidé que le contrat devait être adjugé à Kaycom. Le 12 mars 2002, TPSGC a avisé Kaycom que le contrat lui avait été adjugé.

Le 14 mars 2002, TPSGC a avisé Primex, dans le cadre d'une communication téléphonique, que Kaycom avait obtenu le contrat et que la soumission de Primex avait été déclarée techniquement non conforme. Le même jour, Primex a envoyé à TPSGC une lettre dans laquelle elle sollicitait une réunion d'information immédiate au sujet de sa soumission et de la décision d'adjuger le contrat à Kaycom. La lettre présentait aussi une opposition à l'adjudication du contrat à Kaycom et aux conclusions selon lesquelles la proposition de Primex était non conforme. Une réunion d'information officielle a été tenue le 28 mars 2002. Dans le cadre de cette réunion, TPSGC a confirmé que la proposition de Primex ne présentait pas les renseignements détaillés requis pour faire la preuve de la conformité aux conditions obligatoires énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A, mais a convenu que la proposition de Primex était conforme aux dispositions de l'article 3.4.

Le 8 avril 2002, Primex a déposé une plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que, même s'il avait initialement jugé que la proposition de Primex était non conforme aux conditions énoncées à l'article 3.4 de l'annexe A, il a, en fin de compte, décidé que ladite proposition était, de fait, conforme aux dites conditions. Primex a été avisée de cette conclusion, et TPSGC a soutenu que toute argumentation au sujet de l'article 3.4 était donc sans objet.

TPSGC a en outre soutenu avoir agi correctement lorsqu'il a conclu que la proposition de Primex ne répondait pas aux conditions obligatoires énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A, telles qu'elles étaient élaborées dans la modification n° 001. Il a ajouté que l'allégation de partialité dans la procédure de passation du marché public était dénuée de fondement. Selon TPSGC, la seule réponse directe dans la proposition de Primex aux conditions énoncées à l'article 3.8 était une déclaration selon laquelle les raccords et les fils électriques satisfaisaient aux exigences d'un paragraphe des spécifications MIL. TPSGC a observé que nulle part dans sa plainte Primex n'a fait mention de la modification n° 001 ni offert une raison quelconque pour laquelle sa proposition aurait dû être considérée recevable eu égard aux conditions énoncées dans la modification n° 001.

TPSGC a fait valoir que l'article 3.8 de l'annexe A exigeait de présenter « le détail des types de fils et de leur emplacement dans les batteries » et que la DP réitérait ensuite la condition portant sur les « détails de construction, y compris les types de fils et leur emplacement ». Selon TPSGC, le libellé des dispositions susmentionnées obligeait les fournisseurs à communiquer des détails concrets sur les types de fils utilisés

dans la batterie qu'ils proposaient, des renseignements détaillés sur l'emplacement des fils dans la batterie et des renseignements détaillés sur la construction de la batterie.

TPSGC a aussi soutenu que l'expression « conformément aux spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/3A (CR) » qui se trouve à l'article 3.8 de l'annexe A, conférait une spécificité supplémentaire à la condition sur les détails exigés. Ladite disposition indiquait que, en réponse aux exigences de l'article 3.8, les fournisseurs devaient tenir compte des spécifications énoncées dans les deux spécifications MIL indiquées. À titre d'exemple, TPSGC a cité le paragraphe 3.3.2.1, « Fils et raccords de connexion électrique », de la spécification MIL-PRF-49471B (CR) qui renvoyait expressément à certaines normes minimum d'isolation des fils et raccords de connexion électrique relativement aux éléments et à la batterie. Selon TPSGC, toute proposition recevable devait donc présenter des renseignements détaillés qui correspondaient aux exigences énoncées à l'article 3.8 et dans les spécifications MIL.

D'après TPSGC, tout doute quant à la nature de la réponse requise à l'article 3.8 de l'annexe A aurait dû être écarté à l'étude des directives supplémentaires communiquées aux fournisseurs dans la modification n° 001. TPSGC a soutenu avoir informé la collectivité des fournisseurs dans la modification n° 001 qu'une réponse aux conditions énoncées à l'article 3.8 devait inclure un « diagramme des fils ».

TPSGC a soutenu que ses évaluateurs ont étudié la question de savoir si les schémas inclus dans la proposition de Primex pouvaient répondre aux conditions de l'article 3.8 de l'annexe A et de la modification n° 001. D'après TPSGC, les schémas étaient des dessins abstraits utilisant des symboles, par opposition à des représentations réelles de la construction et du contenu des batteries. TPSGC a en outre soutenu que les schémas ne constituaient pas un « diagramme de fils » pouvant permettre au MDN de s'assurer que la batterie satisfaisait à l'exigence de sécurité précisée dans la modification n° 001.

Eu égard à l'allégation de partialité, TPSGC a affirmé que, bien qu'il ait déterminé, le vendredi 8 mars 2002, que le contrat devait être adjugé à Kaycom, l'avis a en fait été communiqué à Kaycom le 12 mars 2002. L'avis public de l'adjudication du marché à Kaycom a été diffusé par l'entremise du MERX le même jour. TPSGC a soutenu qu'il n'avait pas connaissance qu'un avis quelconque ait été communiqué à Kaycom avant le 12 mars 2002. Eu égard à l'allégation selon laquelle des renseignements sur la proposition de Primex avaient été communiqués à Kaycom, TPSGC a soutenu que, à sa connaissance, aucun tel renseignement n'avait été communiqué à Kaycom indiquant que Primex avait présenté une proposition ou que ladite proposition avait été rejetée parce qu'elle était non conforme. TPSGC a souligné que Kaycom a confirmé le fait susmentionné dans la lettre qu'elle a déposée le 23 avril 2002 auprès du Tribunal en qualité d'intervenante.

TPSGC a donc soutenu que les allégations de partialité de Primex ne sont en aucune façon corroborées par les éléments de preuve et sont dénuées de fondement.

Position de Kaycom

En réponse à la plainte, Kaycom a soutenu ne pas savoir que la proposition de Primex avait été déclarée non conforme et, par conséquent, elle n'aurait pas pu transmettre une information de cette nature. Elle a de plus soutenu que la seule information mise à sa disposition au sujet des autres soumissionnaires était l'information rendue publique par l'entremise du MERX et elle a ajouté ne pas avoir découvert quel fabricant Primex représentait avant d'avoir reçu l'avis d'enquête du Tribunal.

Position de Primex

Primex a soutenu que la DP exigeait des types de fils et leur emplacement conformément aux spécifications MIL et que nulle part dans les spécifications MIL mentionnées par renvoi n'est-il exigé de produire un tracé des types de fils et de leur emplacement ni précisé de quelle manière de tels renseignements détaillés devraient être communiqués par les soumissionnaires. Elle a soutenu que, étant donné ce qui précède, l'exigence énoncée à l'article 3.8 de l'annexe A était en soi une condition impossible.

Primex dit avoir présenté à TPSGC un schéma des fils de la batterie proposée (même si elle n'était pas obligée de le faire) et un rapport d'essai du fabricant des batteries en conformité avec les spécifications MIL. Ledit rapport d'essai montrait que les batteries avaient subi avec succès tous les essais, y compris les essais de résistance à la chute, de puissance à la sortie et en polarité inversée.

Primex a allégué que Kaycom a appris avant elle que la proposition de Primex avait été déclarée non conforme et que Kaycom avait remporté le contrat à la lumière de renseignements communiqués lors d'une réunion à Singapour au fabricant représenté par Primex avant l'adjudication du contrat. Elle a soutenu que ce fait prouvait que la procédure de passation du marché public n'avait pas été respectée et qu'il s'agissait d'une procédure irrégulière et viciée.

Primex a soutenu que, au cours de la réunion d'information, l'autorité technique a admis que les spécifications MIL ne faisaient pas mention des types de fils ni de leur emplacement. Elle a soutenu que l'explication donnée par l'autorité technique était qu'ils « espéraient » obtenir un dessin ou une représentation du tracé des fils des batteries, et que cette explication, associée à la prétendue non-conformité technique, soulevait une crainte de partialité dans la procédure de passation du marché public.

Primex a ajouté que, à cause de nombreux problèmes liés à ses propres paramètres techniques et à des produits moins que satisfaisants dans le passé, TPSGC avait déjà une préférence ou a été fortement incité à favoriser un soumissionnaire particulier.

Primex a soutenu que sa proposition était parfaitement conforme à toutes les exigences énoncées dans la DP. Elle a ajouté que TPSGC a diffusé la modification n° 001 pour corriger le résultat absurde issu de l'article 3.8 de l'annexe A tel qu'il était formulé. Selon Primex, la modification équivaut à une reconnaissance de la difficulté engendrée par l'article 3.8 et renseignait les soumissionnaires sur ce que TPSGC recherchait aux termes de l'article 3.8.

Primex a soutenu que, en vertu de l'article 3.8, TPSGC tentait d'obtenir l'assurance que la batterie proposée satisfaisait à tous les essais, toutes les spécifications et toutes les normes militaires.

Primex a aussi soutenu que TPSGC a, à tort, prétendu que la seule réponse « directe » soumise par Primex aux exigences énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A et dans la modification n° 001 était une déclaration selon laquelle les raccords et les fils électriques satisfaisaient aux exigences d'un paragraphe des spécifications MIL. Selon Primex, TPSGC a choisi une petite phrase dans le contexte d'une spécification technique et d'un rapport d'essai, à savoir un document de 10 pages préparé par le fabricant des batteries et soumis par Primex en tant que partie intégrante de sa proposition. Primex a soutenu que le document, Spécification technique et rapport d'essai, inclus dans sa proposition comprenait non seulement un diagramme des fils, tel que l'exigeait la modification n° 001, mais aussi une description détaillée des caractéristiques de sécurité de la batterie, des types de fils et de leur emplacement et des résultats de nombreux essais des batteries, essais exécutés en conformité avec les spécifications MIL. Elle a soutenu que

ce qui précède répondait, dans la mesure du possible, aux exigences de la DP et de l'article 3.8 de l'annexe A.

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. À cet égard, l'article 11 du Règlement prévoit en outre que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables, en l'espèce, l'ACI et l'ALÉNA.

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit notamment 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 ».

L'alinéa 1015(4)d) de l'ALÉNA stipule que « l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres ».

Dans la présente plainte, le Tribunal doit statuer sur deux questions :

- 1) la question de savoir si Primex a satisfait aux exigences de l'article 3.8 de l'annexe A et de la modification n° 001 à la DP;
- 2) la question de savoir si le résultat de la procédure de passation du marché public était prédéterminé ou favorisait un fournisseur donné.

TPSGC a initialement déterminé que la proposition de Primex n'était pas conforme aux exigences énoncées à l'article 3.4 de l'annexe A. Toutefois, TPSGC est maintenant d'avis que la proposition est conforme aux exigences de l'article 3.4. Par conséquent, l'article 3.4 ne soulève plus de litige.

L'article 3.8 de l'annexe A précise ce qui suit :

3.8 Tracé des fils. Le soumissionnaire doit présenter, dans sa proposition, le détail des types de fils et de leur emplacement dans les batteries conformément aux spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/3A (CR).

[Traduction]

L'article 6 de la section de la DP intitulé « Avis aux soumissionnaires » prévoit ce qui suit :

Conformément aux articles 3.6 et 3.8 de l'annexe « A », les détails de construction, y compris les types de fils et leur emplacement ainsi que les attestations des résultats des essais, devront être présentés avec la proposition.

[Traduction]

Primex a soutenu que les spécifications MIL en question ne faisaient pas état d'une exigence portant sur la présentation d'un tracé des fils, y compris les types de fils et leur emplacement, et ne précisait pas non plus la manière dont de tels renseignements détaillés devaient être communiqués par les soumissionnaires. Elle a affirmé que l'article 3.8 de l'annexe A exigeait la description des types de fils et de leur emplacement conformément aux spécifications MIL qui n'exigeaient pas le schéma ou la représentation des types de fils et de leur emplacement. En outre, Primex a soutenu que TPSGC a admis qu'il n'était pas fait mention des types de fils et de leur emplacement dans les spécifications MIL, sauf au sujet des fusibles

et des dispositifs de protection qui ont fait l'objet d'un « diagramme » dans sa proposition. Elle a aussi soutenu que l'exigence énoncée à l'article 3.8 était en soi une condition impossible.

TPSGC a soutenu que l'expression « conformément aux spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/3A (CR) » à l'article 3.8 de l'annexe A avait pour objet de préciser les exigences du point de vue des détails exigés. Il a ajouté que ladite disposition indiquait que, dans leurs réponses aux exigences énoncées à l'article 3.8, les fournisseurs devaient tenir compte des prescriptions énoncées dans les deux spécifications MIL.

Le dictionnaire « *The Concise Oxford Dictionary* » définit l'expression « *in accordance with* » (conformément à) comme « *in a manner corresponding to* »⁶ (d'une manière qui correspond à). Le verbe « *correspond* » (correspondre) est, par ailleurs, défini comme « *be in harmony or agreement* »⁷ (s'harmoniser ou s'accorder avec). L'article 3.8 de l'annexe A était équivoque du fait de l'exigence, d'une part, de présenter des renseignements détaillés sur les types de fils et leur emplacement et, d'autre part, de présenter ces renseignements détaillés conformément aux spécifications MIL qui n'exigeaient pas, pour leur part, un tracé des fils représentant les types de fils et leur emplacement.

Le Tribunal fait observer que, au cours de la période d'invitation à soumissionner, Primex n'a pas présenté de demande d'éclaircissement au sujet des exigences énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A⁸, même si elle soutient maintenant qu'il était impossible de satisfaire aux dites exigences.

La modification n° 001 de la DP a été diffusée le 28 janvier 2002. Elle prévoit notamment :

Q1 – STR – para. 3.8 Tracé des fils

À ce jour, aucun manufacturier n'a fabriqué un produit, ou reçu une qualification d'acceptation officielle en ce sens, conforme à la spécification MIL-PRF-49471B (CR) [. . .]. Étant donné la livraison demandée, nous sommes d'avis qu'une spécification des performances correspondant à la spécification MIL-PRF-4971 des performances devrait être acceptable dans le cadre de la présente DP.

R1 –

Le MDN veut obtenir un diagramme des fils des batteries pour s'assurer que, à tout le moins, la batterie proposée par l'entrepreneur [comporte] les dispositifs de protection requis aux termes du présent marché. Aussi que le procédé de fabrication de la batterie soit tel que la disposition des éléments soit mécaniquement saine pour réussir les épreuves de résistance à la chute et autres essais de résistance à l'effort du PRF, que les fils et les raccords internes ne seront pas mis en court-circuit lors des essais en conformité avec les spécifications et que le dispositif de protection thermique de chaque branchement est placé d'une manière stratégique en vue d'un transfert thermique maximum entre les éléments et le dispositif thermique.

[Traduction]

6. 9^e éd., s.v. *accordance*.

7. *Ibid.*, s.v. *correspond*.

8. À la rubrique « Demande de renseignements – Étape de l'invitation à soumissionner », la DP prévoit notamment que « toutes les demandes de renseignements sur l'invitation à soumissionner doivent être soumises par écrit à l'autorité contractante [...] dès que possible dans la période de soumission. Les demandes doivent être reçues au moins cinq jours civils avant la date de clôture des soumissions pour laisser un délai de réponse suffisant » [traduction].

Primex a soutenu que la modification n° 001 « éclairait les soumissionnaires sur l'intention visée par [TPSGC] à l'article 3.8 »⁹ [traduction]. TPSGC, pour sa part, a soutenu que la modification a communiqué des « directives supplémentaires » au sujet de l'article 3.8 de l'annexe A¹⁰.

Tout bien pesé, le Tribunal est d'avis que la modification n° 001 à la DP n'a pas supprimé l'ambiguïté de l'article 3.8 de l'annexe A et a suscité sa propre ambiguïté eu égard au diagramme des fils et aux autres détails qui y sont mentionnés. Le libellé de la modification n° 001 est manifestement ambigu.

Premièrement, la réponse donnée par TPSGC ne correspond pas à la question posée par un soumissionnaire. La question porte sur l'acceptabilité de la spécification MIL-PRF-4971, et la réponse de TPSGC ne fait pas mention de cette spécification militaire.

Deuxièmement, la modification exige un « diagramme des fils » qui, « à tout le moins », montre les dispositifs de protection des batteries proposées. La question de savoir de quelle manière cela peut avoir un rapport avec les « types de fils et leur emplacement » dont fait état l'article 3.8 de l'annexe A demeure manifestement obscure, la confusion étant aggravée du fait de la contrainte selon laquelle le diagramme ou plan des fils doit être établi « conformément aux » spécifications MIL-PRF-49471B (CR) et MIL-PRF-49471/A3 (CR).

De plus, il n'est pas clairement indiqué si la modification exige un diagramme des fils qui montre les « dispositifs de protection » proposés uniquement ou si elle exige aussi, à tout le moins, que le diagramme des fils illustre le procédé de fabrication de la batterie de manière à montrer qu'elle satisfait à certaines exigences du point de vue de ses propriétés d'emploi.

À cette étape de la procédure de passation du marché public, Primex n'a pas demandé d'éclaircissement ni présenté d'opposition au TPSGC¹¹.

TPSGC a soutenu que la seule réponse directe dans la proposition de Primex aux conditions obligatoires énoncées à l'article 3.8 de l'annexe A, et élaborées dans la modification n° 001 à la DP, a été une seule phrase qui disait que les raccords et les fils électriques satisferaient aux exigences des spécifications MIL. Il a de plus souligné que seulement deux schémas semblaient se rapporter aux exigences énoncées à l'article 3.8 et dans la modification n° 001. TPSGC a soutenu que, à l'étude, les évaluateurs ont déterminé que les schémas ne représentaient pas en fait les fils ou raccords utilisés dans les batteries. De ce fait, ils ont conclu que les deux schémas ne présentaient pas les détails requis en vertu de l'article 3.8 et n'ont pas traité des préoccupations énoncées dans la modification n° 001.

D'après l'exposé de TPSGC, l'article 3.8 de l'annexe A a demandé de présenter « le détail des types de fil et de leur emplacement dans les batteries » et lesdits détails n'ont pas été soumis. À l'étude de la question de savoir si les schémas inclus dans la proposition de Primex pouvaient être recevables eu égard aux conditions énoncées à l'article 3.8 et dans la modification n° 001 à la DP, les évaluateurs ont observé

9. Observations de Primex sur le RIF à la p. 3.

10. RIF à la p. 11.

11. Certaines dispositions de la DP autorisent le soumissionnaire à demander des éclaircissements ou « une orientation générale ». À la rubrique « Demande de renseignements – Étape de l'invitation à soumissionner », la DP prévoit notamment que « [l]es questions concernant le présent marché peuvent être soulevées auprès de l'autorité contractante avant la date de clôture des soumissions en vue d'obtenir une orientation générale. Le Canada examinera les questions et décidera s'il convient de modifier, ou non, les documents d'appel d'offres » [traduction]. Subsidiairement, un fournisseur potentiel pouvait présenter une opposition auprès de TPSGC ou déposer une plainte auprès du Tribunal au sujet du manque de clarté des exigences.

que lesdits schémas ne représentaient pas en fait les fils et raccords, ne montraient pas l'emplacement des fils dans les batteries et ne montraient pas non plus l'emplacement réel des éléments ou des raccords entre les éléments. Ces schémas pouvaient correspondre à un certain nombre de conceptions possibles de batteries ne répondant pas aux conditions énoncées à l'article 3.8 et dans la modification n° 001.

En réponse, Primex a soutenu que, même si TPSGC s'appuie sur une petite phrase pour justifier la totalité de sa position, celui-ci a omis de mentionner tous les autres détails, les données, les résultats des essais et les diagrammes des fils, qui se trouvent aussi dans la proposition qu'elle a soumise. Elle a de plus soutenu que son document, Spécification technique et rapport d'essai, comprenait non seulement un diagramme de fils, tel que l'exigeait la modification n° 001 à la DP, mais aussi une description détaillée des caractéristiques de sécurité de la batterie et des types de fils et de leur emplacement, et des résultats de nombreux essais des batteries exécutés en conformité avec les documents MIL-PRF, ce qui répondait donc aux dispositions de l'article 6 de la section de la DP intitulée « Avis aux soumissionnaires » et de l'article 3.8 de l'annexe A, dans la mesure du possible.

Le Tribunal est convaincu que TPSGC a agi de façon raisonnable lorsque ses évaluateurs ont examiné les schémas soumis par Primex et les ont déclarés lacunaires à plusieurs égards importants. Il a déjà déclaré qu'il ne substituerait pas son jugement à celui des évaluateurs, à moins que les évaluateurs ne se soient pas appliqués à évaluer la réponse des soumissionnaires ou n'aient absolument pas tenu compte des renseignements essentiels présentés dans une soumission¹². Le Tribunal n'est pas convaincu que les évaluateurs n'ont pas tenu compte des renseignements mis à leur disposition ou qu'ils ne se sont pas appliqués en l'espèce. De plus, Primex n'a pas convaincu le Tribunal que les évaluateurs ont évalué incorrectement sa proposition.

En outre, lorsqu'une condition obligatoire n'est pas claire ou est ambiguë¹³ au vu même de son libellé, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal est d'avis que c'est à la partie plaignante qu'est imposé le fardeau d'obtenir des éclaircissements ou de faire opposition à la condition. Notamment, Primex aurait dû signaler la partie de la modification qui suit la première phrase (complète) comme étant obscure, quant à savoir si le texte s'appliquait au schéma ou seulement, d'une façon générale, à la proposition à soumettre. Le passage susmentionné aurait dû être contesté, surtout étant donné le fait que, selon Primex, la seule manière quantifiable de « vérifier » que toutes les conditions énoncées dans la modification ont été satisfaites est d'avoir recours au programme d'essai prescrit dans les spécifications MIL qu'elle a exécuté. Le Tribunal fait observer que les « attestations des résultats d'essai » étaient une condition énoncée à l'article 3.6 de l'annexe A, qui ne fait pas l'objet de litige.

Dans le dossier n° PR-99-006¹⁴, le Tribunal a traité d'une autre disposition rédigée de manière ambiguë qui imposait au soumissionnaire le fardeau d'obtenir des renseignements complémentaires. Dans *Quality Services*, une disposition d'une demande d'offre à commandes pouvait être interprétée de différentes façons, au vu de son libellé, étant donné l'utilisation de la barre oblique (« / ») dans la rédaction des modalités. Dans l'affaire susmentionnée, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

le Tribunal est d'avis que les dispositions [...] de la DOC **imposaient à QSI le fardeau d'obtenir des renseignements complémentaires** et, au besoin, l'approbation du Ministère avant d'adopter une interprétation particulière des termes [...] plutôt qu'une autre [...] En omettant de demander de

12. Voir *Re plainte déposée par ACMG Management Inc.* (5 juin 2000), PR-2001-056 (TCCE); voir aussi *Re plainte déposée par Crain-Drummond* (18 août 2000), PR-2000-009 (TCCE).

13. L'annexe A de la DP est obligatoire en vertu de l'alinéa a) de la section intitulée « Critères d'évaluation – Marchandises ».

14. *Re plainte déposée par Quality Services International* (28 juin 1999) (TCCE) [ci-après *Quality Services*].

tels renseignements complémentaires, QSI a pris un risque dont elle doit, selon le Tribunal, assumer les conséquences¹⁵. [Soulignement ajouté]

Dans le dossier n° PR-99-040¹⁶, le Tribunal a aussi traité de la question de l'ambiguïté dans une DP. Dans ce dossier, il avait été allégué que TPSGC n'avait pas défini, dans la demande d'offre à commandes, les termes « principale » et « de réserve » appliqués aux soumissionnaires retenus. Dans sa décision, le Tribunal a fait porter le fardeau de demander des éclaircissements, à TPSGC, au soumissionnaire confronté à une exigence manifestement obscure¹⁷.

La Cour d'appel fédérale a aussi récemment rendu une décision sur la question de l'ambiguïté dans les DP, dans le cadre de l'affaire *IBM Canada c. Hewlett-Packard (Canada) et le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux*¹⁸. Dans sa décision, dans le contexte de la discussion des délais de dépôt des plaintes auprès du Tribunal, la Cour d'appel fédérale a clairement déclaré qu'il importait que les fournisseurs potentiels déposent leur plainte dès qu'ils découvraient un vice dans la procédure, y compris des difficultés d'interprétation des conditions d'une invitation à soumissionner, et ce, dans les termes suivants :

On s'attend qu'ils assureront une surveillance constante et réagiront dès qu'ils découvriront ou devraient raisonnablement découvrir un vice dans la procédure. L'objet visé est que toute la procédure de passation du marché public [...] soit ouverte dans une mesure tout aussi grande que la mesure dans laquelle elle doit être rapide¹⁹.

[Traduction]

La Cour d'appel fédérale a poursuivi en précisant que l'adoption d'une « attitude d'attentisme » [traduction] est précisément ce que la procédure de passation du marché public et le Règlement tentent de décourager²⁰.

Le Tribunal veut préciser la différence entre une ambiguïté latente et une ambiguïté manifeste en ce qui a trait aux conditions d'une DP et aux différentes conséquences entraînées par leur constatation. Lorsqu'il existe une ambiguïté latente²¹, le fournisseur potentiel ne la découvrira vraisemblablement pas avant de prendre connaissance des résultats de l'évaluation. Lorsqu'il existe une ambiguïté manifeste, elle est (ou devrait être) visible au vu de l'article de la DP ou de la modification en cause, et le fournisseur potentiel doit tenter d'obtenir des éclaircissements sur ce qui est exigé ou, sinon, déposer une opposition ou une plainte dans les délais prescrits.

En l'espèce, tant l'article 3.8 de l'annexe A que la modification n° 001 étaient manifestement ambigus et Primex, en ne tentant pas d'obtenir des éclaircissements ou en ne déposant pas une opposition ou

15. *Ibid.* à la p. 7.

16. *Re plainte déposée par Brent Moore & Associates* (4 mai 2000) (TCCE).

17. *Ibid.* à la p. 6 : « Si elle trouvait à redire à cette situation, BMA aurait pu en saisir le Ministère ou le Tribunal dans le délai prescrit à l'article 6 du Règlement, c.-à-d. dans un délai de 10 jours ouvrables après le 29 juillet 1999, date à laquelle l'APM a été [publié] dans MERX et la DOC a été mise à la disposition des fournisseurs potentiels. Cependant, ce n'est que le 21 décembre 1999 que BMA a déposé sa plainte auprès du Tribunal. »

18. [2002] A.C.F. n° 1008 (C.A.F.) en ligne : QL (ACF).

19. *Ibid.* à la p. 10.

20. *Ibid.* à la p. 13.

21. Pour d'autres exemples traitant de l'ambiguïté latente, voir *Re plainte déposée par Cifelli Systems* (21 juin 2001), PR-2000-065 (TCCE); *Re plainte déposée par TELUS Integrated Communications* (2 novembre 2000), PR-2000-017 et PR-2000-035 (TCCE).

une plainte dans les délais prescrits, a pris le risque de ne plus pouvoir déposer de plainte ou d'opposition au sujet du manque de clarté de ces conditions.

Les paragraphes 6(1) et (2) du Règlement prescrivent que le fournisseur potentiel doit déposer une plainte ou présenter une opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte²². En plus des autres conclusions qu'il a rendues en l'espèce, le Tribunal conclut que le délai prescrit pour le dépôt d'une plainte concernant l'ambiguïté ou le manque de clarté des spécifications est maintenant écoulé, étant donné que Primex aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte au plus tard à la date de diffusion de la modification n° 001.

Finalement, eu égard à la deuxième question qu'il doit trancher, le Tribunal n'est pas convaincu que les éléments de preuve au dossier suffisent pour établir, selon la prépondérance des probabilités, que le résultat de la procédure de passation du marché public a été déterminé à l'avance et qu'il y a eu partialité quant au choix d'un fournisseur donné. Il est d'avis que l'allégation selon laquelle l'adjudicataire a été avisé d'une manière irrégulière (ce que l'adjudicataire et TPSGC nient), le fait que l'adjudicataire était le fournisseur désigné du produit en question depuis de nombreuses années et l'allégation selon laquelle des produits inacceptables ont été livrés par le passé ne suffisent pas pour établir qu'il y a eu partialité quant au choix du fournisseur en l'espèce.

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal conclut que les allégations susmentionnées sont dénuées de fondement et que la plainte n'est donc pas fondée.

Chaque partie devra assumer ses propres frais dans la présente affaire.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède et aux termes du paragraphe 30.14(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée.

Richard Lafontaine
Richard Lafontaine
Membre président

22. « 6. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal en vertu de l'article 30.11 de la Loi doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte.

(2) Le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition concernant le marché public visé par un contrat spécifique et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition. »