



Ottawa, le lundi 24 novembre 2003

Dossier n° PR-2003-055

EU ÉGARD À une plainte déposée par K-W Leather Products 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 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 du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux accorde à K-W Leather Products Ltd. une indemnité en reconnaissance du profit qu'elle a perdu parce que le contrat ne lui a pas été adjugé. Le profit perdu sera calculé en se fondant sur le prix soumis par K-W Leather Products Ltd. dans sa proposition en réponse à l'invitation n° W8476-019901/A. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande aux parties d'élaborer une proposition conjointe d'indemnité qui devra lui être présentée dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, elles devront séparément faire rapport au Tribunal canadien du commerce extérieur dans le même délai de 30 jours, après quoi le Tribunal canadien du commerce extérieur publiera ses recommandations à cet égard.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à K-W Leather Products Ltd. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la présente plainte.

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre président

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre

Meriel V.M. Bradford
Meriel V.M. Bradford
Membre

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

L'exposé des motifs sera publié à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 24 novembre 2003
Date des motifs : Le 18 décembre 2003

Membres du Tribunal : Pierre Gosselin, membre président
Ellen Fry, membre
Meriel V.M. Bradford, membre

Agent d'enquête : Michael W. Morden

Conseiller pour le Tribunal : Eric Wildhaber

Partie plaignante : K-W Leather Products Ltd.

Conseiller pour la partie plaignante : Richard A. Wagner

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Ian McLeod
Christianne Laizner
Susan Clark



Ottawa, le jeudi 18 décembre 2003

Dossier n° PR-2003-055

EU ÉGARD À une plainte déposée par K-W Leather Products 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 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

PLAINTÉ

Le 10 octobre 2003, K-W Leather Products Ltd. (K-W) 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 de la réévaluation du marché public (invitation n° W8476-019901/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) et portant sur des gilets tactiques pour le ministère de la Défense nationale (MDN).

Selon K-W, lors de la réévaluation des propositions en conformité avec la recommandation du Tribunal formulée dans le cadre d'une plainte antérieure², TPSGC a enfreint le paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*³ en ajoutant un nouveau critère⁴ pour évaluer la capacité financière et la viabilité du soumissionnaire, lequel n'avait pas été énoncé dans la demande de proposition (DP). K-W a allégué que le nouveau critère créait une spécification technique biaisée à son égard, en violation de l'alinéa 505(3)b) de l'*ACI*.

À titre de mesure corrective, K-W a demandé que sa soumission soit réévaluée en conformité avec la recommandation du Tribunal, sans tenir compte du nouveau critère; que le Tribunal accorde à K-W une indemnité d'un montant égal au profit que K-W aurait réalisé si elle avait obtenu le contrat pour les gilets tactiques, en se fondant sur le prix qu'elle avait soumis dans sa proposition; que K-W soit remboursée des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la présente plainte. K-W a également demandé que le Tribunal règle la présente plainte en appliquant la procédure expéditive énoncée dans l'article 107 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵.

Le 17 octobre 2003, 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

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].
2. *Re plainte déposée par K-W Leather Products Ltd.* (3 septembre 2002), PR-2002-12 (TCCE).
3. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fre/it.htm>> [*ACI*].
4. Dans le cadre de son évaluation de la capacité financière, TPSGC a déterminé que le temps estimé par K-W pour confectionner un gilet tactique aurait dû être de 419 minutes au lieu de 240 minutes, tel que l'avait soumis K-W [critère 419].
5. D.O.R.S. /91-499 [*Règles*].

conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁶. Le Tribunal a également avisé les parties que, conformément au paragraphe 107(4) des *Règles*, le Tribunal appliquerait la procédure expéditive en l'espèce. Le 27 octobre 2003, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 4 novembre 2003, K-W a déposé ses observations sur le RIF. Le 12 novembre 2003, TPSGC a demandé l'autorisation de déposer des observations supplémentaires sur les questions soulevées par K-W dans ses observations sur le RIF, et il les a soumises en même temps que sa demande. Le Tribunal a décidé d'accepter les observations supplémentaires et, le 14 novembre 2003, K-W a déposé ses observations définitives dans sa réponse.

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.

CONTEXTE

Le 27 décembre 2001, TPSGC a diffusé un avis de projet de marché par l'intermédiaire du MERX, le service électronique d'appel d'offres du Canada, portant sur l'acquisition de gilets tactiques pour le MDN. Il y a eu un grand nombre de modifications, prorogeant ainsi la date de clôture des soumissions au 8 mars 2002.

Sept propositions provenant de cinq fournisseurs potentiels ont été reçues. Deux fournisseurs potentiels, dont K-W, ont présenté chacun deux propositions portant sur deux types différents de tissu. L'un des fournisseurs potentiels a été exclu parce qu'il n'avait pas satisfait à une exigence obligatoire, ce qui a laissé quatre fournisseurs potentiels dont les soumissions ont passé à l'étape de l'évaluation des exigences cotées.

Le 22 mai 2002, TPSGC a avisé FELLFAB Limited (FELLFAB) qu'un contrat de 10 734 364,51 \$ lui avait été attribué. L'avis d'adjudication a été diffusé par l'entremise du MERX le même jour. Le 23 mai 2002, TPSGC a envoyé à K-W une télécopie dans laquelle il confirmait le résultat de la procédure de passation du marché public et communiquait la note globale que K-W avait obtenue pour la partie cotée de l'évaluation. Entre le 22 mai et le 28 mai 2002, K-W a amorcé une série de conversations téléphoniques avec TPSGC au sujet des résultats de la procédure de passation du marché public. Le 28 mai 2002, à la demande de K-W, TPSGC a fait parvenir à celle-ci les feuilles des résultats de l'évaluation de sa proposition.

Le 31 mai 2002, K-W a fait parvenir à TPSGC des lettres dans lesquelles elle soulevait des objections quant aux résultats attribués à sa proposition, décrivait la procédure d'évaluation comme « viciée et injuste » [traduction] et demandait un réexamen de la proposition.

Le 3 juin 2002, TPSGC a répondu à K-W, indiquant qu'un réexamen de la procédure d'évaluation avait été effectué à la lumière des observations soumises par K-W, mais que les évaluateurs ne trouvaient aucun motif de modifier les résultats de l'évaluation. Le 4 juin 2002, K-W a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

6. D.O.R.S. /93-602 [*Règlement*].

Le 3 septembre 2002, le Tribunal a décidé que la plainte était fondée⁷. À titre de mesure corrective, le Tribunal a recommandé que TPSGC constitue une équipe d'évaluation formée de nouveaux évaluateurs afin de procéder à une nouvelle évaluation. Les propositions qui devaient être réévaluées étaient celles qui avaient été soumises par les quatre fournisseurs potentiels qui étaient admissibles au processus d'évaluation des exigences cotées. Cette réévaluation ne devait s'appliquer qu'au paragraphe 2.4.e de l'annexe C du Plan d'évaluation des soumissions, en conformité avec les exigences énoncées dans la DP.

Le Tribunal a recommandé que si, à la suite de cette réévaluation, il était établi que la proposition de K-W avait obtenu la note la plus élevée sur le plan de la valeur et du rendement selon la méthodologie énoncée dans la DP, le contrat adjudgé à FELLFAB soit résilié et qu'un contrat soit adjudgé à K-W. À titre de solution de rechange, plutôt que de résilier le contrat adjudgé à FELLFAB, le Tribunal a recommandé que TPSGC accorde à K-W une indemnité en reconnaissance du profit qu'elle avait perdu parce que le contrat ne lui avait pas été adjudgé. Le profit perdu devait être calculé en se fondant sur le prix soumis par K-W dans sa proposition en réponse à l'invitation n° W8476-019901/A. Le Tribunal a également accordé à K-W le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Les paragraphes 72 à 83 de la section 3 de la DP décrivent les quatre étapes du processus d'évaluation. Les propositions devaient être examinées quant à leur conformité aux exigences obligatoires (étape 1). Les propositions conformes aux exigences obligatoires devaient être cotées quant aux exigences de « Capacité technique, de gestion et d'assurance de la qualité » (étape 2), et les résultats de cette cotation devaient être combinés avec les renseignements sur le prix soumis par le soumissionnaire. Ces deux éléments devaient ensuite être intégrés dans une détermination provisoire du meilleur rapport qualité-prix et du rendement (étape 3). Enfin, les soumissionnaires devaient subir une évaluation de leur capacité financière, fondée sur leur proposition, afin de confirmer la détermination du meilleur rapport qualité-prix et du rendement faite à l'étape 3 (étape 4). C'est cet aspect de l'étape 4 qui fait l'objet de la présente plainte.

Dans le cadre de l'évaluation originale, K-W a passé avec succès les trois premières étapes et elle a obtenu un placement, quoique pas le plus élevé, sur l'échelle du meilleur rapport qualité-prix et du rendement. Selon TPSGC, le calcul provisoire du meilleur rapport qualité-prix plaçait FELLFAB en première position; par conséquent, l'évaluation financière de la quatrième et dernière étape n'a été réalisée que pour FELLFAB, qui a passé cette étape avec succès et s'est vu adjudger le contrat.

Cependant, à la suite de la réévaluation recommandée par le Tribunal, la proposition de K-W a obtenu la note la plus élevée pour la détermination provisoire du rapport qualité-prix et du rendement. TPSGC a affirmé qu'en novembre 2002, il avait entrepris d'évaluer la capacité financière du volume 1 de la proposition de K-W. Les paragraphes 74 et 77 de la DP comprennent une description partielle de l'avis d'évaluation de la capacité financière, du contenu obligatoire du volume 1 de la proposition et de la liste des renseignements à fournir le cas échéant. Ces paragraphes se lisent ainsi :

74) Étape B – Évaluation détaillée des propositions pour s'assurer qu'elles respectent les exigences obligatoires et évaluation des exigences cotées.

Volume 1 (Clauses et conditions, proposition de prix, données sur les coûts et renseignements financiers) : On analysera les données financières présentées par le soumissionnaire afin d'évaluer sa capacité financière.

7. PR-2002-012.

[...]

77) Volume 1 de la proposition du soumissionnaire (Clauses et conditions, proposition de prix, données sur les coûts et les renseignements financiers)

On doit pouvoir séparer facilement le Volume 1 de la proposition des autres volumes. TPSGC n'examinera que les renseignements sur les coûts, les prix et les finances. Le Volume 1 de la proposition doit comprendre ce qui suit :

1. Une Demande de proposition complète, dûment signée comprenant tous les renseignements demandés.
2. Une proposition de prix complète contenant un prix ferme pour CHAQUE ARTICLE À LIVRER indiqué à la Section __1__ de la présente DP (articles 0001 à 0015 inclusivement).
3. Capacité financière – Le soumissionnaire doit montrer que sa capacité financière est suffisante pour remplir ses obligations conformément aux exigences, aux clauses et aux conditions de la présente demande de proposition (DP). Dans ce contexte, afin d'évaluer et de confirmer sa viabilité et sa capacité financières à l'égard de la présente proposition, le SOUMISSIONNAIRE DOIT DÉPOSER AVEC SA PROPOSITION les renseignements suivants. Dans le cas des coentreprises, toutes les parties de celles-ci doivent présenter les renseignements suivants :
 - (a) La structure financière du (des) soumissionnaire(s) (p. ex., entreprises connexes, propriété, etc.)
 - (b) Exemplaires des documents d'enregistrement ou de constitution en société.
 - (c) Les états financiers ayant fait l'objet d'une vérification comptable ou d'une attestation pertinente (bilan, état des résultats et bénéfices non répartis, état de la provenance, utilisation des fonds et notes du comptable ou du vérificateur qui font partie intégrante des états financiers) concernant la période la plus récente ainsi que des trois années antérieures des activités du (des) soumissionnaire(s) et de toutes les entreprises connexes (p. ex., société mère, filiale et société affiliée).
 - (d) Derniers états financiers, s'il en est.
 - (e) Dans le cas d'entités nouvellement créées, les états financiers pro forma appuyés par l'opinion d'un spécialiste.

S'il y a lieu, les information[s] suivantes doivent être fourni[es] dans les 5 jours civils suivant la demande.

- (f) Renseignements détaillés et confirmation écrite des prêteurs concernant les marges de crédit bancaires (p. ex., nom de la banque, analyste, personne-ressource, montant maximal de chaque marge de crédit, le montant utilisé actuellement dans chacune des marges, la garantie à l'égard de chaque marge). Si le soumissionnaire désire aussi obtenir des fonds de la société mère ou de filiales, il lui faut fournir une confirmation écrite de l'engagement précisant la nature d'un tel financement.
- (g) Renseignements détaillés sur les travaux en cours (p. ex., une description de chaque marché, la valeur de chaque marché, les modalités de paiement et les exigences en matière de garanties à l'égard de chacun des marchés, la date de début et la date estimative d'achèvement, le pourcentage des travaux réalisés actuellement à l'égard de chacun des marchés).

- (h) Renseignements détaillés des marchés commerciaux potentiels (p. ex., la valeur totale des marchés ayant fait l'objet de soumissions, la valeur des marchés qui seront, prévoit-on attribués, la date estimative du début et de la durée des marchés qui risquent d'être conclus).
- (i) Prévisions détaillées de l'encaisse concernant l'entité entière ou les entités entières, y compris le présent marché (articles 0001 et 0002 seulement) (mensuellement ou trimestriellement en presumant l'attribution du marché en date du _____. Il faut indiquer en détail les hypothèses relatives à l'encaisse ainsi qu'une confirmation des sources de l'accroissement du financement. Il faut indiquer l'incidence de la mise de fonds ou des frais d'établissement.
- (j) Les prévisions détaillées de l'encaisse uniquement à l'égard du présent projet (articles 0001 et 0002 seulement) sont indiquées en fonction d'une période comparable (mensuelle ou trimestrielle) à celle de l'article (i) ci-dessous.

Le gouvernement du Canada se réserve le droit de demander des renseignements supplémentaires ou des précisions concernant tous les renseignements financiers présentés dans le contexte des exigences de la présente DP en matière de capacité financière.

Le 16 juin 2003, après avoir demandé et reçu des éclaircissements sur un certain nombre de points relatifs aux aspects financiers de la proposition de K-W, TPSGC a avisé K-W que l'analyse qu'avait faite la Couronne des données financières de K-W indiquait que celle-ci n'avait pas la capacité financière nécessaire pour exécuter le contrat résultant de la DP.

Le 20 juin 2003, K-W a accusé réception de la lettre, a observé qu'elle considérait l'évaluation comme complètement inacceptable et a demandé une réunion d'information. Le 10 juillet 2003, TPSGC a répondu par lettre que, étant donné les circonstances et le litige découlant de l'invitation, il ne fournirait que des réponses écrites à des questions écrites.

Le 17 juillet 2003, K-W a soumis à TPSGC des questions et des demandes d'éclaircissements. TPSGC a répondu le 30 septembre 2003. K-W a déposé sa plainte auprès du Tribunal le 10 octobre 2003.

POSITIONS DES PARTIES

Position de K-W

Dans sa plainte, K-W a fait le détail des parties de la réévaluation qui aurait été effectuée de façon incorrecte ou inappropriée, c.-à-d. en introduisant et en appliquant le « critère 419 », en tenant compte d'un facteur pertinent à des critères autres que les critères financiers énumérés dans la DP lors de l'évaluation de la capacité financière et en appliquant une spécification technique biaisée contre un producteur efficace tel que K-W.

K-W a soutenu que le paragraphe 506(6) de l'*ACI* précise que les 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 ». K-W a également soutenu que la DP n'avait énoncé aucun critère concernant le délai de production minimum ou maximum requis pour confectionner un gilet tactique, et qu'elle n'indiquait pas non plus que l'évaluation de la capacité financière comprendrait un critère portant sur le délai de production des gilets. Par conséquent, le « critère 419 » introduit et appliqué par TPSGC ne faisait pas partie de la DP et il constitue donc une violation du paragraphe 506(6) de l'*ACI*.

K-W a soutenu que l'évaluation de la capacité financière effectuée par TPSGC avait également enfreint le paragraphe 506(6) de l'*ACI* du fait que cette évaluation tenait compte d'un facteur de délai de production que la DP avait désigné comme pertinent à des critères autres que la capacité financière et que cela ne pouvait pas et n'aurait pas dû être pris en compte eu égard à la capacité financière.

K-W a également soutenu que l'analyste financier de TPSGC à qui l'agent de négociation des contrats avait ordonné d'utiliser le « critère 419 » avait conclu que K-W avait la capacité financière d'exécuter le contrat. Selon K-W, l'analyste de TPSGC a conclu que, même en utilisant le « critère 419 », K-W aurait quand même réalisé un profit, quoique beaucoup moins important que celui qu'elle aurait réalisé avec sa soumission, et que K-W avait le fonds de roulement nécessaire pour exécuter le contrat. K-W a soutenu que, en ne tenant pas compte des conclusions de l'analyste, TPSGC avait rejeté sa soumission non pas en fonction de considérations financières mais sur une question technique qui ne faisait pas partie des critères d'évaluation contenus dans la DP.

Selon K-W, en ce qui concerne le « critère 419 », à aucun moment pendant l'évaluation de la capacité financière qui s'est déroulée de novembre 2002 à juin 2003, la TPSGC n'a demandé de renseignements pour justifier le délai de production estimé par K-W à 240 minutes par gilet.

K-W a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à la présente plainte quel que soit le résultat de l'enquête du Tribunal.

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que la réévaluation effectuée par TPSGC et le MDN était juste, raisonnable et conforme aux exigences de l'invitation. Par conséquent, TPSGC a soutenu que les allégations de K-W étaient dénuées de fondement et qu'elles devaient être rejetées.

En ce qui concerne l'allégation selon laquelle TPSGC aurait appliqué à l'évaluation financière de la proposition de K-W un critère, le « critère 419 », qui n'était ni désigné ni visé par les dispositions de la DP et qui était contraire au paragraphe 506(6) de l'*ACI*, TPSGC a soutenu que son analyse de la capacité avait été effectuée de façon tout à fait conforme aux dispositions de la DP et des accords commerciaux applicables. TPSGC a prétendu que la vérification des coûts de main-d'œuvre est inhérente à toute analyse financière, en particulier dans des cas tels que celui-ci où ces coûts constituent une proportion importante du prix global de la soumission, et qu'elle était exigée aux termes des paragraphes 74 et 77.3 de la DP. Ces paragraphes indiquent qu'« [o]n analysera les données financières présentées par le soumissionnaire afin d'évaluer sa capacité financière » et, par conséquent, le soumissionnaire « doit montrer que sa capacité financière est suffisante pour remplir ses obligations conformément aux exigences, aux clauses et aux conditions de la présente demande de proposition ».

TPSGC a soutenu que ces dispositions lui donnaient le mandat de mener un processus de vérification pour s'assurer que les propositions présentées par les soumissionnaires soient financièrement viables. Selon TPSGC, ce processus solide de passation de marché public lui permet de mener une évaluation sérieuse des risques avant d'adjuger le contrat et, en l'absence d'un tel processus de vérification, la Couronne risquerait qu'un soumissionnaire ne soit pas dans une position financière lui permettant de satisfaire aux exigences du contrat.

TPSGC a soutenu que l'évaluation financière obligeait l'analyste à examiner chacun des éléments prévus par le fournisseur et à en examiner les hypothèses, pas seulement celles qui sont de nature

essentiellement financières, mais aussi celles qui relèvent de considérations techniques, administratives, juridiques, et d'autres considérations non financières. Selon TPSGC, l'un des principaux éléments de coût de production des gilets tactiques est la main-d'œuvre, ce qui signifie que l'analyste devait examiner la base de coût de main-d'œuvre proposée, en tenant compte des facteurs techniques, administratifs, industriels et autres facteurs qui sont communément appliqués à l'industrie.

Selon TPSGC, en réponse aux inquiétudes relatives au délai de production estimé par K-W et afin de fournir à l'analyste financier les renseignements dont il avait besoin pour analyser correctement l'élément de coût de main-d'œuvre dans la proposition de K-W, TPSGC a demandé que l'autorité technique entreprenne une enquête de l'estimation du délai de production faite par K-W. Selon TPSGC, le « critère 419 » qui a découlé de l'enquête était fondé sur l'expérience de l'autorité technique concernant la production de gilets pour les essais, la conception et les échantillons scellés, et une analyse comparative des soumissions des autres soumissionnaires. TPSGC a soutenu que rien dans la proposition de K-W n'expliquait pourquoi son processus de fabrication différerait de celui des autres membres du secteur de la confection, étant donné que traditionnellement, le secteur emploie des gens ayant des niveaux d'expérience et de compétence comparables.

Par conséquent, TPSGC a soutenu qu'il n'avait pas introduit et appliqué un critère nouveau non prévu dans la DP et dans le processus d'évaluation financière, et que l'allégation à cet effet était dénuée de fondement et devait être rejetée.

En ce qui a trait à la deuxième allégation selon laquelle TPSGC aurait incorrectement pris en considération le délai de production lors de son évaluation financière de la proposition de K-W et que cette question n'aurait dû être prise en considération que dans le cadre de l'évaluation technique, TPSGC a soutenu que, bien que les processus d'évaluation technique et financière constituent des éléments distincts, il y a des sujets qui seront soulevés dans le cadre des deux processus. À titre d'exemple, TPSGC a soutenu que le paragraphe 78.1 de la DP exige que le soumissionnaire inclue des données qui sont examinées dans le cadre de l'étape 2 du processus d'évaluation de la DP et comme faisant partie de l'évaluation financière.

TPSGC a soutenu que l'analyse de la capacité financière de K-W à la lumière de sa proposition était autorisée par les paragraphes 74 et 77.3 de la DP. Selon TPSGC, cette vérification générale exige nécessairement l'authentification des facteurs et des hypothèses fondamentales, en l'espèce, les coûts de main-d'œuvre prévus, et qu'un facteur clé dans l'estimation des coûts de main-d'œuvre est l'estimation du temps requis pour confectionner un gilet.

TPSGC a également contesté l'allégation de K-W selon laquelle, contrairement à l'alinéa 504(3)b) de l'*ACI*, il aurait appliqué une spécification technique biaisée contre K-W à propos du délai de production. En ce qui concerne les deux autres allégations énoncées ci-dessus, TPSGC a affirmé qu'il avait procédé à une évaluation financière qui comprenait un examen minutieux des aspects techniques de la soumission de K-W et que cela ne signifie pas qu'il s'agissait d'une évaluation technique.

Selon TPSGC, la proposition technique de K-W a reçu la note globale la plus élevée pour le rapport qualité-prix aux termes de la « Détermination du meilleur rapport qualité-prix et du rendement » dans la DP. Cependant, c'est pendant la partie de l'évaluation financière que TPSGC a conclu que les coûts de main-d'œuvre directs de K-W étaient fondés en partie sur des délais de production irréalistes. TPSGC soutient que rien dans la proposition de K-W n'explique pourquoi son processus de fabrication serait

substantiellement différent de celui des autres membres du secteur de la confection pour la confection de gilets tactiques.

TPSGC a soutenu qu'il avait procédé à une évaluation de la capacité financière tout à fait conforme aux dispositions de la DP et des accords commerciaux applicables, et que ses conclusions étaient fondées sur des considérations légitimes. TPSGC a demandé que la plainte soit rejetée et que les frais engagés pour répondre à la présente plainte lui soient remboursés.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, dans son enquête, 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 que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables, à savoir, en l'espèce, l'*ACI*.

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 ». L'alinéa 504(3)b) de l'*ACI* interdit aux parties « la rédaction des spécifications techniques de façon soit à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés [...] en vue de se soustraire aux obligations prévues par le [chapitre cinq] ».

K-W allègue que le « critère 419 » utilisé dans l'évaluation de sa capacité financière n'était pas du tout mentionné dans la DP et que sa soumission a donc été évaluée de façon injuste.

Le Tribunal a indiqué par le passé que, à moins que les évaluateurs ne se soient pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, qu'ils aient fait une erreur dans l'interprétation de la portée d'une exigence ou qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non divulgués, le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs⁸. Cependant, en l'espèce, le Tribunal est d'avis que TPSGC a dépassé la portée de l'exigence dans la DP en effectuant un examen de la capacité financière de K-W pour ce qui est de cette proposition.

Les paragraphes 74 et 77 de la DP indiquent ce à quoi un soumissionnaire peut s'attendre quant à l'évaluation de sa capacité financière par TPSGC. Le paragraphe 74 de la DP indique que TPSGC analysera les données financières présentées par le soumissionnaire afin d'évaluer sa capacité financière. Le paragraphe 77.3 indique que « [l]e soumissionnaire doit montrer que sa capacité financière est suffisante pour remplir ses obligations conformément aux exigences, aux clauses et aux conditions de la présente demande de proposition ». De plus, ce paragraphe fait état de certains renseignements qu'un soumissionnaire doit inclure dans sa proposition ainsi que d'autres renseignements qu'il doit être prêt à fournir dans un certain délai. TPSGC a informé K-W que son évaluation avait conclu que K-W n'avait pas démontré une capacité financière suffisante conformément aux conditions énoncées au paragraphe 77.3 de la DP et que, par conséquent, la soumission de K-W « était considérée comme irrecevable et serait éliminée » [traduction]. TPSGC a également indiqué que « la question principale dans cette évaluation financière est le coût de main-d'œuvre direct » [traduction].

8. Voir *Re plainte déposée par ACMG Management Inc.* (5 juin 2002), PR-2001-056 (TCCE); voir aussi *Re plainte déposée par Crain-Drummond Inc.* (18 août 2000), PR-2000-009 (TCCE).

Le Tribunal conclut que l'évaluation de la capacité financière menée par TPSGC et la conclusion à laquelle il est arrivé ne sont pas conformes aux procédures décrites dans la DP et que TPSGC a donc enfreint le paragraphe 506(6) de l'*ACI*.

En effectuant son évaluation financière, TPSGC a apporté des modifications importantes aux projections de profit et de mouvement de trésorerie soumis par K-W, en substituant ses propres estimés (le « critère 419 ») pour le délai qu'il faudrait à K-W pour confectionner les gilets. Tout en reconnaissant que TPSGC a le droit de prendre en considération tous les éléments de la proposition d'un soumissionnaire, y compris la proposition d'éléments tels que les coûts de main-d'œuvre, le Tribunal est d'avis que, en l'espèce, les mesures prises par TPSGC sont allées au-delà de ce qu'on pourrait raisonnablement considérer comme autorisé par la DP.

TPSGC a créé le « critère 419 » en se servant des soumissions de deux autres soumissionnaires pour établir le temps de référence de 419 minutes par gilet pour K-W⁹. Cependant, le Tribunal fait observer qu'il y avait quatre soumissionnaires, y compris K-W, qui avaient passé avec succès les trois premières des quatre étapes du processus d'évaluation énoncé ci-dessus¹⁰. Le Tribunal n'estime pas que l'exposé de TPSGC fournit une explication raisonnable indiquant pourquoi le temps de référence n'incluait pas les estimés de tous les quatre soumissionnaires. De plus, le Tribunal fait observer que ce test a été élaboré après l'adjudication du contrat à FELLFAB et que, par conséquent, il n'aurait pas pu être appliqué à la soumission retenue. Ainsi, TPSGC a appliqué des critères différents à des soumissions différentes. Le Tribunal est également d'avis que la façon dont le « critère 419 » a été créé défavorisait tous les soumissionnaires, à l'exception de celui dont le délai de production le plus court a été utilisé pour établir le temps de référence. Enfin, le Tribunal fait observer que la conclusion à laquelle est arrivé TPSGC et selon laquelle la soumission aurait été irrecevable n'est pas compatible avec la conclusion à laquelle est arrivé l'analyste financier de TPSGC. À la lumière des éléments ci-dessus, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

Le Tribunal a tenu compte de toutes les circonstances relatives au marché public, y compris celles qui sont énoncées au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*. Bien que le Tribunal n'ait pas trouvé d'éléments de preuve directs que TPSGC et le MDN n'avaient pas agi de bonne foi, la conclusion de l'évaluation financière pourrait amener un observateur de l'extérieur à se demander si le résultat de la réévaluation de la proposition de K-W n'était pas un résultat à prévoir. Les méthodes employées par TPSGC étaient gravement viciées et sa conclusion finale quant à la soumission de K-W amène à se poser des questions sur l'intégrité du processus qu'il a appliqué. Le Tribunal fait également observer que le contrat en vigueur est en place depuis mai 2002 et qu'il est achevé à plus de 50 p. 100. Il n'est donc pas possible de mettre fin au contrat à ce stade. Par conséquent, étant donné la gravité des faiblesses du processus de passation du marché public, l'ampleur du préjudice causé à K-W et à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication en l'espèce et l'état d'avancement du contrat, le Tribunal recommande que K-W reçoive une indemnité d'un montant égal au profit qu'elle a perdu parce que le contrat ne lui a pas été adjugé. Le Tribunal ne recommande ni une nouvelle évaluation de la capacité financière de K-W ni l'adjudication du contrat à K-W parce qu'une telle recommandation ne serait pas pratique maintenant, étant donné l'état d'avancement du contrat.

À la suite de la demande de K-W, le Tribunal accorde à celle-ci le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

9. RIF, Section V — Pièces jointes, pièce confidentielle 16.

10. RIF, Section II — Faits, para. 1.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC accorde à K-W une indemnité en reconnaissance du profit qu'elle a perdu parce que le contrat ne lui a pas été adjugé. Le profit perdu sera calculé en se fondant sur le prix soumis par K-W dans sa proposition en réponse à l'invitation n° W8476-019901/A. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal recommande aux parties d'élaborer une proposition conjointe d'indemnité qui devra lui être présentée dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnité, elles devront séparément faire rapport au Tribunal dans le même délai de 30 jours, après quoi le Tribunal publiera ses recommandations à cet égard.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à K-W le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la présente plainte.

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin
Membre président

Ellen Fry

Ellen Fry
Membre

Meriel V.M. Bradford

Meriel V.M. Bradford
Membre