



Ottawa, le jeudi 23 octobre 2003

Dossier n° PR-2003-035

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

ET À LA SUITE D'une décision d'enquête 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 n'est pas fondée.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision et des motifs : Le 23 octobre 2003

Membre du Tribunal : Ellen Fry, Membre président

Agent principal d'enquête : Cathy Turner

Conseiller pour le Tribunal : Marie-France Dagenais

Partie plaignante : Virtual Wave Inc.

Institution fédérale : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien



Ottawa, le jeudi 23 octobre 2003

Dossier n° PR-2003-035

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

ET À LA SUITE D'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 25 juillet 2003, Virtual Wave Inc. (Virtual Wave) 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° A1632-11/20-03-6002) passé par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) pour la prestation de services de soutien de l'analyse de la recherche sur les litiges, et de soutien de la gestion des recherches et des documents connexes.

Virtual Wave a allégué qu'AINC avait appliqué des mesures ou des critères nouveaux pour exclure les ressources qu'elle avait offertes. Elle a soutenu qu'elle avait été informée par un représentant autorisé d'AINC que trois ressources parmi les neuf qu'elle avait proposées s'étaient qualifiées pour une offre à commandes dans le cadre de l'appel d'offres; cependant, elle a été avisée par la suite que la décision avait été modifiée et que les ressources proposées ne s'étaient pas qualifiées pour une offre à commandes, comme on le lui avait indiqué précédemment.

À titre de mesure corrective, Virtual Wave a demandé au Tribunal de recommander que l'AINC alloue des contrats pour des chercheurs à Virtual Wave, équivalant aux contrats accordés à trois autres entrepreneurs qui ont reçu chacun un contrat de 481 500 \$. À titre de solution de rechange, Virtual Wave a demandé au Tribunal de recommander qu'AINC lui verse une indemnisation d'un montant égal au profit qu'elle aurait réalisé si elle avait obtenu les trois contrats. Enfin, elle a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Le 31 juillet 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 conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*². Le 25 août 2003, AINC 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*³. Virtual Wave a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal le 5 septembre 2003. Le 18 septembre 2003,

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

le Tribunal a demandé à AINC de fournir des renseignements et des documents supplémentaires. Le 24 septembre 2003, AINC a déposé les renseignements et les documents demandés auprès du Tribunal. Le 1^{er} octobre 2003, Virtual Wave a déposé ses commentaires sur l'exposé d'AINC. Le 2 octobre 2003, le Tribunal a fait parvenir la réponse de Virtual Wave à AINC, à titre d'information.

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 11 avril 2003, l'appel d'offres a été publié par l'intermédiaire du MERX, le Service électronique d'appel d'offres du Canada. La période des soumissions a pris fin le 23 mai 2003. AINC a reçu 25 soumissions pour la catégorie Analyse de la recherche et 26 soumissions pour la catégorie Services de recherche. Virtual Wave a présenté une soumission pour chaque catégorie. Les soumissions ont été évaluées entre le 12 et le 20 juin 2003. Au début de la procédure de passation du marché public, AINC a décidé de nommer un surveillant de l'équité indépendant comme membre à part entière du comité d'évaluation des soumissions en raison de la complexité de l'appel d'offres, du nombre des soumissionnaires et des ressources proposées auquel on s'attendait ainsi que de la valeur monétaire totale des offres à commandes adjudgées. Le 25 juin 2003, le surveillant de l'équité a rédigé son rapport et l'a fait parvenir à AINC. Le 3 juillet 2003, une lettre formelle de recommandation d'adjudication⁴ a été envoyée par la présidente du comité d'évaluation des soumissions au chef de la Section des services des marchés d'AINC, recommandant l'adjudication des offres à commandes aux soumissionnaires retenus. Selon AINC, le 4 juillet 2003, les lettres ont été envoyées aux soumissionnaires non retenus pour les informer des résultats de l'évaluation⁵.

Virtual Wave a affirmé avoir contacté l'agent de négociation des contrats d'AINC le 10 juillet 2003 pour se faire confirmer l'adjudication de l'offre à commandes, étant donné qu'elle n'avait pas reçu de lettre déclarant que sa soumission n'avait pas été retenue. Selon Virtual Wave, l'agent de négociation des contrats d'AINC a confirmé que trois ressources parmi les neuf proposées par Virtual Wave avaient été retenues. Selon AINC, le 15 juillet 2003, l'agent de négociation des contrats a informé le même représentant autorisé de Virtual Wave que cette dernière ne s'était pas vu adjudger une offre à commandes dans le cadre de l'appel d'offres. Le 25 juillet 2003, Virtual Wave a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

POSITION DES PARTIES

Position de Virtual Wave

Virtual Wave a soutenu que l'agent de négociation des contrats d'AINC avait donné les résultats de l'adjudication de vive voix à ses représentants et que le niveau de précision dans la conversation concernant le nombre et les noms des ressources permettait de présumer raisonnablement qu'elle reflétait directement les renseignements donnés à l'agent par le comité d'évaluation des soumissions. Virtual Wave a soutenu que, lors de deux conversations téléphoniques distinctes avec deux représentants différents de Virtual Wave,

4. RIF, annexe G.

5. AINC a soutenu que Virtual Wave n'avait pas reçu une de ces lettres, étant donné que l'agent de négociation des contrats avait été induit en erreur verbalement par les responsables du programme et avait été porté à croire que cette entreprise s'était qualifiée pour recevoir une offre à commandes.

l'agent de négociation des contrats d'AINC avait indiqué que la décision d'adjuger des offres à commandes avait été modifiée et que Virtual Wave n'avait pas remporté de contrats. Elle a également soutenu que, lorsque l'agent de négociation des contrats avait été interrogé sur la disparité, il avait indiqué que les renseignements qu'il avait donnés à Virtual Wave le 10 juillet 2003 étaient ceux qui lui avaient été fournis et qu'il n'était pas en mesure d'expliquer ce qui était intervenu pour changer la décision. Virtual Wave a fait valoir que cette décision révisée donnait à penser que son offre avait été soumise à l'application de nouveaux critères ou à quelque autre mesure inconnue qui avaient exclu un plus grand nombre de ses ressources.

En ce qui concerne le contenu de la lettre de recommandation d'adjudication, Virtual Wave a soutenu que la lettre est claire dans sa recommandation qui se lit ainsi : « Selon les conditions établies dans la [demande de propositions], nous recommandons que tous les répondants recevables qui ont obtenu au moins 65 points pour les critères à cotation numérique reçoivent des offres à commandes. Cela signifie que les soumissionnaires suivants doivent être disqualifiés pour le(s) service(s) indiqué(s), en raison de leur cote » [traduction]. Virtual Wave a soutenu que le raisonnement d'AINC selon lequel l'agent de négociation des contrats avait reçu des renseignements erronés et qu'il s'était embrouillé implique que l'agent était incompetent, ce que Virtual Wave refuse d'accepter. Virtual Wave a également soutenu que l'agent de négociation des contrats n'avait pas donné d'information erronée tirée de la lettre de recommandation d'adjudication aux autres soumissionnaires. Elle a soutenu qu'elle ne croit pas que la lettre de recommandation d'adjudication ait fait partie des instructions originales données à l'agent de négociation des contrats concernant les adjudications qui ont donné lieu aux renseignements erronés. Virtual Wave a soutenu qu'elle croit que la lettre a été générée plus tard pour justifier l'application de nouveaux critères et imputer la faute à un employé subalterne. Elle a également soutenu que, en décrivant la situation comme étant une « peccadille administrative », AINC voulait éviter de fournir une explication véridique et que c'est la nature et la cause de cette « peccadille » qui semblent s'être répercutées seulement sur la soumission de Virtual Wave.

Virtual Wave a soutenu que le fait de reconnaître des « erreurs administratives » ne dégage pas AINC de sa responsabilité auprès des soumissionnaires ou de Virtual Wave pour les pertes subies par suite de son incompétence reconnue. De plus, elle a soutenu que le nombre d'erreurs survenues dans le traitement de sa soumission, les inégalités possibles dans son évaluation et le fait qu'AINC ne s'est pas conformée à l'*Accord sur le commerce intérieur*⁶ la portent à croire que toute la procédure était viciée.

En réponse à l'exposé d'AINC du 24 septembre 2003, et à propos de la demande d'AINC de remboursement des frais qu'il a engagés pour préparer son exposé destiné au Tribunal, Virtual Wave a soutenu que, bien que la rémunération soit laissée à la discrétion du Tribunal, elle a agi de bonne foi depuis le début et que, par conséquent, elle utilise seulement les ressources fournies par la procédure de plainte du Tribunal. Virtual Wave a soutenu que, si AINC avait été transparent, précis et efficace depuis le début, il n'aurait engagé aucuns frais, car il n'aurait donné lieu à aucun motif de plainte.

Dans son exposé du 1^{er} octobre 2003, Virtual Wave a demandé la modification suivante de la mesure correctrice qu'elle avait demandée précédemment: les frais liés à la préparation de la soumission, les frais liés à la préparation de la plainte et des commentaires connexes, les frais directs résultant de la

6. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fre/it.htm>> [ACI].

mauvaise communication avec l'agent de négociation des contrats d'AINC et les dommages, déterminés par le Tribunal, découlant de l'occasion perdue.

Position d'AINC

AINC a soutenu que l'appel d'offres et la procédure d'évaluation et de sélection des soumissions qui en a résulté étaient clairs et concis. Il a également soutenu que les critères d'évaluation des soumissions étaient également clairs et objectifs et qu'ils mesuraient le soumissionnaire et ses ressources ainsi que le prix proposé par chaque soumissionnaire. Il a fait valoir que la déposition du surveillant de l'équité indépendant fournit des éléments de preuve selon lesquels ces critères ont été appliqués de façon juste et équitable à tous les soumissionnaires. AINC a soutenu que les soumissions de Virtual Wave pour la catégorie Analyse de la recherche et pour la catégorie Services de recherche n'ont pas obtenu la note de passage de 65 sur 100 points cotés. Il a également soutenu qu'il n'avait ni changé ni modifié les critères d'évaluation et qu'à aucun moment de la procédure il n'avait appliqué des critères différents pour évaluer les ressources proposées par l'un des soumissionnaires.

AINC a soutenu que la lettre de recommandation d'adjudication identifiait correctement les soumissionnaires non retenus et qu'elle identifiait correctement Virtual Wave comme n'ayant pas été retenue ni dans la catégorie Analyse de la recherche ni dans la catégorie Services de recherche. Cependant, il a également soutenu que la lettre comprenait quelques termes incohérents qui auraient pu donner l'impression que Virtual Wave s'était qualifiée dans les deux catégories.

AINC a soutenu que, si des renseignements inexacts avaient été fournis au représentant de Virtual Wave au départ, l'erreur avait été corrigée aussitôt qu'elle avait été découverte et qu'elle avait été expliquée plus en détail lors d'une réunion avec le représentant. Il a également soutenu que les renseignements erronés n'avaient eu aucune répercussion sur les résultats de l'appel d'offres.

AINC a indiqué qu'il avait répondu aux demandes de renseignements de tous les fournisseurs, y compris Virtual Wave, et il a reconnu que certains des renseignements relatifs à la qualification ou à l'exclusion de certaines des ressources proposées par Virtual Wave avaient été mal compris pour une raison quelconque. AINC a soutenu que ces renseignements erronés avaient été éclaircis en temps opportun, dès que l'erreur avait été découverte. Il a également soutenu que, selon les éléments de preuve présentés, la plainte n'était donc pas fondée.

En réponse à la demande du Tribunal en vue d'obtenir des renseignements et des documents supplémentaires, AINC a soutenu que l'annexe « F » du RIF, la feuille de travail des soumissionnaires retenus, avait été rédigée le 3 juillet 2003 par l'agent de négociation des contrats afin de fournir aux responsables du programme une liste des détenteurs d'offre à commandes proposés, aux fins de vérification. Il a également soutenu que, n'étant pas certain du statut de la soumission de Virtual Wave, l'agent de négociation des contrats avait placé des points d'interrogation à la suite du nom de Virtual Wave, sans y affecter de répartition de montants en dollars, pour se rappeler qu'il devrait apporter des éclaircissements sur le statut de Virtual Wave.

AINC a soutenu que la discussion entre des personnes clés à propos de la bonne interprétation à donner aux résultats de la procédure d'évaluation des soumissions, eu égard à Virtual Wave, aurait pu être plus précise; cependant, AINC a soutenu qu'aucun élément de preuve ne permet de soutenir l'argument qu'il y a eu des changements dans les décisions rendues par le comité d'évaluation des soumissions et

qu'aucun élément de preuve n'indique qu'il y a eu un changement dans la décision du comité d'évaluation des soumissions.

Enfin, AINC a demandé le remboursement des frais qu'il a engagés pour la préparation de son exposé au Tribunal.

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 en vigueur, en l'espèce l'*ACI*, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷ et l'*Accord sur les marchés publics*⁸.

Le Tribunal fait observer qu'AINC avait lancé deux appels d'offres en même temps pour établir des conventions d'offre à commandes avec des soumissionnaires qualifiés pour la prestation de services de soutien de l'analyse de la recherche sur les litiges, et de soutien de la gestion des recherches et des documents connexes. L'un des appels d'offres était réservé aux entreprises autochtones. L'autre appel d'offres, qui n'était pas réservé aux entreprises autochtones, est le sujet de la présente plainte.

En ce qui concerne l'allégation de Virtual Wave selon laquelle AINC a évalué incorrectement ses ressources particulières comme ne satisfaisant pas aux critères obligatoires portant sur l'expérience dans le domaine particulier des litiges des Autochtones, le Tribunal est d'avis que ce motif de plainte n'a pas été déposé dans les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement*. Par conséquent, il n'a pas compétence pour examiner ce motif de plainte. De l'avis du Tribunal, Virtual Wave aurait raisonnablement dû être au courant de ce motif de plainte le 29 juillet 2003, date de sa réunion d'information avec AINC à propos de sa soumission, réunion au cours de laquelle elle a obtenu une copie du rapport du surveillant de l'équité. Cependant, ce motif n'a été soulevé que dans la réponse de Virtual Wave au RIF, que le Tribunal a reçu le 5 septembre 2003.

Après avoir examiné attentivement tous les éléments de preuve à sa disposition, le Tribunal est convaincu que l'agent de négociation des contrats a donné des renseignements erronés à Virtual Wave le 10 juillet 2003. L'erreur n'a été corrigée que le 15 juillet 2003, date à laquelle l'agent de négociation des contrats a donné à Virtual Wave des renseignements fondamentalement différents quant au statut de sa soumission. Cependant, le Tribunal n'est pas convaincu par les éléments de preuve voulant que cette erreur soit due à l'application de critères non énoncés dans la demande de propositions. Les éléments de preuve documentaires fournis par AINC, dont la lettre de recommandation d'adjudication, le rapport du surveillant de l'équité et la note au dossier de l'agent de négociation des contrats corroborent tous la position d'AINC selon laquelle il s'agit d'une erreur de communication plutôt que d'une évaluation incorrecte. Le Tribunal estime que les éléments de preuve fournis par Virtual Wave corroborent également cette conclusion.

Le Tribunal constate que, en donnant une voix au surveillant de l'équité dans la procédure d'évaluation, AINC a potentiellement diminué l'objectivité du rapport subséquent de ce surveillant et a ainsi amoindri son utilité qui était d'indiquer de façon indépendante si la procédure d'évaluation avait été suivie

7. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994).

8. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

comme il se devait. Cependant, malgré ce problème, dans l'ensemble, le poids des éléments de preuve établit clairement les faits.

Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut qu'AINC n'a pas contrevenu aux accords commerciaux, contrairement à ce qu'a allégué Virtual Wave. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal conclut que la plainte n'est pas fondée.

AINC a demandé le remboursement des frais qu'il a engagés pour la préparation de son exposé au Tribunal. À la lumière des éléments de preuve, le Tribunal estime que les renseignements erronés fournis à Virtual Wave étaient une simple erreur et que les éléments de preuve n'indiquent aucune mauvaise foi de la part d'AINC. Le Tribunal fait également observer qu'AINC a indiqué qu'il avait procédé à un examen des circonstances pertinentes pour mettre en œuvre des procédures afin que ce genre de situation ne se répète pas. Cependant, il n'en demeure pas moins que c'était une erreur fondamentale d'informer faussement Virtual Wave qu'elle était le soumissionnaire retenu et que cette erreur a entraîné le dépôt de la plainte et la décision du Tribunal d'enquêter sur la plainte. Étant donné que Virtual Wave s'est fait dire au départ qu'elle était un soumissionnaire retenu et par la suite qu'elle ne l'était pas, elle était en droit de se poser des questions sur l'intégrité de la procédure de passation du marché public et de déposer une plainte. Par conséquent, le Tribunal n'accorde pas à AINC le remboursement des frais engagés pour répondre à la plainte.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président