



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2005-017

Radiation Detection Service

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le lundi 12 décembre 2005*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNALi

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 PLAINTE 1

 PROCÉCURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC 1

 POSITION DES PARTIES.....2

 Position de TPSGC2

 Position de RDS2

ANALYSE DU TRIBUNAL3

 Mesure corrective.....4

DÉCISION DU TRIBUNAL.....5

EU ÉGARD À une plainte déposée par Radiation Detection Service 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*.

ENTRE**RADIATION DETECTION SERVICE****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****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 que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux verse à Radiation Detection Service une indemnisation pour perte d'occasion au montant égal au quart des profits qu'elle aurait raisonnablement tirés du contrat si elle avait été retenue comme adjudicataire dans l'invitation à soumissionner n° M9010-061087/A. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que, se fondant sur la proposition originale de Radiation Detection Service, les parties élaborent une proposition conjointe d'indemnisation afin de la lui présenter dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnisation, 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 rendra sa recommandation finale 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 Radiation Detection Service le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre président

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

| | |
|---|--|
| Membre du Tribunal : | Patricia M. Close, membre président |
| Directeur de la recherche : | Marie-France Dagenais |
| Gestionnaire de l'enquête : | Michael W. Morden |
| Conseiller pour le Tribunal : | Dominique Laporte |
| Partie plaignante : | Radiation Detection Service |
| Institution fédérale : | Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux |
| Conseillers pour l'institution fédérale : | Susan D. Clarke Christianne M. Laizner Ian McLeod |

Adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7

Téléphone : (613) 993-3595

Télécopieur : (613) 990-2439

Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

1. Le 15 septembre 2005, Radiation Detection Service (RDS) 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. La plainte concernait le marché (invitation n° M9010-061087/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) qui portait sur des redresseurs d'alimentation électrique.

2. RDS a allégué que, dans la demande de propositions (DP), TPSGC n'avait pas énoncé les critères régissant l'adjudication du contrat et avait incorrectement adjudgé le contrat à un fournisseur dont la soumission était plus élevée. Elle a soutenu avoir présenté la soumission techniquement conforme la plus basse et que le contrat aurait dû lui être adjudgé. À titre de mesure corrective, elle a demandé que le Tribunal lui adjudge le contrat ou l'indemnise des profits qu'elle avait perdus parce que le contrat ne lui avait pas été adjudgé. Elle a aussi demandé que le Tribunal lui accorde le remboursement des frais qu'elle avait engagés pour la préparation de sa soumission et le dépôt de sa plainte auprès du Tribunal.

3. Le 22 septembre 2005, 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 18 octobre 2005, TPSGC a soumis une lettre tenant lieu de rapport de l'institution fédérale (RIF) dans laquelle il déclarait que certaines erreurs avaient, par inadvertance, été commises dans le cadre de la procédure de passation du marché public et qu'il y avait lieu d'accorder à RDS le remboursement des frais raisonnables qu'elle avait engagés relativement à la plainte.

4. Le 25 octobre 2005, RDS a déposé ses observations sur la lettre de TPSGC.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

5. L'avis de projet de marché (APM), qui précisait que la stratégie d'approvisionnement afférente était « Concurrentielle [...] Soumissionnaire le moins-disant [...] », a été publié par l'entremise du MERX³ le 30 mai 2005, et la DP a été diffusée le 3 juin 2005, la date de réception des soumissions étant fixée au 13 juillet 2005.

6. D'après TPSGC, 10 soumissions ont été reçues en réponse à la DP, dont 2 qui ont été déclarées irrecevables dès le début et n'ont pas fait l'objet d'examen ultérieur. TPSGC a déclaré que les évaluateurs avaient jugé techniquement non conformes 4 des 8 propositions restantes. Il a ajouté que 4 propositions techniquement conformes avaient été reçues, que la proposition déposée par RDS s'était classée au quatrième rang et que Ketco Power Products (Ketco) avait présenté la soumission la mieux cotée et que le contrat avait été adjudgé à cette dernière.

7. Après l'adjudication du marché, TPSGC a soutenu avoir eu des entretiens téléphoniques avec RDS et, à la suite de ces entretiens, avoir réexaminé les documents d'invitation à soumissionner et déterminé que

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].
2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].
3. Service électronique d'appel d'offres du Canada.

la DP n'énonçait pas les critères régissant l'adjudication du contrat. Il a déclaré avoir informé RDS de ce fait le 9 septembre 2005.

8. Le 15 septembre 2005, RDS a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

9. La quantité de 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, conformément à l'alinéa 25c) des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴, a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

10. TPSGC a soutenu que la GRC et TPSGC avaient toujours eu l'intention de fonder l'adjudication du contrat sur la soumission techniquement recevable la mieux cotée, même si, par inadvertance, aucune disposition à cet égard n'a été incluse dans la DP. TPSGC a aussi souligné que, là encore par inadvertance, l'APM publié par l'entremise du MERX stipulait que la « Stratégie d'approvisionnement » était « Concurrentielle [...] Soumissionnaire le moins-disant [...] »⁵. TPSGC a soutenu que ses agents n'étaient pas au courant des erreurs et avaient procédé, croyant que le contrat devait être adjugé à la soumission techniquement recevable la mieux cotée.

11. TPSGC a soutenu que la proposition la mieux cotée était celle de Ketco et que RDS s'était classée au quatrième rang des soumissionnaires ayant présenté une soumission techniquement conforme. Il a soutenu que, même si les documents d'invitation à soumissionner avaient clairement prévu que le contrat serait adjugé en se fondant sur la soumission techniquement conforme la plus basse, ce contrat n'aurait pas été adjugé à RDS. TPSGC a donc soutenu que la demande d'indemnisation pour perte de profits de RDS était dénuée de fondement.

12. TPSGC a soutenu qu'il y avait nettement eu erreur dans la procédure de passation du marché public et que RDS avait droit au remboursement des frais raisonnables qu'elle avait engagés relativement à la plainte. Il a soutenu que la plainte n'était pas complexe et que, puisqu'il n'en contestait pas le bien-fondé, elle devrait correspondre au plus bas degré de complexité (degré 1) décrit dans la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*) du Tribunal.

Position de RDS

13. RDS a soutenu que le paragraphe 7.4 de la DP stipule ce qui suit :

Seules les propositions qui satisfont à toutes les exigences obligatoires de la DP et qui obtiennent au moins 42 des 60 points possibles à la cotation seront déclarées techniquement recevables.

[Traduction]

14. RDS a prétendu que sa proposition satisfaisait à toutes les exigences obligatoires, avait obtenu 46 des 60 points possibles à la cotation et était de plus de 88 000 \$ inférieure à celle de la proposition qui avait été retenue.

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

5. Lettre tenant lieu de RIF, pièce jointe 2.

15. RDS a fait valoir que, dans la lettre tenant lieu de RIF, TPSGC avait reconnu avoir commis des erreurs dans la tenue de la procédure de passation du marché public; toutefois, RDS a dit ne pas être d'accord avec TPSGC sur le fait qu'il s'agissait d'erreurs d'importance mineure. Elle a soutenu que ces erreurs n'étaient pas mineures, mais constituaient plutôt une omission d'un critère d'évaluation important et l'inclusion d'un facteur d'évaluation tout à fait trompeur. Elle a ajouté que l'effet conjugué de ces erreurs avait été de biaiser toute la stratégie de soumission et qu'il y avait eu déroulement délibéré de la DP, faisant en sorte qu'elle n'avait pas été en mesure de présenter une proposition concurrentielle.

16. RDS a soutenu avoir à dessein proposé le produit qu'elle avait présenté parce qu'elle savait qu'il lui suffisait de satisfaire au seuil des 42 points. Elle a ajouté que, si elle avait su que la stratégie d'approvisionnement de TPSGC était fondée sur l'adjudication au soumissionnaire techniquement conforme le mieux coté, elle aurait offert un produit qui correspondait aux normes rigoureuses de l'énoncé du besoin. Par exemple, elle a souligné que sa proposition avait reçu 0 point sur 10 eu égard aux dimensions du bloc d'alimentation, un résultat qu'elle attribue au risque qu'elle était disposée à prendre, compte tenu de la teneur de la DP qui avait été diffusée. Toutefois, elle n'aurait pas pris un tel risque si la disposition « techniquement conforme la mieux cotée » avait été incluse dans la DP.

17. RDS a soutenu qu'elle demandait donc une pleine indemnisation en reconnaissance des profits qu'elle avait perdus, en plus du remboursement des frais qu'elle avait engagés pour la préparation de sa proposition et de la plainte.

ANALYSE DU TRIBUNAL

18. 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 conclusion 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 est tenu de déterminer si le marché a été passé conformément aux accords commerciaux applicables, à savoir, en l'espèce, l'*Accord sur le commerce intérieur*⁶ et l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷.

19. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit ce qui suit : « Dans l'évaluation des offres, une Partie peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec l'article 504. 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. »

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

21. Autrement dit, le Tribunal doit déterminer si TPSGC a adhéré, ou non, à la méthodologie d'adjudication du contrat énoncée dans la DP lorsqu'il a adjugé le contrat à Ketco. Le Tribunal ne trouve rien dans les éléments de preuve mis à sa disposition en l'espèce qui indique que ledit contrat devait être

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

7. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, 1994 R.T.C. n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

adjudgé à la proposition technique la mieux cotée et fait aussi observer que TPSGC a admis ce fait dans sa lettre tenant lieu de RIF. Le Tribunal conclut donc qu'il était raisonnable pour RDS de s'attendre, étant donné l'information communiquée durant toute la procédure de passation du marché public, que TPSGC allait adjudger le contrat en se fondant sur la clause 7.4 de la DP : « Seules les propositions qui satisfont à toutes les exigences obligatoires de la DP et qui obtiennent au moins 42 des 60 points possibles à la cotation seront déclarées techniquement recevables » [traduction], et sur la stratégie d'approvisionnement énoncée dans l'APM, à savoir « Concurrentielle [...] Soumissionnaire le moins-disant [...] », ce qui, de l'avis du Tribunal, devait être interprété par les soumissionnaires comme signifiant que le contrat allait être adjudgé au soumissionnaire le moins-disant. Compte tenu de ces circonstances, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas adjudgé un contrat conformément à la manière énoncée dans la DP, ce qui est contraire au paragraphe 1015(4) de l'*ALÉNA*. Il fait de plus observer que TPSGC a clairement contrevenu au paragraphe 506(6) de l'*ACI*, qui prévoit, comme il a déjà été indiqué, 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 » [soulignement ajouté]. La plainte est donc fondée.

Mesure corrective

22. Ayant conclu que la plainte est fondée, le Tribunal peut maintenant recommander un moyen convenable pour réparer le préjudice porté à RDS du fait des lacunes de la procédure de passation du marché public. D'une part, TPSGC a prétendu que, indépendamment du choix de méthodologie — « mieux cotée » ou « techniquement conforme la plus basse » — retenue pour déterminer la soumission gagnante, RDS n'aurait pas été déclarée l'adjudicataire. D'autre part, RDS a soutenu que, si elle avait eu connaissance de la méthodologie convenable d'adjudication du contrat, elle aurait proposé un autre produit qui correspondait davantage au besoin.

23. Aux termes du paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC verse à RDS une indemnisation pour avoir perdu l'occasion de participer, d'une façon utile, à la procédure de passation du marché public. Dans sa recommandation de la mesure corrective appropriée, le Tribunal a tenu compte de tous les facteurs pertinents au présent marché public, y compris les facteurs énoncés au paragraphe 30.15(3). Le Tribunal conclut que les violations des accords commerciaux, par TPSGC en l'espèce, représentent une grave lacune qui a porté préjudice à l'intégrité globale de la procédure concurrentielle de passation du marché public. Il est aussi convaincu que les éléments de preuve dont il dispose n'établissent pas le manque de bonne foi de TPSGC, mais est d'avis que la lacune relevée dans le présent marché public doit être corrigée par une mesure corrective appropriée. À ce titre, le Tribunal est d'avis que la mesure corrective appropriée en est une qui reconnaît la perte d'occasion de RDS de tirer des bénéfices de ce contrat. Puisque Ketco a déjà livré plus du tiers des biens visés par le contrat, le Tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de recommander la résiliation du contrat à ce moment et le lancement d'un nouvel appel d'offres. Le Tribunal estime que, si RDS avait pu présenter une proposition qui reflétait la méthodologie d'adjudication du contrat appliquée par TPSGC, elle aurait peut-être été choisie comme adjudicataire. Par conséquent, un préjudice a clairement été porté à RDS du fait que cette dernière a été privée de la possibilité de véritablement livrer concurrence dans le cadre du présent marché public, de remporter le contrat et d'en tirer des profits. Puisque TPSGC a déclaré que quatre soumissionnaires avaient présenté une soumission conforme, le Tribunal évalue la perte d'occasion de RDS selon le rapport de un sur quatre et le préjudice qu'elle a subi comme correspondant au quart des profits qu'elle aurait tirés du contrat si elle en avait été l'adjudicataire⁸.

8. *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public.*

24. Le Tribunal accordera aussi à RDS le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Il a tenu compte de la *Ligne directrice* et est d'avis que le degré de complexité de la présente plainte correspond au degré le plus bas de complexité énoncé à l'annexe A de la *Ligne directrice* (degré 1). La *Ligne directrice* fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure. La complexité du marché public était faible, car il visait la fourniture d'un article standard, offert dans le commerce. La complexité de la plainte était faible, car l'affaire était simple même si l'évaluation comportait à la fois des exigences obligatoires et des exigences cotées. Enfin, la complexité de la procédure était faible, et ce, pour les raisons suivantes : TPSGC n'a pas présenté de RIF, mais, plutôt, une lettre tenant lieu de RIF dans laquelle il a admis que des erreurs avaient été commises; il n'y pas eu de partie intervenante ni de requête; il n'y a pas eu d'audience publique; le délai de 90 jours a été respecté. Par conséquent, conformément à la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du montant de l'indemnisation donnée par le Tribunal est de 1 000 \$. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

26. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande que TPSGC verse à RDS une indemnisation pour perte d'occasion au montant égal au quart des profits qu'elle aurait raisonnablement tirés du contrat si elle avait été retenue comme adjudicataire dans l'invitation à soumissionner n° M9010-061087/A. Le Tribunal recommande que, se fondant sur la proposition originale de RDS, les parties élaborent une proposition conjointe d'indemnisation afin de la lui présenter dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnisation, elles devront séparément faire rapport au Tribunal, dans le même délai de 30 jours, après quoi le Tribunal rendra sa recommandation finale à cet égard.

27. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à RDS le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par TPSGC. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre président