



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2009-042

VitalAire Canada Inc.

*Décision prise
le vendredi 11 septembre 2009*

*Décision et motifs rendus
le vendredi 2 octobre 2009*

EU ÉGARD À une plainte déposée 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

PAR

VITALAIRE CANADA INC.

CONTRE

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Diane Vincent

Diane Vincent

Membre président

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. En vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. La plainte porte sur un marché public (invitation n° 6D024-090531/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de l'Agence de la santé publique du Canada (ASPC) en vue de la fourniture de ventilateurs portables et d'accessoires.

3. VitalAire Canada Inc. (VitalAire) allègue ce qui suit :

- 1) TPSGC a incorrectement déclaré sa proposition non conforme;
- 2) TPSGC a modifié les critères d'évaluation après le dépôt des soumissions ou les critères d'évaluation n'étaient pas clairement définis dans les documents d'appel d'offres;
- 3) TPSGC a choisi le soumissionnaire gagnant en se fondant sur des critères et des exigences qui n'étaient pas énoncés dans les documents d'appel d'offres;
- 4) les spécifications techniques ont été rédigées de manière à favoriser le ventilateur portable du fournisseur actuel et à défavoriser tous les autres ventilateurs portables;
- 5) TPSGC n'a pas garanti l'égalité d'accès au marché public.

4. Le 8 juillet 2009, TPSGC publiait une demande de propositions (DP) en vue de la fourniture de ventilateurs portables et d'accessoires. La date originale de clôture des soumissions était le 23 juillet 2009. Toutefois, à la suite de modifications apportées à la DP, la date de clôture des soumissions a été reportée au 4 août 2009.

5. Le 28 juillet 2009, VitalAire déposait une soumission en réponse à la DP. Le 14 août 2009, TPSGC demandait à VitalAire des éclaircissements sur sa proposition relativement aux critères obligatoires 9.0 et 25.0 de l'annexe B de la DP. Le 18 août 2009, VitalAire répondait à la demande de TPSGC. Le 19 août 2009, TPSGC demandait à VitalAire d'autres éclaircissements. Plus tard le même jour, VitalAire répondait à cette demande.

6. Le 26 août 2009, TPSGC informait VitalAire qu'un contrat avait été adjugé à un autre fournisseur et que la proposition de VitalAire avait été déclarée non conforme au critère obligatoire 25.0.

7. Selon la plainte, le 27 août 2009, VitalAire avait une conversation téléphonique avec un représentant de TPSGC qui ne faisait pas partie de l'équipe d'évaluation technique. Dans un courriel interne, VitalAire allègue qu'au cours de cette conversation, le représentant l'a informé que sa proposition avait en fait été déclarée non conforme au critère obligatoire 2.0. Selon VitalAire, la conversation se concluait par une entente selon laquelle le représentant de TPSGC allait demander des éclaircissements aux autorités techniques de l'ASPC au sujet de l'évaluation technique et TPSGC n'annulerait pas la DP.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

8. À la suite de cette discussion, VitalAire faisait parvenir au représentant de TPSGC un courriel dans lequel elle lui faisait part de sa préoccupation du fait qu'il existait manifestement une certaine incertitude touchant la procédure de passation du marché public et demandait pourquoi, compte tenu des circonstances, la DP ne pouvait être annulée et faire l'objet d'une nouvelle invitation. Le 28 août 2009, le représentant de TPSGC répondait qu'une fois un contrat adjudgé, il n'est plus possible d'annuler la DP. Le représentant de TPSGC ajoutait avoir de la difficulté à réunir les autorités techniques de l'ASPC pour discuter des évaluations. Le 3 septembre 2009, VitalAire déposait sa plainte auprès du Tribunal.

9. Le 3 septembre 2009, après une discussion avec les autorités techniques de l'ASPC, le représentant de TPSGC envoyait un courriel à VitalAire dans lequel il indiquait que sa proposition n'était pas conforme au critère obligatoire 2.0 et que ce critère énonçait clairement que « [...] le système doit fonctionner à l'aide de sa pile interne SEULEMENT durant une période d'au moins 8 heures aux réglages standards dans une application clinique³ » [traduction].

10. Le 4 septembre 2009, VitalAire déposait auprès du Tribunal une plainte complémentaire, dans laquelle elle incluait la pièce de correspondance susmentionnée, ainsi que des observations sur cette pièce. Elle modifiait également ses motifs de plainte par ajout du cinquième motif susmentionné.

11. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que « [...] le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal 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 ». Le paragraphe 6(2) prévoit qu'un fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition 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 ».

12. Ces dispositions énoncent clairement qu'une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle a pris connaissance des faits à l'origine de l'opposition, ou suivant la date où elle aurait dû vraisemblablement les découvrir, soit pour présenter une opposition auprès de l'institution fédérale, soit pour déposer une plainte auprès du Tribunal.

13. Le quatrième motif de plainte de VitalAire est que les spécifications techniques de la DP sont rédigées de manière à favoriser le ventilateur portable du fournisseur actuel. Selon VitalAire, TPSGC a fondé la description des exigences en vertu des critères obligatoires 9.0, 10.0, 12.0, 16.0, 22.0 et 28.0 sur les spécifications du fournisseur actuel. Étant donné les circonstances, le Tribunal est d'avis que VitalAire a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de sa plainte lorsqu'elle a examiné les documents d'appel d'offres ou, au plus tard, le 28 juillet 2009, lorsqu'elle a présenté sa proposition en réponse à la DP. Par conséquent, pour satisfaire aux exigences des paragraphes 6(1) et 6(2) du *Règlement*, VitalAire aurait dû déposer sa plainte auprès du Tribunal ou présenter une opposition à TPSGC au plus tard le 12 août 2009 (c.-à-d. 10 jours ouvrables après le 28 juillet 2009). Puisque VitalAire n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 3 septembre 2009, et en l'absence de tout élément de preuve indiquant qu'une opposition a été présentée à TPSGC le ou avant le 12 août 2009, le Tribunal est d'avis que la plainte à ce motif n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

3. Plainte complémentaire datée du 4 septembre 2009, onglet 1.

14. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁴, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵, à l'*Accord sur les marchés publics*⁶ ou au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*⁷, selon le cas. En l'espèce, les quatre accords commerciaux s'appliquent.

15. Le premier motif de plainte de VitalAire est que TPSGC a incorrectement déclaré sa proposition non conforme. Plus précisément, elle soutient que TPSGC a incorrectement déterminé que le ventilateur portable qu'elle proposait ne satisfaisait pas aux critères obligatoires 2.0 ou 25.0.

16. Le 26 août 2009, TPSGC rejetait la proposition de VitalAire, la déclarant non conforme au critère obligatoire 25.0. Dans des échanges de correspondance effectués dans le cadre du suivi des arguments soulevés par VitalAire au sujet de l'évaluation technique liée au critère obligatoire 2.0, TPSGC indiquait que la proposition n'était pas conforme audit critère. Toutefois, TPSGC ne présentait aucune autre observation quant à la non-conformité au critère obligatoire 25.0.

17. Les critères obligatoires 2.0 et 25.0 prévoient ce qui suit :

SPÉCIFICATIONS OBLIGATOIRES DU VENTILATEUR PORTABLE

2.0 Quand la pile interne est neuve et complètement chargée, le ventilateur portable doit fonctionner en autonomie de source d'alimentation électrique externe (CA ou CD) tout en maintenant un monitoring précis du soutien ventilatoire, du volume et de la pression et des alarmes de volume et de pression durant une période d'au moins huit (8) heures aux réglages standards de ventilation.

Satisfait : **Oui** _____ **Non** _____

Renvoi dans la proposition [de l'entrepreneur] : _____

[...]

25.0 La puissance/min de la pile de réserve interne du ventilateur portable doit atteindre 600 minutes (10 heures);

Satisfait : **Oui** _____ **Non** _____

Renvoi dans la proposition [de l'entrepreneur] : _____

[Traduction]

18. Dans sa demande d'éclaircissements datée du 14 août 2009 au sujet du critère obligatoire 25.0, TPSGC demandait ce qui suit : « Nous avons besoin d'éclaircissements à savoir si la durée de la pile de réserve interne de l'appareil atteint 10 heures. Nous vous demandons la documentation⁸ » [traduction].

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

5. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm>.

6. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

7. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997). Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

8. Version publique de la plainte, onglet 8.

19. Dans sa réponse du 18 août 2009, VitalAire affirme ce qui suit :

Pour répondre à vos questions, nous ferons référence à l'appareil « Pandemic Ventilator Solution/LTV 1200 » que nous avons inclus dans notre soumission, ainsi qu'au guide de l'utilisateur de l'appareil (également inclus dans notre soumission).

[...]

Il y a une façon simple de vérifier que notre appareil LTV1200, la solution en cas de pandémies, offre une durée de fonctionnement sensiblement supérieure à 10 heures. Une fois l'appareil en mode attente/arrêt (et complètement chargé), le remettre en marche 10 heures plus tard démontrera que l'alimentation de réserve interne demeure fonctionnelle pendant au moins 10 heures. (Nous prévoyons que l'alimentation de réserve interne durera sensiblement plus longtemps que les 10 heures demandées)⁹.

[Traduction]

20. Dans sa demande subséquente d'éclaircissements du 19 août 2009, TPSGC demandait ce qui suit : « Si l'appareil en usage clinique est réglé de la façon suivante : volume courant 500, fréquence 12, pression positive en fin d'expiration 5 cm H₂O, quelle sera la durée de fonctionnement de votre appareil alimenté par la pile¹⁰? » [traduction]. Dans sa réponse transmise le même jour, VitalAire affirmait ce qui suit : « Aux réglages que vous avez indiqués, notre appareil fonctionnera environ 6 heures alimenté par la pile en usage clinique. [...] Veuillez prendre note que, dans notre réponse à la question 2.0 de la DP, nous avons utilisé des réglages différents, qui donnent des durées de fonctionnement supérieures à 8 heures¹¹ » [traduction]. Elle demandait également à TPSGC de confirmer que les spécifications demandées à tous les autres soumissionnaires étaient exactement les mêmes. Le même jour, TPSGC confirmait que tel était bien le cas.

21. Le 26 août 2009, TPSGC avisait VitalAire que sa proposition avait été déclarée non conforme au critère obligatoire 25.0. À la suite de discussions entre VitalAire et le représentant de TPSGC, TPSGC confirmait le 3 septembre 2009 que, puisque le ventilateur de VitalAire ne pouvait fonctionner que pendant six heures aux réglages standards indiqués par TPSGC le 19 août 2009, ce ventilateur était certainement non conforme au critère obligatoire 2.0¹².

22. Dans sa plainte complémentaire, VitalAire soutient que la correspondance de TPSGC datée du 3 septembre 2009 établit clairement que sa proposition a été rejetée en se fondant sur une prétendue non-conformité au critère obligatoire 2.0 et que, par conséquent, sa proposition satisfaisait à tous les autres critères obligatoires, y compris le critère obligatoire 25.0. Selon VitalAire, si sa proposition avait été évaluée conformément au critère obligatoire 2.0, tel qu'il était énoncé dans la DP, et mis à la disposition des soumissionnaires avant la clôture des soumissions, sa soumission aurait été déclarée conforme.

23. Le Tribunal n'est pas d'accord avec les affirmations susmentionnées de VitalAire. Le Tribunal est d'avis que la plainte n'établit pas comment la proposition de VitalAire, dans sa présentation initiale, était conforme à tous les critères obligatoires publiés dans la DP et, plus précisément, aux critères obligatoires 2.0 et 25.0.

9. Version publique de la plainte, onglet 9.

10. *Ibid.*, onglet 10.

11. *Ibid.*, onglet 11.

12. Plainte complémentaire datée du 4 septembre 2009, onglet 1.

24. La DP indique clairement qu'il incombe au soumissionnaire de fournir tous les renseignements nécessaires pour garantir une évaluation complète et précise de sa proposition et de fournir des documents techniques ou des données techniques permettant de vérifier la conformité aux spécifications techniques obligatoires. De plus, la DP renferme des dispositions qui permettent à l'institution fédérale de déclarer irrecevable une proposition qui ne répond pas aux exigences de renseignements.

25. La partie 4 de la DP, intitulée « **PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION** » [traduction], prévoit ce qui suit :

1.1 Évaluation technique

Toutes les propositions doivent être complètes et présenter tous les renseignements demandés dans la trousse de demande de propositions (DP) pour permettre une évaluation entière et complète. Si l'exigence n'est pas satisfaite dans la proposition d'un soumissionnaire, la proposition sera considérée incomplète ou irrecevable et sera rejetée. Il incombe au soumissionnaire de fournir tous les renseignements nécessaires pour garantir une évaluation complète et précise.

[...]

Facteurs d'évaluation

[...]

2. CAPACITÉ DE SATISFAIRE À L'EXIGENCE TECHNIQUE (OBLIGATOIRE) :

[...]

b) Fourniture de la documentation technique à l'appui :

La documentation technique à l'appui [...] doit être fournie avec la soumission au moment de la clôture des soumissions. Les documents techniques ou les données techniques **DOIVENT** être fournis pour permettre la vérification de la conformité aux spécifications techniques obligatoires.

[Traduction]

26. De plus, la partie 1 de la DP, intitulée « **RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX** » [traduction], prévoit ce qui suit :

Emploi des mots « DOIT », « DOIVENT », « DEVRA » et « DEVRONT » : Lorsque les mots « **doit** », « **doivent** », « **devra** » ou « **devront** » sont utilisés dans le présent document, l'action ou l'exigence décrite est **obligatoire**. Si l'exigence n'est pas traitée dans la proposition d'un soumissionnaire, la proposition sera considérée incomplète ou non conforme et sera rejetée. Les propositions seront évaluées uniquement sur la foi des renseignements qu'elles contiennent et il incombe au soumissionnaire de fournir tous les renseignements nécessaires à une évaluation complète et précise.

[Traduction]

27. Par conséquent, la DP prévoit, sans équivoque, que la documentation technique à l'appui doit être fournie pour permettre la vérification de la conformité aux exigences techniques. Dans sa proposition, VitalAire affirme satisfaire au critère obligatoire 25.0, parce que la pile interne permet « [...] l'alimentation pour le stockage des données sur une période bien supérieure à 10 heures¹³ » [traduction]. Elle renvoie aussi au guide de l'utilisateur intitulé « *Operator's Manual – Chapter Power and Battery Options and Sprint Pack manual*¹⁴ ». De plus, dans sa réponse du 18 août 2009 à la demande d'éclaircissements de TPSGC

13. Version publique de la plainte, onglet 3 à la p. 000110.

14. *Ibid.*, onglet 3 à la p. 000111.

datée du 14 août 2009 au sujet du critère obligatoire 25.0, VitalAire explique que TPSGC pouvait vérifier que son ventilateur dispose d'une alimentation interne par pile de réserve d'une durée d'au moins 10 heures en laissant l'appareil en mode « attente/arrêt (et complètement chargé) » [traduction] et en la remettant sous tension 10 heures plus tard. En dépit de ces affirmations, le Tribunal ne peut trouver de document technique dans la proposition qui indique, comme le soutient VitalAire, que son ventilateur portable est doté d'une pile de réserve interne permettant son alimentation pendant au moins 10 heures.

28. Quant au critère obligatoire 2.0, la proposition de VitalAire prévoit ce qui suit : « De récents essais du fabricant ont donné des durées de fonctionnement dépassant 8 heures aux réglages standards, en utilisant la configuration à deux piles internes¹⁵ » [traduction]. Aucun renvoi à de la documentation technique à l'appui n'est fourni. Malgré un examen minutieux, le Tribunal ne peut trouver un tel renseignement. En réalité, le seul document technique pertinent compris dans la proposition de VitalAire semble indiquer que son ventilateur portable ne fonctionnerait *que 1 heure* lorsqu'alimenté par la pile interne standard et pourrait fonctionner *5 ou 6 heures de plus* lorsqu'alimenté par le bloc de transport à deux piles¹⁶. Par conséquent, le ventilateur portable proposé par VitalAire ne semble pas satisfaire à ce critère obligatoire.

29. Dans son courriel daté du 3 septembre 2009, TPSGC indiquait à VitalAire que le critère obligatoire 2.0 faisait référence à la pile interne *uniquement*. Le Tribunal observe ce qui suit relativement à l'interprétation de l'exigence énoncée au critère obligatoire 2.0. En réponse au critère obligatoire 1.0, qui limite le poids du ventilateur portable à 16 lb, y compris le poids de la pile interne, VitalAire semble avoir indiqué uniquement le poids de son ventilateur portable (14,5 lb) et non pas le poids du bloc à deux piles (4,5 lb)¹⁷. Il ressort de la réponse de VitalAire que la pile interne désigne la pile logée à l'intérieur du ventilateur portable seulement et non pas le bloc à deux piles. La réponse au critère obligatoire 1.0, dans laquelle VitalAire n'a pas indiqué le poids du bloc à deux piles comme faisant partie de la pile interne, semble confirmer l'opinion que la pile interne est celle qui est logée dans le ventilateur et non pas le bloc supplémentaire à deux piles. Une telle interprétation paraît cohérente avec l'observation de TPSGC selon laquelle le critère obligatoire 2.0 visait la pile interne *uniquement*. Par conséquent, à la lumière du critère obligatoire 2.0, la pile interne, à elle seule, ne satisfait certes pas à la condition concernant l'alimentation électrique du ventilateur durant une période d'au moins 8 heures. Selon la documentation technique déposée avec la plainte, la durée de fonctionnement du ventilateur portable de VitalAire est d'environ une heure en utilisant la pile interne. Le Tribunal estime raisonnable l'opinion selon laquelle le critère obligatoire 2.0 fait référence à la pile interne uniquement, auquel cas le ventilateur portable proposé par VitalAire n'est manifestement pas conforme.

30. Dans de telles circonstances, et compte tenu des motifs susmentionnés, le Tribunal conclut donc que TPSGC a correctement déclaré non conforme la proposition de VitalAire. Par conséquent, le Tribunal conclut que, relativement à ce motif de plainte, les renseignements n'indiquent pas de façon raisonnable que le marché public n'a pas été passé en conformité avec les accords commerciaux applicables.

31. Les deuxième et troisième motifs de plainte de VitalAire sont que TPSGC a incorrectement modifié la DP après la date de clôture des soumissions en précisant les réglages standards retenus pour déterminer la durée de fonctionnement de la pile aux fins du critère obligatoire 2.0 et que TPSGC a choisi le soumissionnaire gagnant en se fondant sur ces réglages. VitalAire ajoute que TPSGC n'a pas clairement précisé les critères d'évaluation dans les documents d'appel d'offres.

15. *Ibid.*, onglet 3 à la p. 000104.

16. *Ibid.*, onglet 3 aux pp. 000021, 7-2, 14-10, A-9.

17. *Ibid.*, onglet 3 aux pp. 000019, 000021, 000104.

32. Le Tribunal fait remarquer que le critère obligatoire 2.0 exige que les ventilateurs portables fonctionnent en autonomie de toute source d'alimentation externe durant au moins huit heures aux « *réglages standards de ventilation* » [traduction, nos italiques]. Le critère de fonctionnement aux réglages standards était donc clairement une exigence obligatoire. Le Tribunal fait de plus remarquer que les soumissionnaires n'ont soulevé aucune question sur la nature de ces réglages avant la date de clôture des soumissions. Quant au critère obligatoire 2.0, la proposition de VitalAire prévoit que « de récents essais du fabricant ont donné des durées de fonctionnement dépassant 8 heures aux réglages standards [...] ». VitalAire n'a pas, durant la procédure de soumission, exprimé de préoccupation sur le sens de l'expression « réglages standards » et n'a pas jugé nécessaire d'obtenir des éclaircissements de TPSGC à cet égard. Le Tribunal est donc d'avis que la plainte de VitalAire au motif que TPSGC n'a pas clairement précisé les critères d'évaluation dans les documents d'appel d'offres n'a pas été déposée dans les délais prescrits.

33. Le Tribunal est également d'avis que, même si TPSGC n'a pas agi correctement en demandant à VitalAire de fournir des renseignements sur le produit qu'elle proposait relativement à des réglages qui n'avaient pas été divulgués dans les documents d'appel d'offres mais, plutôt, précisés après la clôture des soumissions, ce fait n'a pas rendu à lui seul la proposition de VitalAire non conforme. Comme il l'a déjà indiqué, le Tribunal est d'avis que, évaluée en fonction des critères obligatoires énoncés dans la DP, la proposition de VitalAire est non conforme. De plus, bien que TPSGC puisse avoir pris en considération des critères non énoncés dans la DP aux fins de l'évaluation de toutes les propositions, aucun élément de preuve ne laisse croire que si les propositions avaient été évaluées en fonction des critères obligatoires énoncés dans la DP, le soumissionnaire gagnant aurait été quelqu'un d'autre que le fournisseur actuel. En réalité, les spécifications techniques du ventilateur portable du fournisseur actuel, incluses comme pièces dans la plainte de VitalAire, indiquent clairement que ce ventilateur peut fonctionner avec la pile interne seulement durant plus de huit heures¹⁸.

34. Par conséquent, même si le Tribunal devait enquêter sur le motif de plainte concernant la divulgation des critères après la clôture des soumissions et s'il devait conclure en faveur de VitalAire, le fait que la proposition de VitalAire soit non conforme aux critères obligatoires énoncés dans la DP signifie que VitalAire ne serait toujours pas admissible à l'adjudication du marché. De plus, et comme il est souligné ci-dessus, aucun élément de preuve ne laisse croire qu'avec une évaluation fondée sur les critères obligatoires énoncés dans la DP, le fournisseur actuel n'aurait pas remporté le contrat. Compte tenu des circonstances, le Tribunal n'estime pas utile d'enquêter sur les deuxième et troisième motifs de plainte de VitalAire.

35. Le cinquième motif de plainte de VitalAire est que TPSGC a omis de garantir l'égalité d'accès au marché public. Plus précisément, selon VitalAire, puisque des éléments de preuve établissent que le ventilateur portable du fournisseur actuel ne peut fonctionner à l'aide de l'alimentation d'une seule pile durant huit heures aux réglages standards précisés par TPSGC le 19 août 2009, TPSGC a omis d'examiner la conformité à ces réglages standards dans l'évaluation de toutes les soumissions ou a choisi le ventilateur portable du fournisseur actuel même si ce ventilateur ne satisfait pas aux exigences concernant ces réglages standards.

36. Les éléments de preuve invoqués par VitalAire sont un rapport, revu par des pairs, sur les ventilateurs de transport et qui a été partiellement financé par l'armée américaine¹⁹. Ce rapport estime la durée de vie de la pile du ventilateur portable du fournisseur actuel à 8 heures et 10 minutes aux réglages suivants : volume courant de 1 L, fréquence respiratoire de 10 respirations la minute et fraction d'oxygène

18. *Ibid.*, onglet 17.

19. *Ibid.*, onglet 12.

dans l'air inspiré de 0,21²⁰. Dans sa demande d'éclaircissements du 19 août 2009, TPSGC demandait à VitalAire quelle serait la durée de fonctionnement de son ventilateur portable alimenté par la pile aux réglages suivants : « volume courant 500, fréquence 12, pression positive en fin d'expiration 5 cm H₂O ». Selon VitalAire, puisque les réglages indiqués par TPSGC exigent que les appareils fonctionnent à une fréquence de 12 respirations la minute plutôt que 10, elle estime que le ventilateur portable alimenté par la pile du fournisseur actuel fonctionnerait durant environ 6 heures et 32 minutes aux réglages susmentionnés.

37. Le Tribunal n'est pas convaincu que tel est effectivement le cas. Le Tribunal est d'avis que l'allégation de VitalAire concernant la durée de vie de la pile du ventilateur portable du fournisseur actuel n'est pas corroborée et n'est pas fondée sur les renseignements contenus dans la proposition de ce fournisseur ou dans les éclaircissements subséquents donnés à TPSGC. En outre, le Tribunal fait remarquer que même si les réglages de TPSGC exigent un plus grand nombre de respirations la minute, le volume courant (c.-à-d. le volume d'air à chacune des respirations) est seulement la moitié de celui précisé dans le rapport précité (500 ml par opposition à 1 L). Le Tribunal conclut donc que, relativement à ce motif de plainte, les renseignements mis à sa disposition n'indiquent pas de façon raisonnable que le marché public n'a pas été passé en conformité avec les accords commerciaux applicables.

38. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

39. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Diane Vincent
Diane Vincent
Membre président

20. *Ibid.*, onglet 12 à la p. 744.