



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2010-010

KB Enterprises LLC

*Décision prise
le mercredi 12 mai 2010*

*Décision et motifs rendus
le jeudi 4 juin 2010*

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

KB ENTERPRISES LLC

CONTRE

LE MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE

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.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

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° IC 800073) passé par le ministère de l'Industrie (Industrie Canada) en vue de la prestation de services de vente aux enchères du spectre.
3. KB Entreprises LLC (KB) allègue que la formulation des exigences obligatoires de la demande d'arrangement en matière d'approvisionnement (DAMA) a fait en sorte qu'elle n'a pas répondu par écrit à un élément qu'Industrie Canada considérait nécessaire à la réponse écrite.
4. KB indique qu'elle n'a pas fourni une description écrite de ses capacités d'enchères électroniques car cela n'était ni demandé ni requis dans l'invitation. KB a présumé qu'elle aurait une occasion ultérieurement de faire la démonstration de son logiciel en personne.
5. 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*³, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴, à l'*Accord sur les marchés publics*⁵, au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*⁶ ou au chapitre 14 de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou*⁷, selon le cas.
6. KB, une société américaine⁸, ne peut bénéficier des dispositions de l'*ACI*, de l'*ALÉCC* et de l'*ALÉCP*. À ce titre, seuls l'*ALÉNA* et l'*AMP* s'appliquent en l'espèce.
7. Le 19 novembre 2009, Industrie Canada émettait une DAMA en vue de services de vente aux enchères du spectre. La date de clôture de la période de soumission pour la DAMA était le 6 janvier 2010. À la date de clôture, KB soumettait une proposition technique en réponse à la DAMA.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. *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) [*ALÉNA*].

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [*ACI*].

5. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [*AMP*].

6. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 4 décembre 1996, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [*ALÉCC*].

7. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [*ALÉCP*].

8. Les renseignements fournis avec la plainte indiquent que KB a une adresse d'entreprise à Washington, D.C.

8. Dans un courriel daté du 14 avril 2010, KB était avisée que sa proposition ne satisfaisait pas à l'exigence obligatoire 13.8 de la partie II de la DAMA et qu'à ce titre, sa proposition était éliminée du processus de sélection.

9. KB était aussi avisée que six propositions avaient été reçues et que des arrangements en matière d'approvisionnement avaient été offerts aux trois soumissionnaires s'étant classés aux premiers rangs.

10. Le 27 avril 2010, KB participait à une téléconférence avec Industrie Canada au cours de laquelle elle signifiait son opposition au fait que sa proposition avait été déclarée non conforme et demandait que sa proposition soit considérée comme ayant satisfait à l'exigence obligatoire de la référence 13.8 à la section 13.0 de la partie II de la DAMA. Industrie Canada a rejeté cette demande.

11. Le 6 mai 2010, KB déposait sa plainte auprès du Tribunal.

12. Le Tribunal considère que la plainte a été déposée dans les délais prescrits.

13. En ce qui concerne les documents d'appel d'offres, le paragraphe 1013(1) de l'ALÉNA prévoit ce qui suit :

1. [...] La documentation contiendra également :

[...]

h. les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...]

14. Le paragraphe XII(2) de l'AMP prévoit ce qui suit :

2. La documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs contiendra tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables [...] :

[...]

h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...]

15. L'alinéa 1015(4)a de l'ALÉNA et l'alinéa XIII 4a) de l'AMP prévoient tous les deux que « pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres [...] »

16. L'article 12.1 à la section 12.0 (« Procédure d'évaluation ») de la partie II de la DAMA prévoit ce qui suit :

La procédure d'évaluation et de sélection comprend les trois (3) étapes suivantes :

Première étape : Évaluation des exigences obligatoires

Au cours de la première étape, la conformité des propositions à chacune des exigences obligatoires énumérées dans la section 13.0 ci-dessous sera évaluée.

Les propositions qui ne satisfont pas à toutes les exigences obligatoires seront rejetées à la fin de la première étape et ne feront pas l'objet d'un examen ultérieur.

[Traduction]

17. La référence 13.8 à la section 13.0 (« Exigences obligatoires ») de la partie II de la DAMA prévoit ce qui suit :

L'offrant doit décrire la solution d'authentification et de sécurité afin de démontrer qu'il satisfait aux exigences de la section 6.2.3.

L'offrant doit aussi démontrer qu'il sera possible à IC d'accéder au système d'enchères au moyen d'un compte téléphone protégé, d'un mot de passe particulier et d'une authentification.

[Traduction]

18. Le Tribunal considère que la référence 13.8 de la DAMA contient deux exigences distinctes.

19. Les références 13.6 et 13.7 de la section 13.0 de la DAMA comprennent une note avisant que le critère obligatoire « [...] fera l'objet d'une démonstration ultérieure du système d'enchères type tel que spécifié dans la section 15.0 ci-dessous et sera évalué à une étape distincte du processus d'évaluation [...] » [traduction].

20. Le Tribunal fait remarquer que la référence 13.8 de la DAMA ne contient aucune disposition de ce genre au sujet d'une démonstration « ultérieure ». Les exigences de la référence 13.8 de la DAMA étaient donc immédiates et devaient être satisfaites dans la proposition technique elle-même et non à une étape « ultérieure », comme c'est peut-être le cas quant aux références 13.6 et 13.7 de la DAMA.

21. Dans *Info-Electronics H P Systems Inc.*⁹, le Tribunal a affirmé ce qui suit :

23. Dans des décisions antérieures, le Tribunal a clairement indiqué que c'est au fournisseur qu'il incombe de répondre et de satisfaire aux critères établis dans une invitation. Il a aussi clairement déclaré que c'est au soumissionnaire qu'est imposé le fardeau de demander des éclaircissements avant de présenter une offre. Il a en outre déclaré qu'il ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs, sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à l'évaluation de la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas, d'une autre manière, procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure.

[Notes omises]

22. Le Tribunal conclut que la référence 13.8 de la DAMA est claire. La *proposition technique* d'un soumissionnaire devait démontrer sa conformité quant à l'ensemble des critères. Bien que KB traite de la première exigence de la référence 13.8 de la DAMA dans sa proposition technique, elle est complètement muette quant à la deuxième.

23. Ainsi, le Tribunal conclut qu'il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'Industrie Canada ne s'est pas appliqué à l'évaluation de la proposition de KB, qu'il n'a pas tenu compte de renseignements d'importance ou qu'il a mal interprété la portée de l'exigence. De plus, il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'Industrie Canada a fondé son évaluation sur des critères non divulgués ou n'a pas procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure.

24. Au contraire, le Tribunal est d'avis que dans les circonstances, il était raisonnable pour Industrie Canada de déclarer la proposition de KB non conforme. Par conséquent, le Tribunal considère qu'en l'espèce, il ne serait pas approprié de substituer son jugement à celui des évaluateurs.

9. *Re plainte déposée par Info-Electronics H P Systems Inc.* (2 août 2006), PR-2006-012 (TCCE).

25. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que la plainte ne démontre pas, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément à l'*ALÉNA* ou à l'*AMP* tel que stipulé à l'alinéa 7(1)c) du *Règlement*. Par conséquent, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

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

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président