



Ottawa, le jeudi 13 juin 1996

Dossier n° : PR-95-035

EU ÉGARD À une plainte déposée par Secure Technologies International Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée par L.C. 1993, ch. 44;

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 de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est en partie fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesures correctives, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule le volet d'offre permanente de la demande et, si le besoin continue d'exister, qu'il lance plutôt un nouvel appel d'offres concurrentiel pour satisfaire à la demande conformément aux dispositions des accords applicables.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et le traitement de la plainte.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Dossier n° : PR-95-035

Date de la décision : Le 13 juin 1996

Membre du Tribunal : Arthur B. Trudeau

Gestionnaire d'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : David M. Attwater

Plaignant : Secure Technologies International Inc.

Intervenant : ISOTEC Corporation

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le jeudi 13 juin 1996

Dossier n^o : PR-95-035

EU ÉGARD À une plainte déposée par Secure Technologies International Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée par L.C. 1993, ch. 44;

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*.

CONCLUSIONS DU TRIBUNAL

Introduction

Le 15 mars 1996, la société Secure Technologies International Inc. (le plaignant) a déposé une plainte, aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE), concernant le marché public passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) (numéro de l'invitation 11QE.08324-5-3136) pour la fourniture d'ordinateurs personnels TEMPEST² de niveau I au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI). La demande portait sur un premier marché de fournitures de 131 unités et l'achat subséquent, le cas échéant, dans le cadre d'une offre permanente, d'un maximum de 131 unités supplémentaires, plus les cartes d'interface réseau à fibres optiques, les lecteurs DOC internes et les pièces de rechange.

Le plaignant soutient : 1) que le délai accordé aux fournisseurs potentiels pour poser des questions et recevoir des réponses de l'État était exceptionnellement court, vu la complexité de la demande et le fait que celle-ci était mal définie dans la demande de proposition (la DDP); 2) qu'il était pour ainsi dire impossible d'obtenir l'homologation NT³ de Microsoft obligatoire dans le délai alloué; 3) qu'il était impossible pour la société ISOTEC Corporation (l'adjudicataire), compte tenu de sa taille et de sa capacité d'effectuer des essais, d'avoir obtenu l'homologation TEMPEST obligatoire dans le délai alloué, ce qui suppose une «complicité» avec le MAECI; 4) que la procédure adoptée par le Ministère pour attester la véracité des résultats des essais TEMPEST a été extrêmement indulgente dans les circonstances; 5) que les essais des produits effectués par le MAECI dans le cadre de cet appel d'offres sont douteux et ont été exécutés à huis clos sans que les fournisseurs potentiels aient l'occasion d'intervenir ou de clarifier quoi que ce soit; et 6) que le Ministère a peut-être déchargé l'adjudicataire de ses obligations concernant la livraison en modifiant la portée des travaux à exécuter au 31 mars 1996. Le plaignant soutient que, à cause de ces mesures, les

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Ce terme désigne une technologie classée qui réduit les renseignements émis par le matériel électrique et diminue donc le risque d'espionnage électronique.
3. Système d'exploitation.

spécifications ont été rédigées en fonction de produits spécifiques configurés d'avance, de critères d'évaluation qui manquaient de clarté, qui n'étaient pas complets et qui ont été utilisés de façon incorrecte alors que, s'ils avaient été appliqués également à tous les soumissionnaires, aucune des soumissions n'aurait été jugée conforme. À titre de mesures correctives, le plaignant demande que les frais entraînés par la préparation de sa soumission ainsi que les dommages qu'il a subis du fait qu'il n'a pu profiter de cet appel d'offres lui soient remboursés. Enfin, il a demandé que, si l'adjudicataire ne livrait pas les marchandises conformément aux modalités de la DDP, le marché actuel soit immédiatement résilié et que la totalité de la demande ou, selon le cas, au moins le volet d'offre permanente de celle-ci fasse l'objet d'un nouvel appel d'offres concurrentiel, de façon juste et équitable.

Enquête

Le 20 mars 1996, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a déterminé que les conditions d'enquête précisées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁴ (le Règlement) avaient été respectées relativement à la plainte et a décidé d'enquêter sur la question pour déterminer si le marché public avait été passé conformément aux exigences énoncées au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵ (l'ACI) et au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁶ (l'ALÉNA).

Le 19 avril 1996, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (le RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁷. Le plaignant a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal le 3 mai 1996. Le 10 mai 1996, le Tribunal a demandé au Ministère de lui fournir les raisons détaillées et la justification en fonction desquelles la proposition de l'adjudicataire a été jugée conforme aux conditions pour ce qui est de l'homologation aux critères TEMPEST de niveau I et de la comptabilité à Windows NT 3.5.1 de Microsoft. Le Ministère a fait parvenir des renseignements supplémentaires au Tribunal le 17 mai 1996 et ce dernier a, par la suite, reçu les observations du plaignant et de l'adjudicataire sur ces renseignements.

Étant donné que les renseignements figurant au dossier permettaient de déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a rendu une décision fondée sur les renseignements au dossier.

Procédure de passation des marchés publics

Le 8 décembre 1995, il a été demandé aux 52 membres du Programme TEMPEST de l'industrie canadienne (le CITP) s'ils étaient intéressés à recevoir l'appel d'offres visant 131 postes de travail et périphériques TEMPEST destinés au MAECI dont la publication était prévue pour le 15 décembre 1995 ou

-
4. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.
 5. Signé à Ottawa (Ontario), le 18 juillet 1994.
 6. Signé à Ottawa (Ontario), les 11 et 17 décembre 1992, à Mexico, D.F., les 14 et 17 décembre 1992, et à Washington, D.C., les 8 et 17 décembre 1992 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1994).
 7. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.

avant. Le 14 décembre 1995, après la fermeture des bureaux, une DDP portant une date limite de remise des soumissions fixée au 10 janvier 1996 a été remise aux 9 sociétés du CITP qui s'étaient dites intéressées à cet appel d'offres. La page d'accompagnement de la DDP envoyée aux fournisseurs intéressés le 15 décembre 1995 indiquait, en partie, à la section «MESSAGE», ce qui suit :

Toute demande d'éclaircissements ou de renseignements supplémentaires doit être envoyée à mon attention au numéro de télécopieur [...] au plus tard à 14 h HAE, le 20 décembre 1995. Les renseignements résultant des demandes seront communiqués aux soumissionnaires avant la fermeture des bureaux le 22 décembre 1995.

[Traduction]

La DDP renfermait, entre autres, les conditions suivantes :

A. EXIGENCES S'APPLIQUANT AUX PROPOSITIONS

6. La réponse à la DDP devra satisfaire à tous les articles et alinéas de la «spécification contractuelle» jointe et comporter une brève déclaration indiquant ce qui est proposé et comment le produit proposé satisfera aux exigences explicites de performance et de la spécification, ou les dépassera. Les détails techniques fournis devront permettre de confirmer la conformité technique de l'offre du soumissionnaire.

B. CRITÈRES D'ÉVALUATION

1. Le matériel doit être conforme aux critères TEMPEST de niveau I spécifiés dans le CID/09/15 et figurer sur la plus récente Liste des produits recommandés de l'OTAN (NRPL) ou être déjà homologué conforme aux critères TEMPEST de niveau I par un spécialiste TEMPEST agréé de niveau II (CTP II) dans un avis d'homologation de matériel. Le personnel [du MAECI] jugera de la valeur technique des propositions des soumissionnaires en évaluant la conformité et l'adéquation des réponses à tous les aspects de la spécification contractuelle.
3. Pour être recevable, une soumission doit satisfaire à toutes les conditions obligatoires du présent appel d'offres. Aucune considération ne sera donnée aux offres qui ne satisfont pas à toutes ces conditions.
4. Bien qu'il soit prévu qu'un marché sera adjugé au soumissionnaire recevable qui offre un produit conforme sur les plans technique et opérationnel au prix ou au coût total le moins élevé, calculé selon les indications fournies à l'article 7.6 de l'annexe «A» jointe, et qui est capable de respecter le délai de livraison fixé au 31 mars 1996 en fonction d'une adjudication du marché effectuée le 1^{er} février 1996, l'État [...]

[Traduction]

La spécification contractuelle (document n° SIGN.DESG.20.400.E, version 1.0, le 4 décembre 1995) précise, en partie, ce qui suit :

- 2.1 La plate-forme^[8] doit être conforme aux critères TEMPEST de niveau I spécifiés dans le CID/09/15 et figurer sur la plus récente Liste des produits recommandés de l'OTAN (NRPL) ou être déjà homologuée conforme aux critères TEMPEST de niveau I par un spécialiste TEMPEST agréé de niveau II (CTP II) dans un avis d'homologation de matériel. La liste des caractéristiques critiques TEMPEST pour la plate-forme doit être fournie.
- 2.2 La plate-forme doit être homologuée compatible au système d'exploitation Windows NT 3.5.1 de Microsoft, et les composants particuliers qui ne sont pas visés par l'homologation de la plate-forme doivent aussi figurer sur la liste de compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft ou être du matériel OEM homologué conforme aux conditions d'homologation NT de Microsoft. **Avertissement** est donné aux soumissionnaires que la compatibilité doit comprendre, entre autres, la carte-mère, l'adaptateur vidéo, les cartes d'interface réseau, l'adaptateur de disque dur, l'unité de disque dur, l'unité de disque souple, les lecteurs DOC, l'écran, le clavier et la souris. Le système doit pouvoir fonctionner correctement sur Windows NT 3.5.1.

[Traduction]

L'article 7 de la spécification contractuelle prévoit, en outre, ce qui suit : [traduction] «Le marché sera adjugé au fournisseur le moins disant, qui présente des certificats attestant que le produit satisfait aux conditions ou les dépasse, et dont le matériel réussit les essais [du] MAECI».

Le 22 décembre 1995, le Ministère a envoyé, par télécopieur, aux 9 membres du CITP ses réponses ainsi que celles du MAECI aux questions des soumissionnaires reçues au plus tard le 20 décembre 1995. Le 28 décembre 1995, le plaignant a fait parvenir au Ministère, par télécopieur, une lettre dans laquelle il lui posait deux questions. Le 29 décembre 1995, le plaignant a envoyé trois nouvelles questions au Ministère dans deux envois distincts par télécopieur. Les trois lettres ont été acheminées au MAECI par le Ministère le 3 janvier 1996. Par ailleurs, la date limite de remise des soumissions a été reportée au 15 janvier 1996 et la date de livraison de la plate-forme complète au MAECI aux fins d'essais a été reportée au 22 janvier 1996.

Sept propositions, incluant celle du plaignant, ont été reçues par le Ministère avant la date limite de remise des soumissions le 15 janvier 1996. Le 16 janvier 1996, les sept propositions ont été envoyées par le Ministère au MAECI pour évaluation technique. Le 23 janvier 1996, le Ministère a envoyé au plaignant, par télécopieur, un avis lui indiquant qu'après avoir procédé à un examen préliminaire de sa proposition, le MAECI lui demandait des renseignements supplémentaires à des fins d'éclaircissement. Le MAECI

-
8. Désigne tous les composants, appareils et périphériques requis pour satisfaire à cette spécification contractuelle, ce qui comprend, entre autres, l'unité centrale, le clavier, l'écran, la souris, les unités de disque souple et de disque dur, les contrôleurs de disques, les adaptateurs vidéo, les cartes d'interface réseau, la mémoire centrale, les cartes PCMCIA, le câble, les blocs d'alimentation à prises multiples et le système d'alimentation électrique.

cherchait à obtenir, entre autres, des renseignements supplémentaires sur l'avis d'homologation de matériel TEMPEST et sur la liste des caractéristiques critiques signée se rapportant à la configuration proposée. Il a également soulevé plusieurs questions concernant la compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft ainsi que les essais de compatibilité et l'homologation. Le plaignant a répondu, le 25 janvier 1996, aux questions susmentionnées ainsi qu'à la demande de renseignements.

Le 23 janvier 1996, le Ministère a également envoyé, par télécopieur, à l'adjudicataire une demande de renseignements supplémentaires à des fins d'éclaircissement. Le MAECI voulait obtenir, entre autres, des renseignements supplémentaires sur l'avis d'homologation de matériel délivré par un spécialiste TEMPEST agréé de niveau II (CTP II) et sur la liste des caractéristiques critiques visant la configuration proposée. Il a également demandé une liste détaillée des composants qui indiquait clairement le mois au cours duquel les produits figuraient sur la liste de compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft. En outre, il a demandé à obtenir des éléments de preuve établissant le pouvoir de l'OEM (constructeur de systèmes) d'homologuer les critères de comptabilité Windows NT 3.5.1 de Microsoft et a demandé à obtenir des renseignements précis sur la compatibilité NT des lecteurs DOC, de l'unité de disque dur et des cartes PCMCIA. L'adjudicataire a répondu à la demande de renseignements susmentionnée le 25 janvier 1996.

Vu que la date limite de remise des soumissions a été repoussée de cinq jours en raison d'un retard dans la préparation des offres de certains soumissionnaires causé par une violente tempête de neige qui a frappé la côte est des États-Unis les 7 et 8 janvier 1996, et comme un marché devait être adjugé au début de février 1996 pour que la livraison des produits visés par le marché initial soit faite avant la fin de mars 1996, le MAECI a accepté de mener en parallèle le processus d'évaluation et à commencer à effectuer des essais sur les postes de travail proposés alors que l'évaluation des propositions était en cours.

Un rapport d'évaluation des soumissions en date du 30 janvier 1996 a été produit par la MAECI. Le rapport recommandait que le marché soit adjugé à l'adjudicataire. Il y est également déclaré que [traduction] «[a]ucun autre fournisseur n'était acceptable». Pour ce qui est de l'offre du plaignant, le rapport indique que sa proposition n'est pas conforme à six égards : soit à l'article 2.1, l'avis d'homologation du matériel, à l'article 2.2, le certificat de compatibilité NT de Microsoft; à l'article 2.3, le logiciel de base SIGNET-C2; à l'article 3.13, le clavier bilingue; à l'article 3.14 (indiqué, à tort, comme étant le 3.13 dans le rapport) l'image vidéo; et à l'article 7.3, la liste des caractéristiques critiques TEMPEST.

Un marché en date du 5 février 1996 a été adjugé à l'adjudicataire par le Ministère et, le même jour, le plaignant était informé que sa soumission n'avait pas été retenue. Le 15 mars 1996, le plaignant a déposé la présente plainte auprès du Tribunal.

Bien-fondé de la plainte

Position du plaignant

Dans les observations qu'il a faites sur le RIF, le plaignant affirme que le MAECI et le Ministère s'incriminent eux-mêmes en jouant sur les mots et en traitant de façon sélective les éléments de preuve versés au dossier.

Plus précisément, le plaignant soutient que le délai accordé aux fournisseurs potentiels pour présenter des questions était totalement déraisonnable. En effet, il lui a été accordé 3 1/2 jours ouvrables pour lire la soumission, en transmettre une copie à ses deux fournisseurs américains, demander à leur personnel d'examiner à fond la soumission, formuler des questions et permettre au plaignant de regrouper toutes les questions et de les présenter au Ministère et ce, durant les fêtes de fin d'année, période au cours de laquelle les sociétés et les particuliers ont de nombreux engagements. En outre, le plaignant affirme que le temps alloué pour obtenir une homologation NT de Microsoft était totalement déraisonnable. Par exemple, à la fin de février 1996, il a présenté à Microsoft son projet de configuration, excluant les articles spéciaux, pour homologation. Au 3 mai 1996, soit plus de 60 jours plus tard, il n'avait pas encore reçu un avis officiel d'homologation NT de Microsoft. Le plaignant ajoute que, comme le RIF ne précisait ni la marque ni le numéro de modèle de la configuration gagnante, il lui est impossible d'établir si la configuration du matériel gagnant a réellement été homologuée. Le plaignant se demande aussi si tous les critères d'évaluation ont été appliqués de façon uniforme à tous les fournisseurs. Par exemple, absolument aucun lecteur de cartes PCMCIA ne figurait sur la liste de compatibilité matérielle de Windows NT 3.5.1 de Microsoft. Le plaignant fait également valoir que le laboratoire TEMPEST agréé auquel l'adjudicataire a eu recours n'était pas en service depuis quelque temps avant le 13 mars 1996 et jusqu'au 1^{er} avril 1996. Finalement, le plaignant propose que le Tribunal utilise ses pouvoirs d'enquête pour confirmer que la livraison a eu lieu et la date à laquelle elle a eu lieu, pour confirmer comment l'adjudicataire a satisfait à la condition énoncée à l'article 3.6.b de la spécification concernant le SCSI ID et pour déterminer comment l'adjudicataire a effectué les essais d'assurance du fonctionnement du produit conformément au document intitulé «Technical and Security Requirements Document» comme le requièrent les politiques et procédures du CITP.

Position du Ministère

Dans sa réponse au plaignant, le Ministère soutient que la plainte est frivole et vexatoire et que les allégations du plaignant sont sans fondement.

Plus précisément, le Ministère soutient que la date limite de présentation des demandes d'éclaircissements s'appliquait également à tous les soumissionnaires et qu'aucune demande de report de cette date limite n'a été reçue des soumissionnaires. La date limite de remise des réponses a été choisie en tenant compte du fait que de nombreuses sociétés sont fermées au cours de la période de Noël et du Nouvel An et pour donner à l'État le temps de répondre aux questions assez longtemps avant la date limite de remise des soumissions afin que les soumissionnaires aient le temps de prendre en considération les réponses et, au besoin, de modifier leurs soumissions. Sur la question des conditions d'homologation NT de Microsoft, le Ministère soutient que les besoins opérationnels du MAECI ne permettaient pas de fixer pour l'homologation une date postérieure à la date de remise des soumissions et que c'est la raison pour laquelle le MAECI a spécifié à l'article 2.2 de la spécification contractuelle que [traduction] «les composants particuliers qui ne sont pas visés par l'homologation de la plate-forme doivent aussi figurer sur la liste de compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft ou être du matériel OEM homologué conforme aux conditions d'homologation NT de Microsoft». Le plaignant ne s'est pas conformé au paragraphe A.6 de la DDP, en vertu duquel des détails techniques devaient être fournis pour permettre de confirmer la conformité technique, particulièrement en ce qui concerne la carte-mère, l'unité de disque souple et le lecteur DOC qu'il offrait. Le Ministère déclare qu'aucun renseignement n'a été fourni à l'avance aux soumissionnaires et que la DDP a été communiquée à tous les soumissionnaires après les heures de

fermeture le 14 décembre 1995. Sur la question des lecteurs de cartes PCMCIA, le Ministère indique que tous les soumissionnaires ont proposé des lecteurs de cartes PCMCIA acceptables au MAECI. Pour ce qui est de l'homologation TEMPEST, le Ministère indique qu'en décembre 1992, le Centre de la sécurité des télécommunications (le CST) a présenté d'autres méthodes d'obtention de l'homologation TEMPEST (spécialiste TEMPEST agréé⁹ de niveau II), à titre d'option permettant de répondre aux besoins en matériel TEMPEST de niveau I du gouvernement canadien. À titre de membre du CITP, cette information a dû être communiquée au plaignant lorsqu'elle a été diffusée par le CST en 1993.

Le Ministère indique que le paragraphe B.1 de la DDP et l'article 2.1 de la spécification contractuelle autorisaient une homologation de type CTP II par l'utilisation d'un avis d'homologation de matériel. Il souligne, en outre, que le plaignant a, avec sa soumission, fourni des renseignements indiquant que, au moment de la date limite de remise des soumissions, le produit proposé n'était pas homologué et que la liste des caractéristiques critiques TEMPEST n'était pas disponible. De plus, le Ministère déclare que l'échéancier accordé dans la DDP était suffisant pour obtenir une homologation de type CTP II, ce qui a d'ailleurs été fait par deux soumissionnaires, incluant l'adjudicataire qui, en vertu d'un accord officiel, avait accès à un laboratoire TEMPEST agréé. En ce qui concerne les procédures suivies, en l'espèce, pour attester la véracité des résultats des essais TEMPEST, le Ministère soutient que le plaignant a tort de déclarer qu'une simple signature a été requise. En effet, les essais ont été exécutés dans une installation d'essai TEMPEST titulaire d'un certificat¹⁰, et les essais étaient homologués par un CTP II¹¹, comme l'a déterminé le CST et comme cela est requis dans la DDP. Le Ministère affirme que l'allégation du plaignant concernant les essais est fautive et trompeuse. En effet, le MAECI a réellement offert au plaignant de lui donner plus d'explications sur les lacunes techniques de sa proposition ainsi que des détails sur les défauts des produits qu'il avait offerts et qui avaient été constatés au cours des essais. Le plaignant a rejeté cette offre. La raison pour laquelle aucun fournisseur n'a été joint lorsque des problèmes ont surgi avec son matériel au cours des essais effectués par le MAECI est que ce dernier ne voulait pas donner l'impression qu'il permettait une «modification des soumissions» ou un «arrangement des soumissions». Enfin, en ce qui concerne le respect des obligations contractuelles, notamment la livraison du produit, le Ministère déclare que l'adjudicataire a livré les 131 postes de travail Pentium TEMPEST et les pièces de rechange le 29 mars 1996, conformément aux modalités du marché.

Bref, le Ministère soutient que tous les soumissionnaires ont été traités de façon égale, juste et équitable et qu'aucune irrégularité n'a entaché la procédure de passation des marchés publics. La soumission du plaignant a fait l'objet d'une évaluation juste selon un processus qui est conforme aux dispositions de l'ACI, et le marché n'a pas été adjugé au plaignant pour le motif que sa proposition a été jugée non conforme sur le plan technique.

-
9. La méthode d'homologation TEMPEST de remplacement réduit le coût pour les utilisateurs de mesures TEMPEST, ainsi que le fardeau administratif imposé à l'industrie et le temps requis pour homologuer le matériel.
 10. Une installation d'essai TEMPEST titulaire d'un certificat d'agrément des installations délivré par le Programme TEMPEST pour l'industrie canadienne ou américaine.
 11. Un spécialiste TEMPEST agréé de niveau II en vertu du Programme conjoint Canada-États-Unis d'homologation de spécialistes TEMPEST.

Position de l'intervenant

Dans le bref exposé qu'il a présenté sur les observations formulées par le plaignant concernant l'évaluation de sa proposition par le Ministère, l'adjudicataire soutient que le MAECI a reçu des systèmes entièrement conformes aux spécifications de la DDP initiale. Les systèmes ont été livrés à temps au prix offert. L'adjudicataire conclut en déclarant qu'il n'y a eu ni complicité ni collusion entre lui-même et le MAECI, comme le prétend le plaignant.

Décision du Tribunal

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal est tenu, lorsqu'il a décidé d'enquêter, de limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondée de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du Règlement prévoit, entre autres, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ACI et de l'ALÉNA.

Aux termes du paragraphe 506(6) de l'ACI, «[I]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 de l'évaluation des critères». En outre, l'article 501 de l'ACI prévoit, en partie, que l'objet du chapitre cinq «vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficience».

L'article 1007 de l'ALÉNA indique, entre autres, que toute spécification technique prescrite par ses entités doit, s'il y a lieu, être définie en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives, et doit être fondée sur des normes internationales, des règlements techniques nationaux et des normes nationales reconnues.

L'article 1012 de l'ALÉNA prévoit, en partie, qu'en fixant des délais pour permettre aux fournisseurs de préparer et de déposer leurs soumissions, une entité devra accorder un délai suffisant et tenir compte, entre autres, de ses besoins raisonnables, de la complexité de l'achat projeté et de l'importance des sous-traitances à prévoir. De toute manière, sauf en cas d'urgence, le délai de remise des soumissions ne doit pas être inférieur à 40 jours à partir de la première publication de l'appel d'offres. L'article 1013 de l'ALÉNA prévoit, en partie, que la documentation relative à l'appel d'offres doit contenir les critères d'adjudication du marché. Il précise, en outre, qu'une entité doit répondre dans les moindres délais à toute demande raisonnable d'explication présentée par un fournisseur participant à une procédure d'appel d'offres, à condition que ces renseignements ne donnent pas à ce fournisseur un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'adjudication. L'article 1015 de l'ALÉNA prévoit, en partie, que, pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres et que l'adjudication sera faite conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans cette documentation.

Après avoir examiné les éléments de preuve et les arguments présentés par les parties, et tenant compte des conditions spécifiées dans l'ACI et l'ALÉNA, le Tribunal conclut que la plainte est en partie fondée.

Le plaignant déclare que, puisqu'une seule soumission a été réputée conforme à cet appel d'offres, il doute sérieusement qu'un processus de soumission juste et concurrentiel ait eu lieu. Plus précisément, il allègue que le délai accordé pour poser des questions et recevoir des réponses pendant la période de soumission et les délais alloués pour obtenir une homologation NT de Microsoft et une homologation TEMPEST étaient trop courts, que les normes et méthodes utilisées par le Ministère et le MAECI pour accepter une homologation TEMPEST et soumettre les produits offerts par les soumissionnaires à des essais étaient, respectivement, extrêmement indulgentes et non transparentes, et qu'il est possible que le Ministère ait cherché à rendre service à l'adjudicataire en atténuant les conditions de livraison énoncées dans la DDP.

Le Tribunal souligne d'abord que le temps accordé pour effectuer cet appel d'offres était limité parce qu'il fallait respecter des exigences de livraison serrées. Néanmoins, mises à part les demandes de report de la date limite de remise des soumissions, demandes auxquelles le Ministère a donné suite, aucun des soumissionnaires désirant obtenir un nouveau report du processus ou d'une partie de celui-ci n'a présenté au Ministère, à temps, une demande écrite expresse. Le Tribunal conclut qu'il était loisible au plaignant de demander au Ministère de prolonger la période accordée pour poser des questions et recevoir des réponses. Cela n'a pas été fait. En effet, le plaignant a indiqué qu'il n'avait pas remarqué dans le message du 15 décembre 1995 du Ministère les indications sur la page d'accompagnement de la DDP limitant sérieusement le temps accordé pour demander des éclaircissements ou des renseignements supplémentaires. Il est vrai que, les 28 et 29 décembre 1995, le plaignant a adressé plusieurs questions au Ministère, ce qui, en un sens peut-être, constituait implicitement une demande écrite de prolongation dudit délai. Cependant, le Ministère n'a pas répondu à ces questions, soutenant qu'il était lié par la date fixée du 15 décembre 1995. Le Tribunal ne se prononcera pas sur le fond de la décision du Ministère, puisque le plaignant n'a pas soulevé la question au Tribunal dans les délais prescrits par le Règlement¹². En effet, le plaignant devait présenter cette plainte au Tribunal 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 ou, en supposant qu'il a soulevé une opposition auprès du Ministère aux environs du 29 décembre 1995, dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert que le Ministère ne répondrait pas à ses questions, ce qui constitue un refus de réparation. Cela n'a pas été fait.

Pour ce qui est du délai accordé afin d'obtenir l'homologation NT de Microsoft et l'homologation TEMPEST, le Tribunal souligne que le temps accordé par le Ministère était bref et très exigeant pour les fournisseurs potentiels. Il n'en demeure pas moins, cependant, que la question sautait aux yeux dans la DDP et que, dans la mesure où un délai était contestable, la question aurait pu être portée à l'attention du Ministère

12. *6.(1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal en vertu de l'article 30.11 de la Loi 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.*

(2) Le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition concernant le marché public visé par un contrat spécifique 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.

ou du Tribunal, ou des deux. Or, le plaignant n'a pas soulevé cette question auprès du Tribunal dans les délais prescrits et, par conséquent, le Tribunal ne tranchera pas le fond de la question. Le Tribunal tient cependant à souligner qu'en ce qui concerne l'homologation NT de Microsoft, l'article 2.2 de la spécification contractuelle offrait une seconde solution aux soumissionnaires. Ceux-ci étaient autorisés à se fier à une homologation NT de Microsoft, du moment que le produit homologué figurait sur la liste de compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft ou qu'un certificat OEM conforme aux conditions d'homologation NT de Microsoft était produit. Toute combinaison des solutions susmentionnées était acceptable, et les soumissionnaires, y compris le plaignant, ont eu recours à diverses formes d'homologation en présentant leurs propositions.

Quant à la méthode utilisée par le Ministère pour accepter l'homologation TEMPEST, le Tribunal est d'avis que les éléments de preuve au dossier n'appuient pas les allégations du plaignant selon lesquelles il y aurait eu tolérance excessive et qu'une simple signature aurait été acceptée comme attestation de la véracité et de l'intégrité des essais d'homologation TEMPEST. En fait, la signature requise était celle d'un CTP II en application du Programme conjoint Canada-États-Unis d'homologation de spécialistes TEMPEST affirmant que les résultats provenaient d'essais menés dans un laboratoire titulaire d'un certificat d'agrément délivré en vertu du Programme TEMPEST pour l'industrie canadienne ou américaine. Les éléments de preuve versés au dossier ont convaincu le Tribunal que l'adjudicataire a pleinement satisfait à ces conditions.

En ce qui concerne les méthodes utilisées par le MAECI pour mener les essais sur les produits offerts par les soumissionnaires, le Tribunal n'a trouvé aucune preuve d'irrégularité. Le Ministère et le MAECI admettent qu'ils étaient pris par le temps et que, par conséquent, ils ont mené en parallèle l'évaluation technique et les essais sur les produits. En outre, ils admettent qu'aucune question d'éclaircissement n'a été posée par l'un des soumissionnaires sur les produits faisant l'objet des essais. Le Ministère et le MAECI craignaient que toute demande d'éclaircissement ne prolonge la durée de l'évaluation ou ne remette en cause les conditions de livraison, et ils ne voulaient pas non plus donner l'impression qu'ils permettaient une «modification des soumissions» ou un «arrangement des soumissions». Ni le Ministère ni le MAECI n'était tenu de chercher des éclaircissements ou de consulter avec les soumissionnaires au cours de la période d'essai des produits, et leur comportement à cet égard n'est pas irrégulier. Enfin, le Tribunal souligne que l'offre du plaignant a été déclarée non conforme à l'étape de l'évaluation technique du fait qu'elle ne satisfaisait pas à toutes les conditions obligatoires de la DDP, en particulier, pour ce qui est de l'homologation TEMPEST. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que la position du Ministère selon laquelle le MAECI n'a pas utilisé les résultats des essais effectués sur les produits pour déclarer non conforme l'offre du plaignant est défendable.

Enfin, les éléments de preuve au dossier indiquent que l'adjudicataire a respecté les délais de livraison spécifiés dans la DDP. De l'avis du Tribunal, aucun élément de preuve n'appuie l'allégation du plaignant selon laquelle il y aurait eu tolérance à l'égard de l'adjudicataire pour ce qui est des modalités de livraison.

Il reste donc au Tribunal à déterminer si les conclusions susmentionnées signifient que les spécifications ont été rédigées en fonction de produits spécifiques configurés d'avance, si les critères

d'évaluation manquaient de clarté et n'étaient pas complets, et si les critères d'évaluation ont été appliqués de façon incorrecte en vue de favoriser un fournisseur en particulier, soit l'adjudicataire.

Le Tribunal a considéré très attentivement la question qui consiste à déterminer si une «complicité» a existé à un moment donné entre le MAECI et l'adjudicataire dans le cadre de ce marché public et aurait, entre autres choses, permis à l'adjudicataire de recevoir un traitement préférentiel au moment de l'évaluation des soumissions, comme l'allègue le plaignant. Dans son examen, le Tribunal a analysé les éléments de preuve précis se rapportant à l'évaluation technique de la soumission de l'adjudicataire par le MAECI. Le Tribunal est d'avis que le MAECI a adouci la condition obligatoire et rigide qu'il s'était lui-même fixée dans la DDP concernant aussi bien l'homologation TEMPEST que l'homologation NT de Microsoft. En particulier, la liste des caractéristiques critiques TEMPEST mise à jour relativement au produit offert par l'adjudicataire était signée et a été envoyée au Ministère après la date limite de remise des soumissions et renfermait les résultats d'essais TEMPEST portant sur le lecteur DOC et les fentes PCMCIA qui ont été effectués après la date de remise des soumissions. De plus, le MAECI a accepté, comme preuve d'homologation NT de Microsoft effectuée par un OEM, relativement à la carte d'interface réseau et à l'adaptateur de cartes PCMCIA, une déclaration ou des publications d'OEM, ou les deux, qui attestent uniquement que ces articles supporteraient un contexte d'utilisation Windows NT ou pourraient être supportés dans un tel contexte d'utilisation. Le Tribunal est d'avis que ces gestes du Ministère et du MAECI constituent une modification des critères d'évaluation énoncés dans la DDP, qui exigeaient une homologation TEMPEST au moment de la présentation de la proposition. En outre, le Ministère et le MAECI n'ont pu accepter la proposition d'homologation présentée par l'adjudicataire concernant l'adaptateur de cartes PCMCIA et les cartes d'interface réseau qu'en modifiant les conditions spécifiées dans la DDP selon lesquelles les pièces devaient soit figurer sur la liste de compatibilité matérielle Windows NT 3.5.1 de Microsoft, soit être homologuées OEM conformément aux conditions d'homologation NT de Microsoft. Ces changements, de l'avis du Tribunal, sont importants puisque leur effet a été de déclarer conforme une proposition qui, au moment de l'ouverture des soumissions, n'était pas conforme à toutes les conditions essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres, comme l'exige l'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA. En conclusion, le Tribunal souligne qu'aucun élément de preuve au dossier n'appuie l'allégation selon laquelle il y aurait eu une «complicité» dans la présente affaire.

Le plaignant a demandé, à titre de mesures correctives, que les frais entraînés par la préparation de sa soumission lui soient remboursés. Considérant que la proposition du plaignant a, avec raison, été déclarée non conforme par le Ministère et le MAECI, le Tribunal ne lui accordera pas ce remboursement. Cependant, le Tribunal accorde au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et le traitement de la plainte.

Lorsque le Tribunal détermine qu'une plainte est fondée, en recommandant les mesures correctives à prendre, il est tenu, aux termes du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, de tenir compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures visé par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure de passation des marchés publics;
- b) l'ampleur du dommage causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

- c) l'ampleur du dommage causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- d) la bonne foi des parties;
- e) le degré d'exécution du contrat.

En examinant l'ampleur du dommage causé au plaignant dans la présente affaire, le Tribunal souligne qu'aucune des propositions ne satisfaisait à toutes les conditions essentielles énoncées dans la DDP. Par conséquent, le plaignant n'avait pas droit au contrat. Mais l'adjudicataire n'y avait pas droit non plus et, malgré cela, le marché lui a été adjugé et les marchandises ont été livrées.

Le Tribunal recommande que le Ministère ne donne pas effet au volet d'offre permanente lié à cette demande et, si le besoin continue d'exister, qu'il lance plutôt un nouvel appel d'offres concurrentiel.

Décision du Tribunal

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que la procédure de passation des marchés publics n'a pas été suivie conformément à l'ACI et à l'ALÉNA et que, par conséquent, la plainte est en partie fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesures correctives, que le Ministère annule le volet d'offre permanente de la demande et, si le besoin continue d'exister, qu'il lance plutôt un nouvel appel d'offres concurrentiel pour satisfaire à la demande conformément aux dispositions des accords applicables.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et le traitement de la plainte.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre