



Ottawa, le vendredi 27 mai 1994

Dossier n° 93F664Y-021-0004

EU ÉGARD À une plainte déposée par Enconair Ecological Chambers 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.), dans sa version 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

Le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée; elle est donc rejetée.

Lise Bergeron

Lise Bergeron

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Dossier n° 93F664Y-021-0004

Date de la décision : Le 27 mai 1994

Membre du Tribunal : Lise Bergeron

Gestionnaire d'enquête : Randy W. Heggart

Enquêteur : Estelle Lane

Avocat pour le Tribunal : Gilles B. Legault

Plaignant : Enconair Ecological Chambers Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Intervenant : Controlled Environments Limited



Ottawa, le vendredi 27 mai 1994

Dossier n° 93F664Y-021-0004

EU ÉGARD À une plainte déposée par Enconair Ecological Chambers 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.), dans sa version 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

Contexte

Il s'agit, en l'espèce, d'une enquête sur une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE). La plainte porte sur une procédure d'achat engagée avant le 1^{er} janvier 1994 relativement à l'adjudication d'un contrat par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) pour la fourniture de deux chambres de culture des végétaux destinées à l'Institut forestier national de Petawawa (l'Institut), de Chalk River (Ontario), du ministère des Ressources naturelles.

Le 4 mars 1994, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a accepté la plainte en vue de procéder à une enquête, ayant déterminé que les exigences énoncées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes sur les marchés publics — Accord de libre-échange nord-américain*² (le Règlement) étaient réunies, c'est-à-dire que : 1) le plaignant était un «fournisseur potentiel» aux termes de la Loi sur le TCCE; 2) la plainte portait sur un «contrat spécifique» aux termes de la Loi sur le TCCE et du Règlement; et 3) les renseignements fournis par le plaignant démontraient, dans une mesure raisonnable, que le marché n'avait pas été passé conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ (l'ALÉNA). Les deux dernières décisions ont été faites compte tenu du fait qu'entre le Canada et les États-Unis, l'alinéa c) de l'annexe 1001.2c de l'ALÉNA prévoit que le chapitre 13 de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*⁴ (l'ALÉ) s'applique aux procédures d'achat engagées avant le 1^{er} janvier 1994.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547.
3. *Accord de libre-échange nord-américain*, fait 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 (entré en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1994).
4. *Recueil des traités du Canada*, 1989, n° 3 (R.T.C.), signé le 2 janvier 1988.

Enquête

Les trois parties à cette enquête sont : 1) le plaignant, Enconair Ecological Chambers Inc. (Enconair); 2) l'institution fédérale, en l'occurrence, le Ministère, pour le compte du ministère des Ressources naturelles, qui a remplacé le Service canadien des forêts, qui avait lui-même remplacé le ministère de l'Agriculture; et 3) l'adjudicataire, Controlled Environments Limited (Conviron), qui, le 17 mars 1994, a été autorisé à intervenir.

Dans le cadre de l'enquête, le Ministère a remis au Tribunal le rapport de l'institution fédérale en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵, lequel rapport a été mis à la disposition de toutes les parties. Le plaignant a soumis ses observations sur le rapport au Tribunal et celles-ci ont été transmises à toutes les parties.

Un rapport provisoire préparé par le personnel du Tribunal en conformité avec le paragraphe 8(1) du Règlement a également été versé au dossier. Une copie de ce rapport a été remise aux parties aux fins d'observations sur tout aspect dudit rapport. Les observations reçues par le Tribunal ont été transmises à toutes les parties.

Étant donné qu'aucune des parties n'a demandé la tenue d'une audience et que les renseignements figurant au dossier permettent de déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé de statuer sur l'affaire sans tenir d'audience.

Processus d'achat

Le 14 octobre 1993, le Ministère a reçu une commande de produits et de services connexes de l'Institut. La commande prévoyait la fourniture et la construction sur place de deux chambres de culture des végétaux. La commande s'accompagnait d'instructions spéciales recommandant d'accorder un marché à fournisseur unique à Conviron, l'adjudicataire. Le 29 octobre 1993, un préavis d'adjudication de contrat portant sur le marché en question a paru dans *Marchés publics*. Selon le préavis, les chambres devaient être compatibles avec le système de gestion par ordinateur QNX déjà en place pour y être reliées. D'après un physiologiste des arbres de l'Institut, M. John Major, le système QNX est expressément conçu et fabriqué pour être utilisé avec les chambres de culture de Conviron. Le préavis d'adjudication de contrat précisait en outre que Conviron était le fournisseur prévu et qu'il s'agissait d'un marché à fournisseur unique.

Le 1^{er} novembre 1993, Enconair a contesté le préavis d'adjudication de contrat par téléphone auprès du Ministère. Un autre fournisseur a également téléphoné pour se plaindre du recours à un fournisseur unique. Ces deux fournisseurs ont justifié leur plainte par écrit. Dans une lettre datée du 19 novembre 1993, le Ministère a avisé ces deux fournisseurs que le marché à fournisseur unique avait été suspendu pour le moment.

Le 3 décembre 1993, le Ministère a reçu une version modifiée du bon de commande de l'Institut. Ce dernier demandait de rayer la spécification relative à Conviron et de recourir à une invitation ouverte à soumissionner aux termes de l'ALÉ. Le Ministère a préparé une nouvelle demande de proposition datée du 16 décembre 1993, de même qu'un avis de projet de marché qui a paru dans *Marchés publics* le 29 décembre 1993.

5. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912.

La commande portait sur la fourniture et la construction de deux chambres de culture des végétaux conformément aux spécifications. Selon une note aux soumissionnaires, la proposition devait renfermer suffisamment de données sur le matériel pour permettre au responsable de l'évaluation technique, c.-à-d. l'Institut, de déterminer si elle satisfaisait à toutes les exigences. Ces exigences, qui figuraient à l'annexe A de la demande de proposition, étaient rédigées en partie comme suit :

- a) Système de contrôle à microprocesseur programmable avec affichage numérique continu de tous les paramètres.
- b) Doit fournir : Matériel et logiciel équivalents pouvant être utilisés avec le logiciel hôte Conviron existant aux fins de programmation, d'acquisition de données et d'alerte.
- c) Fournir : Matériel et logiciel de communication avec un ordinateur hôte aux fins de programmation et de contrôle de détection, de même que la documentation pertinente.

[Traduction]

Le 12 janvier 1994, Enconair a écrit au Ministère pour lui faire part de ses réserves au sujet des spécifications. En fait, Enconair se demandait si les spécifications b) et c) susmentionnées étaient toutes deux nécessaires. Le 13 janvier 1994, le Ministère a fait parvenir copie de cette lettre à l'Institut pour qu'il y donne suite. Le même jour, l'Institut a répondu à Enconair et à un autre fournisseur directement par téléphone. L'Institut aurait précisé à Enconair que les spécifications b) et c) formaient une alternative et qu'un ordinateur pour contrôler les deux chambres de culture des végétaux était requis.

À la date de clôture de la demande d'appel d'offres, c'est-à-dire à 14 h (heure locale) le 7 février 1994, quatre fournisseurs avaient soumis cinq propositions. Le 10 février 1994, un contrat a été adjugé à Conviron par téléphone. Le 24 février 1994, le Ministère a avisé Enconair par téléphone que sa proposition n'avait pas été retenue, ce que le Ministère a confirmé le 28 février 1994 dans une lettre transmise à Enconair par télécopieur et qui renferme le passage suivant :

Selon les spécifications, vous deviez soit fournir l'équipement de communication avec l'ordinateur hôte existant (Conviron), soit fournir le matériel et le logiciel destinés à un ordinateur hôte ainsi que la documentation pertinente.

Votre proposition ne prévoit ni l'équipement de communication avec l'ordinateur existant ni la fourniture d'un autre ordinateur hôte, conformément aux exigences. Vos propositions A et B sont donc irrecevables puisqu'elles ne répondent pas aux spécifications.

[Traduction]

Le 3 mars 1994, Enconair a déposé auprès du Tribunal une plainte dans laquelle elle a soutenu que, en dépit du fait que le montant de sa soumission est inférieur à celui de l'adjudicataire, sa candidature a été rejetée parce que la proposition ne répondait pas aux spécifications exigées qui, soutient-elle, ne figuraient pas dans la demande de proposition et n'ont pas été mentionnées dans une conversation téléphonique ultérieure au cours de laquelle la société a tenté d'obtenir des précisions. Le plaignant a demandé que le contrat adjugé soit résilié et qu'un nouveau contrat soit accordé à Enconair.

Procédure et critères applicables

Le paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE stipule que, dans son enquête, le Tribunal doit limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, selon le paragraphe 30.14(2) de ladite Loi, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal détermine la validité de la plainte «en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique ou la catégorie dont il fait partie» (soulignement ajouté).

Pour être en mesure de déterminer la procédure et les exigences applicables à l'examen de la présente plainte, le Tribunal doit examiner, séparément et dans l'ordre, les dispositions pertinentes du Règlement, du chapitre 10 de l'ALÉNA, du chapitre 13 de l'ALÉ et de l'article V de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce relatif aux marchés publics*⁶ (le Code).

L'article 11 du Règlement stipule que, lorsque le Tribunal enquête sur une plainte, il doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA. Or, le chapitre 10 de l'ALÉNA incorpore le chapitre 13 de l'ALÉ aux fins de toute procédure d'achat engagée avant le 1^{er} janvier 1994. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 1303(1) de l'ALÉ, le Code et ses modifications sont incorporés au chapitre 13 de l'ALÉ. En outre, le paragraphe 1303(1) de l'ALÉ prévoit que, tout comme entre le Canada et les États-Unis, les dispositions du chapitre 13 de l'ALÉ peuvent s'ajouter aux droits et obligations prévus par le Code.

Aux termes de l'article V du Code, il existe deux catégories d'obligations : celles qui portent sur la procédure des marchés et celles qui régissent l'adjudication des contrats.

Dans le cadre des exigences de procédure prévues par le Code, la publication d'un avis de projet de marché et des renseignements devant accompagner les soumissions relativement à la procédure d'appel d'offres ouverte, comme c'est le cas ici, est obligatoire. Cet avis, de même que les documents d'accompagnement des soumissions, doit renfermer des renseignements précis. Les documents relatifs à l'appel d'offres doivent notamment renfermer ce qui suit :

la description complète des produits demandés ou de toutes exigences, y compris les spécifications techniques et la certification de conformité, auxquelles les produits doivent satisfaire, et les plans, dessins et instructions nécessaires;

les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits étrangers, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement.

À ces exigences de procédure s'ajoutent les dispositions du paragraphe 1305(5) de l'ALÉ, qui prévoit que, sous réserve des règles concernant le caractère confidentiel des renseignements, les fournisseurs potentiels de l'une ou l'autre partie auront un accès raisonnable à l'information ayant une incidence importante sur un marché.

En plus des exigences de procédure susmentionnées, les critères d'adjudication d'un contrat sont énoncés au paragraphe 15 de l'article V du Code. Trois des principes qui y sont

6. *Accord relatif aux marchés publics - Texte révisé 1988, le 2 février 1987, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Genève, 1988.*

énumérés peuvent être jugés pertinents aux fins de la présente enquête. Premièrement, l'alinéa 15e) de l'article V prévoit que, pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission doit être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres. Deuxièmement, l'alinéa 15f) de l'article V prévoit que le marché sera adjugé au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission sera la plus basse ou celle qui est la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres. Enfin, aux termes de l'alinéa 15j) de l'article V, l'adjudication doit être faite conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres.

Évaluation du bien-fondé de la plainte

Le marché en cause porte sur la fourniture et la construction de deux chambres de culture des végétaux. Selon le rapport de l'institution fédérale, l'Institut utilise ces chambres pour mener des expériences sur des plantes et des arbres, et pour dresser l'inventaire des forêts. Puisqu'il faut consigner et documenter avec précision les paramètres des expériences comme le degré d'humidité, la température et la teneur en dioxyde de carbone, l'informatique est utilisée pour gérer la fluctuation des données pendant l'utilisation des chambres. À l'heure actuelle, l'Institut dispose de 18 chambres semblables et de l'ordinateur hôte, fourni par Conviron, à ses installations de Chalk River. D'après le rapport de l'institution fédérale, la fonction de l'ordinateur hôte est de communiquer avec les chambres de culture des végétaux aux fins d'acquisition des données, de programmation et de contrôle de détection. Les chambres de culture des végétaux faisant l'objet du marché en question devaient être reliées à l'ordinateur hôte en place; à défaut, le soumissionnaire devait fournir un ordinateur hôte.

Dans ses observations auprès du Tribunal, le plaignant a soutenu que, contrairement à ce qui est dit dans la lettre du Ministère datée du 28 février 1994 et transmise par télécopieur, c'est-à-dire que les propositions de l'appelant ne prévoyaient ni l'équipement de communication avec l'ordinateur existant ni la fourniture d'un autre ordinateur hôte, Enconair offrait en réalité [traduction] «un ordinateur hôte destiné à chaque chambre». De l'avis du plaignant, l'impression erronée de l'Institut selon laquelle les ensembles offerts par Enconair ne pouvaient être utilisés à des fins de contrôle à distance ou de programmation constitue la véritable raison du rejet de ses propositions. Enconair a également affirmé qu'elle n'a appris qu'après la clôture des soumissions que le raccordement par modem était nécessaire aux fins de contrôle et de programmation. À ce propos, Enconair conteste la déclaration du physiologiste des arbres de l'Institut contenue dans une note de service adressée au Ministère et selon laquelle il est impossible, à l'heure actuelle, de communiquer par modem avec les chambres de culture des végétaux de la société Enconair aux fins de contrôle et de programmation.

De son côté, le Ministère a précisé dans le rapport de l'institution fédérale que, même s'il était évident que les soumissionnaires pouvaient soit raccorder l'équipement à l'ordinateur hôte Conviron existant, soit fournir leur propre ordinateur hôte, les propositions du plaignant ne précisaient nullement si le matériel pouvait assurer la communication avec l'ordinateur hôte Conviron et ne proposaient pas la fourniture d'un nouvel ordinateur hôte. C'est pourquoi les propositions ont été jugées irrecevables et rejetées. En outre, toujours selon le Ministère, le contrôle à distance se fait automatiquement lorsqu'un ordinateur hôte, qui est séparé et installé à distance, assure le contrôle des chambres aux fins d'acquisition de données et de programmation.

Selon ce qui a été mentionné antérieurement, pour déterminer si la plainte est fondée, le Tribunal doit limiter son étude à l'objet de la plainte et établir si les procédures et les autres exigences susmentionnées ont été respectées.

Sur la base de la plainte et d'autres commentaires et exposés qui lui ont été soumis par le plaignant, le Tribunal est d'avis que l'objet de la plainte porte sur la question de savoir si Enconair a été informée de toutes les spécifications pertinentes, si ses propositions étaient conformes aux spécifications et si ses propositions ont été rejetées en raison d'un critère non dévoilé. Le premier point relève des exigences de procédure; les deux autres font partie des exigences régissant l'adjudication d'un contrat.

En ce qui touche la plainte de la société Enconair à propos des exigences de procédure, il faut tenir compte du fait que la demande de proposition devait donner une description complète des spécifications et que les soumissionnaires devaient avoir un accès raisonnable à l'information ayant une incidence sur le marché. Même s'il admet que les spécifications auraient pu être décrites plus clairement dans la demande de proposition, le Tribunal est d'avis que, en l'occurrence, les exigences de procédure ont été respectées. Le Tribunal fait remarquer que deux des quatre soumissionnaires ont demandé des précisions avant la date de clôture des soumissions. Toutefois, Enconair a éclairci un point important au cours d'une conversation téléphonique avec le physiologiste des arbres de l'Institut : les spécifications au sujet de la fourniture de «matériel et logiciel équivalents pouvant être utilisés avec le logiciel hôte Conviron existant aux fins de programmation, d'acquisition de données et d'alerte» et la fourniture de «matériel et logiciel de communication avec un ordinateur hôte aux fins de programmation et de contrôle de détection, de même que la documentation pertinente» décrivaient, en fait, une alternative, soit une situation où les soumissionnaires devaient fournir l'un ou l'autre des produits.

En outre, le sens de l'expression «ordinateur hôte» a été précisé à Enconair et à un autre soumissionnaire. Selon le physiologiste des arbres de l'Institut, Enconair a appris que les soumissionnaires étaient informés que l'Institut disposait déjà d'un ordinateur hôte et que les soumissionnaires pouvaient utiliser celui-ci ou fournir et documenter leur propre ordinateur hôte. Enconair admet ce fait dans sa plainte puisque la société déclare que, selon l'Institut, un seul ordinateur, et non pas deux, capable de communiquer avec deux autres appareils était requis. Sur ce point précis, le plaignant a même ajouté qu'il ne pouvait raccorder les deux appareils à un seul ordinateur en raison de la première spécification susmentionnée, c'est-à-dire l'affichage numérique continu, et qu'il fournirait deux ordinateurs, à raison d'un par chambre :

M. Major a déclaré qu'il n'avait pas besoin de deux ordinateurs, mais bien d'un ordinateur pouvant communiquer avec les deux appareils. [Enconair] a expliqué que cela lui était impossible en raison du point [(a)], l'exigence relative à l'affichage numérique continu, et que la société fournirait donc deux ordinateurs, un pour chaque chambre.

[Traduction]

Selon ce qui précède, il était difficile pour le plaignant de respecter à la fois la spécification a) et la spécification b) ou c). Le plaignant a fait part de ses préoccupations à ce sujet. Il reste qu'il a lui-même choisi de fournir deux ordinateurs, c'est-à-dire un par chambre, malgré les précisions quant au sens des spécifications. Le Tribunal estime que les spécifications étaient suffisamment claires pour permettre à Enconair de donner suite à la demande de propositions. En réponse à la plainte de la société Enconair, on peut lire dans le rapport de l'institution fédérale qu'Enconair n'était pas tenue de relier les chambres à l'ordinateur hôte

Conviron mais que, dans ce cas, la société devait fournir un autre ordinateur hôte pour assurer le contrôle et la surveillance des chambres informatisées de culture des végétaux qu'elle offrait, en plus de documenter le matériel et le logiciel de son ordinateur hôte. À ce propos, le Tribunal fait remarquer qu'un autre soumissionnaire, qui a également demandé des précisions au sujet de l'ordinateur hôte, a soumis une proposition que l'Institut a jugée conforme au plan technique même si le prix était plus élevé que celui de la soumission de Conviron. En fait, le plaignant savait, ou aurait dû savoir, que l'Institut avait besoin d'un ordinateur pouvant communiquer avec les deux chambres de culture des végétaux aux fins de programmation et de contrôle de détection. Pourtant, Enconair a offert deux chambres de culture munie chacune de son propre ordinateur, mais ces ordinateurs ne pouvaient communiquer l'un avec l'autre ni avec un troisième ordinateur.

Cela dit, le Tribunal est d'avis que les exigences régissant l'adjudication du contrat dans le cadre du présent achat sont également satisfaites. Étant donné que les propositions du plaignant n'étaient pas conformes aux critères et aux exigences essentielles spécifiés dans les documents relatifs à l'appel d'offres et précisés au cours d'une conversation téléphonique, l'Institut n'avait d'autre choix que de les déclarer irrecevables. Pour ce qui est de déterminer si un critère d'évaluation non dévoilé, à savoir le raccordement à distance, a été utilisé pour rejeter les propositions de la société Enconair, les renseignements fournis au Tribunal montrent clairement que la question de la communication à distance a été soulevée, après la date de clôture des soumissions, au moment où l'Institut cherchait à bien comprendre les propositions d'Enconair. De l'avis du Tribunal, rien n'indique que le raccordement à distance par modem a effectivement servi de facteur ou de critère dans l'évaluation de la conformité technique des propositions du plaignant aux spécifications.

Compte tenu de l'objet de la plainte, rien ne prouve que les procédures et les exigences prescrites à l'égard du contrat spécifique n'ont pas été observées.

Décision du Tribunal

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée; elle est donc rejetée.

Lise Bergeron

Lise Bergeron

Membre