

Ottawa, le vendredi 18 août 1995

Dossier n° : PR-95-001

EU ÉGARD À une plainte déposée par la Société d'énergie Mechron Limitée 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

Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) détermine, aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (la Loi sur le TCCE) et de l'article 11 du *Règlement sur les enquêtes sur les marchés publics—Accord de libre-échange nord-américain*, que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(4) et 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde au plaignant, sous réserve de la recommandation du Tribunal figurant dans la présente, le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres ainsi que les frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux résilie le marché adjugé à Schneider Canada et l'attribue au plaignant. Si le marché est attribué au plaignant, tout montant versé au plaignant, conformément à la décision du Tribunal de rembourser les frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres, devrait être déduit de la valeur du marché.

Par ailleurs, si le marché n'est pas attribué au plaignant, en plus de rembourser au plaignant les frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, le Tribunal recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux présente au Tribunal une proposition de dédommagement, élaborée conjointement avec le plaignant, tenant compte que le marché aurait dû être adjugé au plaignant qui aurait eu la possibilité d'en tirer des profits. Cette proposition doit être présentée au Tribunal dans les 30 jours qui suivent la date indiquée dans la présente.

Charles A. Gracey

Charles A. Gracey

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Dossier n° : PR-95-001

Date de la décision : Le 18 août 1995

Membre du Tribunal : Charles A. Gracey

Gestionnaire d'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : John L. Syme

Plaignant : Société d'énergie Mechron Limitée

Avocat pour le plaignant : Dalton Albrecht

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le vendredi 18 août 1995

Dossier n° : PR-95-001

EU ÉGARD À une plainte déposée par la Société d'énergie Mechron Limitée 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 5 avril 1995, la Société d'énergie Mechron Limitée (le plaignant) a déposé, aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE), une plainte concernant le marché passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) pour la fourniture, demande de proposition (la DDP) — appel d'offres n° NG T8080-4-0166/000/A, de cinq systèmes d'alimentation sans coupure à installer aux centres de contrôle régionaux² du ministère des Transports, situés un peu partout au Canada.

Le plaignant prétend qu'il a présenté la seule proposition conforme aux exigences commerciales et techniques et que le marché lui aurait été attribué s'il n'y avait pas eu violation des dispositions applicables du chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ (l'ALÉNA). Par ailleurs, si les critères d'évaluation ont été modifiés soit avant la date limite de présentation ou après la remise des propositions (au cours des négociations), le plaignant n'a pas été informé des spécifications commerciales et techniques ou des critères d'évaluation nouveaux ou modifiés et n'a pas eu la possibilité de réviser sa proposition afin de tenir compte des critères nouveaux ou modifiés. Le plaignant soutient que ces mesures représentent de la discrimination à son égard, en opposition avec l'ALÉNA. À titre de réparation, le plaignant demande que le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) donne comme directive au Ministère de lui adjuger le marché et de lui rembourser les frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, ou qu'il puisse soumissionner à nouveau à l'égard du marché en fonction des spécifications modifiées et qu'il reçoive un remboursement des frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, ou que le Tribunal lui accorde un dédommagement égal aux frais de préparation de la proposition, aux profits qu'il aurait réalisés en exécutant le marché et aux frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte.

-
1. L.R.C. (1985), ch. 47, (4^e suppl.).
 2. Dans l'éventualité d'une panne d'alimentation, ces systèmes sont censés fournir une alimentation électrique de secours sans interruption aux centres de la circulation aérienne.
 3. 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).

Le 11 avril 1995, le Tribunal a déterminé que les conditions d'enquête précisées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes sur les marchés publics—Accord de libre-échange nord-américain*⁴ (le Règlement) avaient été respectées. Ayant déterminé ce qui précède, le Tribunal a décidé d'ouvrir une enquête pour déterminer si le marché avait été mené conformément aux exigences du chapitre 10 de l'ALÉNA.

Enquête

Le 8 mai 1995, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (RIF), en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵, lequel rapport a été mis à la disposition du plaignant. Le 17 mai 1995, le plaignant a demandé un report du délai de présentation de ses observations finales au sujet du RIF puisqu'à son avis, les documents pertinents nécessaires à la préparation d'une réponse complète au RIF n'avaient pas été fournis par le Ministère. Le Tribunal a approuvé la demande du plaignant et a, par la suite, ordonné au Ministère de produire les documents pertinents. Le 26 mai 1995, le plaignant a déposé ses observations préliminaires au sujet du RIF. Les 15 juin et 7 juillet 1995, le Ministère a déposé des documents supplémentaires concernant la plainte, complétant ainsi le dépôt des documents à l'égard du RIF. Les observations finales du plaignant au sujet du RIF ont, par la suite, été déposées auprès du Tribunal et transmises au Ministère pour obtenir des observations. Les observations du Ministère ont été déposées auprès du Tribunal le 28 juillet 1995.

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 en se fondant sur le dossier existant.

Processus d'achat

La DDP

Un «avis de projet de marché» relatif à la DDP en cause a été publié dans l'édition de *Marchés publics* du 22 juin 1994 et porte le code «0-1», qui indique que l'offre d'achat est ouverte à tous les fournisseurs. L'alinéa 4.1 de la DDP prescrit ce qui suit :

- 4.1 Contrairement à un appel d'offres, la présente est une demande [couramment appelée demande de proposition (DDP)] de préparation et de présentation de propositions au ministre des Approvisionnements et Services, décrivant des solutions de rechange permettant le mieux de réaliser plusieurs objectifs et buts sur le plan des délais, de l'exécution, des caractéristiques techniques, et autres aspects, compte tenu d'exigences obligatoires établies. Le Ministre envisagera de conclure un marché pour la mise en œuvre de la proposition la plus acceptable qui sera déterminée compte tenu de facteurs d'évaluation établis dans la présente DDP. En outre, le caractère acceptable des modalités du marché en vertu desquelles le répondant serait prêt à entreprendre la mise en œuvre de la proposition sera mesuré en fonction des modalités du marché établies dans la présente DDP.

4. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547.

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

[Traduction]

L'objet de la DDP est énoncé à l'article 5.0 de la DDP. Les alinéas 5.1 et 5.2 prévoient ce qui suit :

- 5.1 Transports Canada, en vertu du Plan d'aménagement de l'espace aérien du Canada, a besoin de systèmes d'alimentation sans coupure. La présente DDP avec le projet de contrat, la description des travaux et les spécifications ci-joints, énonce les besoins du ministère des Transports concernant les articles au moyen des documents connexes, des fournitures et des services énumérés à l'appendice 1, projet de contrat.
- 5.2 La présente demande de proposition (DDP) a pour objet d'obtenir une proposition à prix ferme pour la fourniture de systèmes d'alimentation sans coupure, y compris la formation, les manuels techniques, les pièces de rechange, un système d'alimentation sans coupure provisoire et des services techniques sur place, conformément aux exigences établies à l'appendice 1, projet de contrat, et ses annexes «A» à «H» inclusivement.

[Traduction]

L'article 7.0 de la DDP décrit, de façon générale, les critères d'évaluation des propositions. Les alinéas 7.1, 7.2 et 7.3 se lisent, en partie, comme suit :

ÉVALUATION DE LA PROPOSITION :

- 7.1 Le ministre des Approvisionnements et Services, ou son remplaçant, évaluera les propositions reçues et cette évaluation comprendra une étude, mais ne s'y limitera pas, des effets de divers facteurs, y compris les suivants :
 - a) la conformité aux modalités de la présente demande de proposition;
 - b) le prix évalué comme étant le moins élevé pour une Proposition techniquement conforme aux exigences de la Couronne en ce qui a trait aux travaux, compte tenu des nuances, exceptions ou modifications s'appliquant aux exigences techniques;
 - c) l'évaluation de tous les documents et renseignements techniques par le responsable des éléments techniques, aux fins de conformité technique.
- 7.2 Le plan d'évaluation est ci-joint.
- 7.3 Le ministre des Approvisionnements et Services se réserve le droit de rejeter toute proposition qui n'est pas conforme à la présente demande de proposition.

[Traduction]

Six avis (SD U001 à SD U006), confirmant, clarifiant ou modifiant des éléments de la DDP, ont été diffusés par le Ministère avant la clôture des soumissions le 19 septembre 1994. Tous les avis ont été diffusés par le Service des invitations ouvertes à soumissionner et ont été envoyés à tous les soumissionnaires qui avaient demandé la DDP. L'avis SD U002 du 27 juillet 1994 supprimait l'exigence mentionnée à l'article 4 du plan visant l'évaluation des propositions (le plan d'évaluation) selon laquelle le plan de gestion devait obtenir une note minimale générale de 75 p. 100 pour être considéré comme conforme. En

remplacement de cette exigence, les soumissionnaires devaient [traduction] «présenter une proposition d'éléments techniques et de gestion qui respecte les exigences établies à l'appendice 2 de la demande de proposition. Ce sont ces données qui seront évaluées». L'avis SD U003 du 3 août 1994 reportait, entre autres, la date de clôture des soumissions au 19 septembre 1994.

Réponse à la DDP

Deux fournisseurs, le plaignant et Schneider Canada (l'adjudicataire du marché), ont présenté des propositions. Entre le 19 septembre 1994, la date de clôture des soumissions, et le 22 mars 1995, la date de la lettre du Ministère informant le plaignant qu'un marché avait été adjugé à l'adjudicataire du marché, un certain nombre d'événements se sont produits dont les plus pertinents sont mentionnés ci-dessous.

Le 5 octobre 1994, l'agent principal de gestion des marchés du Ministère (l'agent de négociation des marchés) a écrit à l'adjudicataire du marché pour lui transmettre des observations et soulever des questions concernant de nombreux aspects de sa proposition du 19 septembre 1994 (ci-après appelée «la Proposition») et lui demander une réponse pour permettre à Transports Canada de poursuivre son évaluation de la Proposition. Le 27 octobre 1994, l'adjudicataire du marché a répondu à la demande de renseignements du Ministère en date du 5 octobre 1994. Voici le premier paragraphe de la lettre de l'adjudicataire du marché : [traduction] «La présente lettre et le document ci-joint constituent notre réponse complète à votre lettre. Étant donné les changements importants et les éclaircissements apportés à notre document original "volume 1" [volume 1 de la Proposition], nous avons inclus une version révisée [ci-après appelée "la proposition révisée"] intégrale. Les révisions apportées fournissent des réponses à vos questions».

Le 9 novembre 1994, le Ministère a écrit à l'adjudicataire du marché pour lui demander des renseignements supplémentaires sur la proposition révisée et traiter des activités à accomplir au cours d'une visite d'un établissement prévue pour les 17 et 18 novembre 1994.

Le 20 décembre 1994, l'agent de négociation des marchés a écrit à l'adjudicataire du marché pour lui demander des renseignements concernant un aspect de la proposition révisée touchant [information confidentielle supprimée] et pour savoir de quelle façon il répondrait aux exigences. Le 4 janvier 1995, le Ministère a écrit à l'adjudicataire du marché, soulevant plusieurs questions ayant trait à la proposition révisée. Le 12 janvier 1995, l'adjudicataire du marché a répondu à la lettre du Ministère en date du 4 janvier 1995. Les appendices suivantes étaient jointes à la lettre : appendice A, [information confidentielle supprimée]; appendice B, [information confidentielle supprimée] appendice C, [information confidentielle supprimée] appendice D, [information confidentielle supprimée] appendice E, [information confidentielle supprimée] appendice F, [information confidentielle supprimée] appendice G, [information confidentielle supprimée] et appendice H, [information confidentielle supprimée]

Le 10 février 1995, Transports Canada, dans une note de service envoyée au Ministère, a affirmé que l'évaluation technique des propositions de l'adjudicataire du marché et du plaignant était terminée. Les exemplaires des rapports d'évaluation, un pour chaque proposition, en date du 6 février 1995, étaient joints à la note. Selon la note, [traduction] «les deux propositions [étaient] jugées conformes» et il était recommandé que le marché soit adjugé à l'adjudicataire du marché, le soumissionnaire le moins-disant. Le 22 février 1995, l'adjudicataire du marché a écrit au Ministère, lui transmettant un exemplaire de certains [information confidentielle supprimée]. Le même jour, l'adjudicataire du marché a écrit au Ministère pour lui

envoyer ses [information confidentielle supprimée] depuis longtemps attendus en réponse à la demande [du Ministère]».

Le 3 mars 1995, l'agent de négociation des marchés a signé le rapport d'évaluation des propositions. Il est fait mention dans le rapport que Transports Canada estime que les deux propositions sont conformes techniquement, puis les questions suivantes sont brièvement traitées : inspection de l'usine, livraison, finances, assurance, évaluation des prix et modalités du marché. L'agent de négociation des marchés a résumé l'évaluation comme suit : [traduction] «Compte tenu de l'évaluation susmentionnée, Schneider [...] a fourni la proposition techniquement conforme la moins-disante».

Positions des parties

Le plaignant

Dans ses observations au sujet du RIF, le plaignant fait valoir que la Proposition : 1) n'était pas conforme aux exigences techniques et commerciales de la DDP; 2) n'était pas conforme aux exigences relatives aux documents techniques; 3) ne démontrait pas que les documents seraient fournis conformément aux échéanciers établis dans la DDP; 4) ne fournissait pas suffisamment de renseignements pour démontrer que [information confidentielle supprimée] respecterait les délais fixés dans la DDP; 5) ne fournissait pas suffisamment de renseignements pour démontrer qu'elle était conforme aux exigences obligatoires [information confidentielle supprimée] précisées dans la DDP; 6) ne présentait pas [information confidentielle supprimée] stipulé dans la DDP; et 7) ne contenait pas [information confidentielle supprimée] prescrit dans la DDP. Il affirme, en outre, que le RIF confirme, à plusieurs égards, que le Ministère et Transports Canada étaient d'avis que la Proposition n'était pas conforme aux exigences techniques et commerciales. De plus, il mentionne que l'adjudicataire du marché a présenté la proposition révisée compte tenu du fait que la Proposition n'était pas conforme. Le plaignant soutient que : 1) la proposition révisée, même sous sa forme subséquemment modifiée, n'était pas conforme à la DDP; 2) les rapports d'évaluation du Ministère et de Transports Canada renfermaient plusieurs erreurs importantes ou énoncés incorrects; 3) l'adjudicataire du marché a modifié la Proposition; et 4) les modifications ont été apportées aux exigences de la DDP après la date de clôture des soumissions. En résumé, le plaignant soutient que :

- 1) par dérogation à l'article 1008 de l'ALÉNA, le Ministère et Transports Canada ont constamment fait preuve de discrimination à son égard pour favoriser une proposition dont le prix était moins élevé, mais qui était techniquement non conforme;
- 2) par dérogation à l'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA, le Ministère a considéré en vue de l'adjudication la Proposition qui, au moment de l'ouverture des soumissions, n'était pas conforme aux conditions essentielles précisées dans la DDP;
- 3) par dérogation à l'article 1014(1) de l'ALÉNA, le Ministère a mené des négociations en l'absence des conditions requises pour le faire;
- 4) par dérogation à l'alinéa 1014(4)d) de l'ALÉNA, le Ministère n'a pas permis au plaignant de présenter une proposition modifiée conformément à une même échéance pour tous les soumissionnaires;

5) par dérogation à l'alinéa 1014(4)a de l'ALÉNA, le Ministère et Transports Canada n'ont pas appliqué correctement les critères d'évaluation énoncés dans la DDP, omettant ainsi d'éliminer la Proposition de l'adjudicataire du marché pour des raisons de non-conformité à certaines conditions essentielles stipulées dans la DDP;

6) par dérogation aux alinéas 1014(4)b) et c) de l'ALÉNA, le Ministère a omis de communiquer au plaignant les modifications des critères d'évaluation et des exigences techniques et a omis de permettre au plaignant de présenter une proposition modifiée tenant compte des critères d'évaluation et des exigences techniques modifiés.

Le Ministère

En réponse aux observations du plaignant à l'égard du RIF, le Ministère fait valoir que le système d'alimentation sans coupure représente un «besoin complexe» et que, par conséquent, l'alinéa 7.3 de la DDP réserve expressément le droit au ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministre) de rejeter toute proposition qui n'est pas conforme à la DDP. De plus, le Ministère soutient que l'alinéa 7.3 habilite également le Ministre à accepter les soumissions qui ne sont pas, à tous les égards, conformes à la DDP. Le Ministère allègue, en outre, que la DDP, contrairement à un appel d'offres, demande aux soumissionnaires de présenter des solutions plutôt que d'offrir de fournir un certain type de matériel.

Le Ministère affirme que, pour des besoins complexes, il peut être impossible de déterminer [traduction] «avec une entière certitude» au cours de la phase de l'évaluation de la proposition si le matériel qui fait partie de la solution proposée répondra à toutes les exigences énoncées dans la DDP. Selon le Ministère, la détermination ultime de la conformité s'effectue au moment des [traduction] «essais d'acceptation» prévus en vertu du marché. Le Ministère soutient que, compte tenu de ce qui précède, il accorde surtout de l'importance, au moment de l'évaluation des propositions, à la déclaration de conformité du soumissionnaire. Pour reprendre les mots du Ministère :

Nous souhaitons que les soumissionnaires nous fassent une offre conforme à nos conditions et non une offre de fourniture d'articles précis de matériel. Cette offre, lorsqu'elle est acceptée par la Couronne, constitue le marché.

[Traduction]

Le Ministère fait valoir que, dans le cadre de l'évaluation des propositions, en cas de différence entre la déclaration de conformité et la proposition, il est obligé de clarifier l'intention du soumissionnaire. Le soumissionnaire a alors la possibilité de confirmer la conformité de son offre ou de retirer sa soumission.

Le Ministère soutient également que la DDP exige qu'un grand nombre de documents soient fournis avec les propositions. Selon le Ministère, cette demande de documents a pour but de faciliter l'examen des propositions, de réduire le temps nécessaire pour effectuer l'examen et de diminuer les demandes d'éclaircissements nécessaires auprès des soumissionnaires. L'omission de ces documents cause des inconvénients, mais ne constitue pas nécessairement un motif de rejet d'une proposition.

Enfin, le Ministère a répondu à de nombreuses allégations précises de la part du plaignant. En ce qui concerne la question de savoir si oui ou non le Ministère a considéré en vue d'une adjudication une proposition qui, au moment de l'ouverture des soumissions, n'était pas conforme aux conditions essentielles

précisées dans la DDP, le Ministère soutient ce qui suit : 1) aucune définition n'est établie quant au contenu des «conditions essentielles»; 2) l'argument du plaignant selon lequel tous les renseignements présumés manquants ou modifiés constituent une condition essentielle n'est pas étayé ni établi; 3) l'utilisation même du mot «essentielle» semblerait obliger à porter un jugement; et 4) les réponses du Ministère ont démontré que les conditions essentielles ont été respectées et que la Proposition contenait une offre de conformité à toutes les conditions essentielles de la spécification 5507 (la Spécification) et a reçu une note de passage à l'égard de toutes les exigences techniques souhaitables cotées sauf deux. Enfin, le Ministère soutient que l'interprétation du plaignant de l'alinéa 1015(4)a de l'ALÉNA, aux termes de laquelle les propositions en infraction [traduction] «doivent être éliminées», est incorrecte.

Bien-fondé de la plainte

L'article 30.14 de la Loi sur le TCCE stipule que, lors d'une enquête, le Tribunal doit se limiter à l'objet de la plainte et, à la conclusion de l'enquête, déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établies par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA.

Le plaignant a soulevé plusieurs prétendues violations du Ministère des dispositions du chapitre 10 de l'ALÉNA. Bien que le plaignant ne l'ait pas présenté de cette façon, son principal motif de plainte semblerait être que le Ministère a fait preuve de discrimination à son égard en acceptant une proposition qui, au moment de l'ouverture des soumissions, n'était pas conforme aux exigences précisées dans la DDP. Bon nombre des autres motifs de la plainte, sinon tous les motifs, semblent découler de cette prétendue violation.

La réponse du Ministère à ce principal motif de plainte comporte deux volets. Premièrement, le Ministère allègue que, à deux exceptions près, la Proposition, avec les éclaircissements fournis, était conforme aux exigences stipulées dans la DDP. Deuxièmement, dans la mesure où la Proposition, avec les éclaircissements fournis, n'était pas conforme à la DDP, aux termes de l'alinéa 7.3 de la DDP, l'équipe d'évaluation a exercé son pouvoir de discrétion en décidant de ne pas rejeter la Proposition. Ce deuxième argument est fondé sur le fait que la Proposition ne respectait pas deux exigences seulement et, plus important encore, sur le fait que ces exigences n'étaient pas «essentielles».

On trouve à l'alinéa 4.1 de la DDP l'affirmation que l'invitation à soumissionner en cause est une invitation de type DDP qui vise à obtenir de la part des soumissionnaires les meilleures solutions de rechange possibles pour réaliser divers objectifs et buts sur le plan des délais, de l'exécution, des caractéristiques techniques et autres aspects. Ces solutions doivent tenir compte des exigences obligatoires établies. Il est également mentionné à cet alinéa que le Ministre envisagera la passation d'un marché pour la mise en œuvre de la proposition la plus acceptable à déterminer conformément aux facteurs d'évaluation énoncés dans la DDP. On y stipule finalement qu'il sera tenu compte, comme facteur supplémentaire, du fait que le soumissionnaire est prêt à se conformer aux modalités du marché stipulées dans la DDP.

L'article 7.0 de la DDP fait état des principaux facteurs d'évaluation, y compris la conformité aux modalités de la DDP, le prix considéré comme le plus bas et l'évaluation des documents et des renseignements techniques. L'alinéa 7.2 traite du plan d'évaluation joint à la DDP. L'alinéa 7.3 stipule que le Ministre se réserve le droit de rejeter toute proposition qui n'est pas conforme à la DDP.

L'alinéa 1.1 du plan d'évaluation se lit comme suit : [traduction] «Les propositions doivent [inclure] les renseignements requis. Les Propositions dont les renseignements sont incomplets seront considérées comme irrecevables». L'article 3 du plan d'évaluation, «*Financial Capability Evaluation*» ([traduction])

Évaluation de la capacité financière), mentionne que [traduction] «la capacité financière du soumissionnaire sera évaluée en examinant les états financiers de l'entreprise qui doivent être présentés avec les Propositions».

L'article 6 du plan d'évaluation, dans lequel sont énoncées 17 exigences techniques obligatoires, stipule que [traduction] «les Propositions doivent satisfaire les exigences obligatoires suivantes». On poursuit à l'article 6 : [traduction] «les Propositions qui ne satisfont pas à ces exigences seront considérées comme étant non conformes».

À l'article 7 du plan d'évaluation, 52 exigences techniques souhaitables sont énoncées. À côté de chacune des 52 exigences figure une note minimale. L'article 7 prévoit que les propositions doivent répondre à chacune des exigences et que chaque réponse sera évaluée selon une échelle de 1 à 10. On poursuit à l'article 7 : [traduction] «pour répondre aux exigences de conformité, les [soumissionnaires] doivent atteindre la note minimale indiquée pour chacune des exigences».

L'alinéa 8.3⁶ de la DDP prévoit que les propositions techniques comprendront une feuille de récapitulation indiquant la conformité ou la non-conformité à toutes les exigences énoncées dans la DDP. L'alinéa 8.5⁷ prescrit les exigences minimales sur le plan des renseignements ainsi que la présentation et le contenu des propositions. Il y est indiqué, en partie, que le contenu du volume 1, «*Technical/Management Proposal*» ([traduction] Proposition d'éléments techniques et de gestion) doit également comprendre les renseignements exigés dans l'appendice 2 de la DDP. L'alinéa 10.1⁸ indique l'importance de signer la page couverture de la DDP et la personne qui devrait apposer sa signature.

6. 8.3 Toutes les propositions techniques doivent comprendre une feuille de récapitulation indiquant une conformité de fond (conforme) ou une non-conformité (non conforme) à toutes les exigences énoncées dans la présente DDP et indiqueront de quelle façon l'entreprise entend se conformer aux exigences de la présente DDP.

[Traduction]

7. 8.5 LA PROPOSITION :

- b) Le soumissionnaire doit présenter une proposition décrivant la façon dont il fournirait les biens et services à l'égard des systèmes d'alimentation sans coupure énoncés dans la présente DDP. La proposition doit renfermer au moins des renseignements dans les domaines de la capacité, des méthodes, de la description des travaux, des documents, en vue de l'exécution du travail. Le soumissionnaire doit préparer et présenter sa proposition en deux (2) volumes distincts dont le contenu de chacun est décrit dans les appendices ci-jointes.

VOLUME 1 - PROPOSITION D'ÉLÉMENTS TECHNIQUES
ET DE GESTION

(se reporter à l'appendice 2)

[Traduction]

8. 10.1 La signature et les renseignements inscrits sur la page couverture du présent document par un représentant autorisé du soumissionnaire seront considérés comme étant une acceptation des modalités du présent document à moins d'indication différente explicite figurant dans la proposition du soumissionnaire.

[Traduction]

Compte tenu de l'ensemble de ces articles, le Tribunal conclut que, avec la DDP, le Ministère a établi, pour lui-même et tous les soumissionnaires intéressés, une démarche précise d'évaluation des propositions. Pour être considérée en vue d'une adjudication, une proposition doit être la plus acceptable, compte tenu de ces facteurs. Aux termes de l'alinéa 1.1 du plan d'évaluation, une proposition qui ne contient pas les renseignements requis sera considérée comme irrecevable. Des états financiers doivent être présentés avec la proposition. Pour être techniquement conforme, une proposition doit satisfaire les 17 exigences techniques obligatoires de l'article 6 du plan d'évaluation et obtenir les notes minimales attribuées aux 52 exigences techniques souhaitables cotées de l'article 7 du plan d'évaluation. Enfin, on mesurera à quel point les soumissionnaires sont prêts à se conformer aux modalités du marché. En résumé, ceci correspond à la démarche à suivre par le Ministère et les soumissionnaires dans le présent dossier.

En réponse aux observations du plaignant au sujet du RIF, le Ministère fait valoir que les éléments de l'ensemble de ce processus sont assujettis à la discrétion du Ministère, comme le prévoit l'alinéa 7.3 de la DDP, aux termes duquel le Ministre se réserve le droit de rejeter toute proposition qui n'est pas conforme à la DDP. Cet alinéa stipule que le Ministre a le droit de rejeter une proposition non conforme. Le Tribunal n'a aucune difficulté à saisir la signification de ces mots, qui disent simplement que le Ministre a le pouvoir de rejeter toute proposition non conforme. Le Tribunal ne peut accepter l'argument selon lequel cet alinéa a la signification plus large suggérée par le Ministère. De l'avis du Tribunal, le pouvoir de rejeter une proposition non conforme aux termes de l'alinéa 7.3 ne sous-entend pas la proposition inverse selon laquelle le Ministère a le pouvoir d'accepter une proposition non conforme. Avec cette interprétation, le processus d'évaluation établi serait sujet à des modifications à la seule discrétion du Ministère après la clôture des soumissions. Selon le Tribunal, une telle interprétation aurait pour effet d'ébranler le système de soumission et pourrait causer un préjudice aux soumissionnaires qui, s'étant fondés sur les exigences établies dans une DDP et s'y étant conformés pour préparer leurs soumissions, découvrent, par la suite, que les exigences ont été modifiées. Le Tribunal est d'avis que l'alinéa 7.3 mentionne, souligne ou confirme le pouvoir du Ministère de rejeter toute proposition non conforme, et rien de plus.

En ce qui concerne l'interprétation correcte de l'alinéa 1015(4)a)⁹ de l'ALÉNA et la déclaration du Ministère selon laquelle les [traduction] «propositions contrevenantes» n'ont pas besoin d'être éliminées, le Tribunal est d'avis qu'aux termes de l'alinéa 1015(4)a), une proposition, pour être considérée en vue de l'adjudication, doit être conforme aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres, au moment de l'ouverture des soumissions.

Le Ministère allègue que le plaignant n'a pas établi ce que constitue une condition ou exigence essentielle dans les circonstances. Le fait que, dans la DDP, le Ministère ait utilisé les mots «*mandatory requirements*» ([traduction] conditions ou exigences obligatoires) plutôt que le mot «*essential*» ([traduction] essentielles) ainsi que les mots «*shall*», «*must*» et «*will*» ([traduction] doivent) et ait indiqué que les soumissionnaires doivent obtenir les notes minimales prescrites pour les exigences techniques souhaitables, ne modifie pas le caractère de ces exigences. De l'avis du Tribunal, ces exigences étaient «essentiels» au sens de l'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA.

9. L'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA se lit, en partie, comme suit :

- a) *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, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation.*

En outre, le Tribunal ne peut accepter la proposition du Ministère selon laquelle la détermination finale de la conformité s'effectue au moment des essais d'acceptation en vertu du marché. Le Tribunal rejette cette proposition parce qu'elle associe deux éléments distincts, c'est-à-dire la conformité de la proposition et la conformité du marché. De l'avis du Tribunal, il est faux de suggérer, comme le fait le Ministère dans ses observations, que la conformité d'une proposition ne peut être entièrement déterminée qu'une fois le marché exécuté. La conformité d'une proposition devrait être entièrement déterminée lorsque l'évaluation des propositions est terminée. Au moment des essais d'acceptation en vertu du marché, c'est la conformité aux modalités du marché qui est entièrement déterminée, contrairement à la conformité de la proposition, qui, selon le Tribunal, n'est pas à l'étude dans le présent dossier.

Le Ministère fait valoir que, après l'ouverture des soumissions, il a le droit de demander à recevoir et de tenir compte des éclaircissements de la part des soumissionnaires afin de terminer son évaluation des propositions. Le Tribunal accepte cette position. Il est toutefois important de comprendre clairement ce qui constitue un éclaircissement. Selon le Tribunal, un éclaircissement est une explication d'un aspect quelconque d'une proposition qui ne représente pas une révision ou une modification importante de la proposition. Compte tenu de cette définition, le Tribunal évaluera maintenant si le Ministère et Transports Canada ont déterminé correctement la conformité de la Proposition, avec les éclaircissements fournis, à toutes les exigences obligatoires contenues dans la DDP. Pour ce faire, le Tribunal devra étudier les liens entre la Proposition et les renseignements supplémentaires fournis par l'adjudicataire du marché, principalement le 27 octobre 1994 et le 12 janvier 1995, et déterminer si ces documents représentent des éclaircissements de la Proposition ou des modifications de la Proposition. En outre, dans l'examen des évaluations de la Proposition effectuées par le Ministère et Transports Canada, le Tribunal déterminera si le Ministère et Transports Canada ont atténué, modifié ou changé d'une façon quelconque les critères d'évaluation établis dans la DDP, de sorte que la Proposition, avec les éclaircissements fournis, est recevable compte tenu de critères d'évaluation différents de ceux établis dans la DDP.

Tout au long de la DDP, on mentionne la Spécification. Ce document est joint à la DDP et en fait partie. Il compte 133 pages et énumère, dans le détail, les spécifications touchant divers aspects du système d'alimentation sans coupure. À l'article 5.0 de la Proposition, l'adjudicataire du marché a présenté un tableau indiquant les éléments de la Spécification auxquels satisfait la Proposition.

Exigences techniques obligatoires

L'élément n° 1 de l'article 6 du plan d'évaluation renvoie au paragraphe 1.12 de la Spécification. Le paragraphe 1.12 «*Reliability/Availability*» ([traduction] Fiabilité/puissance disponible) se lit, en partie, comme suit : [traduction] «le matériel d'un système d'alimentation sans coupure doit, lorsqu'il est connecté tel qu'indiqué dans le diagramme à ligne simple n° H-711-266, fournir un minimum de 0,9999 de la puissance du système d'alimentation sans coupure au tableau principal de la charge critique». Les soumissionnaires sont tenus, au paragraphe 1.12.5, de fournir dans leurs propositions les chiffres calculés et réels de la puissance disponible pour chaque article du matériel. [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal fait remarquer que [information confidentielle supprimée]

L'élément n° 6 de l'article 6 du plan d'évaluation renvoie au paragraphe 3.2.4 de la Spécification et traite des exigences de rendement de l'unité d'alimentation sans coupure. Plus précisément, le paragraphe 3.2.4.21 spécifie un rendement minimal global de l'unité d'alimentation sans coupure à divers

pourcentages de charge, par exemple, 90 p.100 à la fois pour des charges de 75p.100 et de 50 p. 100. [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal conclut que, [information confidentielle supprimée]

L'élément n° 15 de l'article 6 du plan d'évaluation renvoie aux paragraphes 4.1.0 à 4.12.0 de la Spécification ayant trait aux essais. Ces paragraphes sont énoncés aux pages 104 à 123 de l'annexe «A» de l'appendice 1 de la DDP et décrivent en détail les exigences obligatoires relatives aux essais du système. [information confidentielle supprimée] Le Tribunal conclut que [information confidentielle supprimée]

L'élément n° 16 de l'article 6 du plan d'évaluation renvoie à l'annexe «B» de la Spécification, qui mentionne ce qui suit au paragraphe .1 : [traduction] «Les soumissionnaires doivent fournir les données techniques suivantes sur l'unité d'alimentation interruptible avec les documents relatifs à leur Proposition. Les données techniques concernant le moteur doivent comprendre un graphique de rendement. Le graphique doit constituer un essai dynamométrique signé et daté, en présence de témoins, du moteur dont le type, les dimensions et le modèle sont ceux du moteur offert, fonctionnant avec les injecteurs dont le type et les dimensions sont ceux qui sont censés être fournis dans le cadre de ce projet». [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal conclut que la Proposition [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal fait remarquer qu'il n'y a aucun élément de preuve au dossier que l'adjudicataire du marché a signé la page couverture de la DDP. [information confidentielle supprimée]

Exigences techniques souhaitables cotées

L'élément n° 2 de l'article 7 du plan d'évaluation fait référence au paragraphe 1.3 de la Spécification «*Commercial Off-The-Shelf (COTS) Equipment*» ([traduction] Matériel livrable immédiatement). Ce paragraphe stipule que les soumissionnaires doivent fournir des renseignements et des détails suffisants dans leur proposition pour démontrer et confirmer que le matériel livrable immédiatement répondra aux exigences de la DDP. [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal conclut que [information confidentielle supprimée]

Les éléments n°s 10 et 11 de l'article 7 du plan d'évaluation renvoient aux paragraphes 1.13 et 1.14 de la Spécification. Le paragraphe 1.13 se lit comme suit : [traduction] «**Pannes du système.** Le matériel du système d'alimentation sans coupure fourni par l'entrepreneur devra répondre aux exigences relatives aux pannes mentionnées à l'article 4.7 de la norme du ministère des Transports DTS 1000». Le paragraphe 1.14 se lit, en partie, comme suit : [traduction] «**Maintenabilité.** Un programme officiel de maintenabilité n'est pas nécessaire pour le système d'alimentation sans coupure. Toutefois, la proposition devra renfermer une prévision de la moyenne des temps de travaux de réparation [MTTR]». [information confidentielle supprimée]

Le Tribunal conclut [information confidentielle supprimée]

L'élément n° 22 de l'article 7 du plan d'évaluation renvoie au paragraphe 1.28 de la Spécification, dont voici un extrait : [traduction] «L'entrepreneur doit fournir des dessins d'atelier du matériel, des manuels

relatifs au matériel et au système et des documents relatifs à la formation, qui sont clairs et contiennent suffisamment de renseignements détaillés pour permettre au personnel du Ministère d'installer, de faire fonctionner, d'entretenir, de réparer et de remettre en état le matériel conformément à la Spécification et à la norme DTS 1002». [information confidentielle supprimée] Le Tribunal conclut que, [information confidentielle supprimée]

L'élément n° 28 de l'article 7 du plan d'évaluation fait référence au paragraphe 1.34 de la Spécification. Le paragraphe 1.34 stipule les exigences concernant le logiciel à utiliser pour le système d'alimentation sans coupure. [information confidentielle supprimée]

Enfin, l'élément n° 51 de l'article 7 du plan d'évaluation renvoie aux paragraphes 3.9.0 à 3.9.7 de la Spécification. Le paragraphe 3.9.5.5 se lit comme suit : [traduction] «Le niveau sonore ne doit pas dépasser 55 dB conformément au tableau 10 de la norme CSA C9-M1981». [information confidentielle supprimée]

Ayant évalué les éléments de preuve ayant trait à chacune des exigences techniques souhaitables cotées et obligatoires susmentionnées, le Tribunal conclut que les renseignements supplémentaires fournis par l'adjudicataire du marché à la suite du processus des «éclaircissements», représentaient, en fait, des modifications et des révisions importantes du contenu de la Proposition à l'égard d'un certain nombre de conditions essentielles précisées dans la DDP.

En résumé, le Tribunal est d'avis que le Ministère a négligé ou varié les règles d'évaluation qu'il avait précisées dans la DDP ou y a dérogé et, ce faisant, a déclaré à tort qu'une proposition était conforme, laquelle, au moment de l'ouverture des soumissions, ne respectait pas la condition minimale pour satisfaire à au moins [information confidentielle supprimée] exigences techniques obligatoires et à [information confidentielle supprimée] exigences techniques souhaitables cotées, qui étaient des conditions essentielles définies dans la DDP. De plus, l'adjudicataire du marché n'a pas présenté [information confidentielle supprimée] avec la Proposition, et cela constitue également une violation à une autre condition essentielle précisée dans la DDP. Chacun des éléments qui précèdent représente une dérogation aux conditions établies conformément au plan d'évaluation de la DDP. Le Tribunal est d'avis que le Ministère, ayant établi ce plan et ayant indiqué à tous les soumissionnaires potentiels que les éléments de ce plan devaient être respectés au moment de l'ouverture des soumissions, ne peut modifier de façon importante le plan après l'ouverture des soumissions. Selon le Tribunal, tous les éléments qui précèdent constituent clairement une violation à l'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA et, par conséquent, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Étant donné que la décision du Tribunal sur les éléments susmentionnés est suffisante pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal ne traitera aucune des autres violations prétendues à l'ALÉNA.

À titre de réparation, le plaignant a demandé que le Tribunal donne comme directive au Ministère de lui adjuger le marché et de lui rembourser les frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, ou qu'il puisse soumissionner à nouveau à l'égard du marché en fonction des spécifications modifiées et qu'il reçoive un remboursement des frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, ou que le Tribunal lui accorde un dédommagement égal aux frais de préparation de la proposition, aux profits qu'il aurait réalisés en exécutant le marché et aux frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte.

Lorsque le Tribunal détermine qu'une plainte est fondée, il doit, en recommandant une réparation appropriée, conformément au paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, tenir compte d'un certain nombre

de facteurs qui interviennent dans le marché. Dans le présent dossier, le Tribunal est d'avis que de graves irrégularités dans la procédure des marchés publics sont manifestes. Essentiellement, une DDP complexe, élaborée et bien conçue pour un besoin également complexe et de nature délicate, y compris un plan d'évaluation exhaustif, n'a pas, en fait, été prise en compte par le Ministère et Transports Canada au moment de l'évaluation des soumissions. Cette façon d'agir s'attaque au principe même des soumissions en régime de concurrence, compromet l'intégrité et l'efficacité de cette adjudication et donne mauvaise réputation à l'ensemble de la procédure des marchés publics. De l'avis du Tribunal, il ne fait aucun doute que la plaignant a subi un préjudice. En fait, Transports Canada, dans son rapport d'évaluation technique du 10 février 1995, et le Ministère, dans son rapport d'évaluation d'ensemble du 3 mars 1995, ont tous deux déclaré que la proposition du plaignant était conforme. Par conséquent, selon le Tribunal, sans l'intervention du Ministère, le marché aurait été adjugé au plaignant qui aurait eu la possibilité d'en tirer des profits. Il s'agit d'un préjudice grave et, étant donné que le marché est déjà en voie d'exécution et que, conformément aux modalités de la DDP, appendice 1, en particulier l'annexe E «*Delivery Schedule and Destinations*» ([traduction] Calendrier de livraison et destinations), bon nombre des produits livrables visés par le marché ne doivent pas être livrés avant 12 mois ou plus à partir de la date d'entrée en vigueur du marché, et puisque le marché est entré dans la phase d'exécution depuis seulement environ 4 mois, le Tribunal recommandera, malgré tout, que le marché soit résilié et qu'il soit attribué au plaignant.

Le Tribunal, prenant en considération les répercussions possibles de sa recommandation sur le plaignant, le Ministère, Transports Canada et l'adjudicataire du marché; le fait que le gouvernement ait besoin du système d'alimentation sans coupure dans un délai raisonnable pour assurer le maintien des services à la population canadienne; et le fait que le plaignant ait signalé que, à ce moment-ci, un dédommagement monétaire pourrait être la solution la plus appropriée et pratique, recommandera, comme solution de rechange, que le Ministère présente au Tribunal, dans les 30 jours suivant la présente décision, une proposition de dédommagement, élaborée conjointement avec le plaignant, tenant compte du préjudice subi par le plaignant étant donné que le marché ne lui a pas été attribué et qu'il n'a donc pu en tirer des profits.

Décision du Tribunal

Compte tenu de ce qui précède, aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE et de l'article 11 du Règlement, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(4) et 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde au plaignant, sous réserve de la recommandation du Tribunal figurant dans la présente, le remboursement des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres ainsi que des frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande que le Ministère résilie le marché adjugé à Schneider Canada et l'attribue au plaignant. Si le marché est attribué au plaignant, tout montant versé au plaignant, conformément à la décision du Tribunal de rembourser les frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres, devrait être déduit de la valeur du marché.

Par ailleurs, si le marché n'est pas attribué au plaignant, en plus de rembourser au plaignant les frais relatifs au dépôt et au traitement de sa plainte, le Tribunal recommande que le Ministère présente au Tribunal une proposition de dédommagement, élaborée conjointement avec le plaignant, tenant compte que le marché

aurait dû être adjugé au plaignant qui aurait eu la possibilité d'en tirer des profits. Cette proposition doit être présentée au Tribunal dans les 30 jours suivant la date indiquée dans la présente.

Charles A. Gracey _____

Charles A. Gracey

Membre