

Ottawa, le vendredi 21 février 1997

Dossier n° : PR-96-023

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Bell Canada 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 n'est pas fondée.

Robert C. Coates, c.r.

Robert C. Coates, c.r.

Membre

Susanne Grimes

Susanne Grimes

Secrétaire intérimaire

Date de la décision : Le 21 février 1997

Membre du Tribunal : Robert C. Coates, c.r.

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : David M. Attwater

Plaignant : Bell Canada

Avocats pour le plaignant : Simon V. Potter
Brenda C. Swick-Martin

Intervenant : Motorola Military and Aerospace Electronics, Inc.

Avocat pour l'intervenant : John F. Blakney

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le vendredi 21 février 1997

Dossier n° : PR-96-023

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Bell Canada 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 27 novembre 1996, Bell Canada (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 d'invitation W8474-6-A801/A) concernant la fourniture d'un système de validation de principe [*Proof of concept*] (PoC) du système militaire de traitement des messages [*Military Message Handling System*]² (MMHS) pour le ministère de la Défense nationale (MDN).

Le plaignant a allégué que le rejet de sa proposition pour le motif qu'elle n'était pas conforme à deux exigences obligatoires de la demande de proposition (la DDP), c'est-à-dire la prétendue modification des conditions concernant le droit d'auteur et la prétendue omission de fournir les attestations des sous-traitants concernant les documents d'assurance, est injuste et inéquitable. Le plaignant a de plus allégué que le Ministère l'a privé d'une occasion de préciser utilement sa proposition en omettant de l'aviser des lacunes perçues dans ses énoncés d'éclaircissement. Il s'agit là d'un traitement injuste, inéquitable et non transparent. Un tel traitement, de l'avis du plaignant, n'est pas conforme aux pratiques antérieures du Ministère, compromet l'intégrité du processus de demande de soumissions concurrentielles et contrevient au chapitre 10 de l'*Accord de libre échange nord-américain*³ (l'ALÉNA), y compris l'article 1008 ainsi que les alinéas 1009(2)b) et 1015(1)g), et au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴ (l'ACI), y compris les paragraphes 506(6) et 514(2). Enfin, le plaignant a allégué que le processus de passation du

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. La demande d'un MMHS PoC fait partie d'un projet de taille plus importante, le système de traitement des messages du MDN. Le MMHS devra fournir les fonctions de sécurité, de pérennité et de robustesse nécessaires au soutien du trafic des messages classifiés (sauf les messages classifiés «très secret») et des messages hautement prioritaires concernant les opérations ou la gestion. Afin d'assurer l'interopérabilité interne entre le système de courrier électronique qui sert à transmettre les messages non classifiés du MDN et les réseaux du MMHS, et afin de créer un lien externe avec les alliés militaires, d'autres ministères et l'industrie, des passerelles de confiance devront être mises en œuvre pour faire partie du MMHS. Étant donné la possibilité de risques techniques importants concernant le MMHS, une étape de PoC a été exigée par le Secrétariat du Conseil du Trésor afin d'identifier les endroits où pourraient survenir les problèmes et de démontrer que ces problèmes peuvent être résolus grâce à l'utilisation d'un MMHS fonctionnel.
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).
4. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

marché public a en outre été vicié par la décision du Ministère d'adjuger le marché avant de permettre au plaignant de redresser les lacunes perçues dans sa proposition.

Le plaignant a demandé, à titre de mesure corrective, la résiliation du contrat adjugé à la société Motorola Military and Aerospace Electronics, Inc. (Motorola), le réexamen impartial et circonspect des soumissions concernant le MMHS PoC et, enfin, le remboursement des frais qu'il a engagés relativement au dépôt et au traitement de sa plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal).

ENQUÊTE

Le 3 décembre 1996, 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*⁵ (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et a décidé d'enquêter sur l'affaire pour déterminer si le marché public avait été passé conformément aux exigences énoncées au chapitre 10 de l'ALÉNA et au chapitre cinq de l'ACI. Le 9 décembre 1996, le Tribunal a avisé les parties de sa décision d'enquêter sur cette affaire. Le plaignant ayant soulevé une question sur la classification des biens et des services achetés dans le cadre du marché public en cause et sur les incidences de ladite classification sur la compétence du Tribunal à poursuivre l'examen de la présente affaire, le Tribunal a demandé des exposés initiaux des parties avant de rendre une décision définitive à cet égard. Le Tribunal a rendu sa décision définitive sur ce point le 9 janvier 1997 et les motifs en sont énoncés ci-après. Le 2 janvier 1997, 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*⁶. Le 9 janvier 1997, le Tribunal a autorisé Motorola à intervenir dans l'affaire. Les 16 et 21 janvier 1997, le plaignant a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 28 janvier 1997, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire étant donné que les faits de l'affaire présentés au Tribunal, c'est-à-dire la question de savoir si la soumission du plaignant avait correctement été déclarée non conforme, avaient suffisamment été traités dans la plainte, le RIF et divers autres exposés. Le Tribunal a avisé le plaignant de cette décision le 29 janvier 1997.

QUESTION DE COMPÉTENCE

Dans un avis de projet de marché paru dans l'édition du 15 juillet 1996 de *Marchés publics*, le Ministère a annoncé le besoin d'un MMHS PoC sous la rubrique «Communications, Detection and Fibre Optics/Communications, détection et fibres optiques», qui décrit le groupe 58 de la Classification fédérale des approvisionnements (la CFA).

Dans sa plainte, le plaignant fait valoir que l'objet du marché public pour un MMHS PoC a trait à des biens et services aux termes de l'ALÉNA. Spécifiquement, le MMHS PoC est, selon lui, une combinaison de biens et de services plus précisément classés dans les services de mise au point de systèmes informatiques dans la catégorie D302 de la CFA⁷, qui ne sont pas exclus de l'ALÉNA aux termes de la section B de l'annexe 1001.1b-1. Subsidiairement, le plaignant a soumis que les biens requis dans la DDP, s'ils sont traités comme élément principal de la DDP, doivent être classés comme composants de traitement automatique des données dans la classe 7050 de la CFA et non comme équipement de télécommunications dans le groupe 58 de la CFA ainsi qu'il a été annoncé dans *Marchés publics*. Par conséquent, avant de

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

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

7. Le plaignant a par erreur renvoyé à la CFA. Le système de classification qui s'applique aux services assujettis à l'ALÉNA est le Système courant de classification (SCC).

rendre une décision finale sur la classification correcte du MMHS PoC, le Tribunal a demandé aux parties intéressées de soumettre des exposés à ce sujet.

Dans sa réponse du 13 décembre 1996, le Ministère soutient que la façon habituelle de déterminer la classification d'un besoin consiste à examiner la valeur relative des biens ou des services inclus dans le marché global, la classification étant déterminée par l'élément qui a la plus grande valeur. Dans le cas du besoin de MMHS PoC, le Ministère soumet qu'il n'était pas en mesure de déterminer avec certitude si la plus grande valeur serait rattachée aux biens ou aux services, puisque le marché public faisait l'objet d'un appel d'offres concurrentielles. Cependant, le Ministère fait valoir que, aux fins de son exposé, cette détermination n'a aucune importance pratique puisque le besoin est exclu de l'ALÉNA, mais est assujéti à l'ACI dans un cas comme dans l'autre.

Le Ministère soumet en outre que le principal produit à livrer dans le cadre du besoin MMHS PoC est un système⁸ intégré de traitement de messages protégés, prêt à fonctionner, représentatif d'une architecture possible du MMHS. Le MDN entend se servir du système pour démontrer que l'architecture proposée du MMHS peut être élaborée et mise en œuvre sans entraîner de risques incontrôlables. Cela, de l'avis du Ministère, n'est pas la même chose que d'uniquement fournir des services d'élaboration d'un système. En outre, le MDN pourra continuer à utiliser ou à mettre au point le MMHS PoC une fois le marché terminé. De ce fait, le Ministère fait valoir que ce besoin est principalement lié à des biens, plus précisément, à un système de télécommunications. En outre, la classification dans la classe 5810 de la CFA décrit plus correctement le besoin MMHS PoC, puisqu'elle reflète la fonction de communications protégées. Le Ministère fait observer que la classe 5810 de la CFA est exclue du chapitre 10 de l'ALÉNA pour les achats du MDN aux termes de la section B de l'annexe 1001.1b-1, ainsi qu'aux termes du sous-alinéa 1c) de la Liste du Canada aux notes générales de l'annexe 1001.2b.

Le Ministère fait valoir en outre que si, pour une raison quelconque, le besoin devait être décrit comme équipements pour le traitement automatique de l'information, à usage général, en application du groupe 70 de la CFA, le besoin spécifique du MMHS PoC, à savoir un système intégré clés en mains, serait alors dans la classe 7010 de la CFA, sous la dénomination de systèmes de traitement automatique de l'information. La classe 7010 de la CFA est exclue du chapitre 10 de l'ALÉNA pour les achats du MDN aux termes de la section B de l'annexe 1001.1b-1. Le Ministère soumet aussi que la proposition du plaignant selon laquelle la classe 7050 de la CFA pourrait s'appliquer dans le présent cas ne vaut pas puisque cette classe vise uniquement les achats d'ensembles de composants discrets pour le traitement automatique des données qui sont des parties des dispositifs de traitement de l'information, et non les systèmes comme dans le marché public présentement en cause.

En outre, le Ministère fait valoir que, si le besoin devait être considéré comme étant un besoin principalement de services plutôt que de biens, il s'agirait alors de services liés soit à un système de communications protégées (classe 5810 de la CFA) soit à des systèmes de traitement automatique de l'information (classe 7010 de la CFA). De tels services seraient exclus de l'ALÉNA selon la note 1 de la Liste du Canada à la section B de l'annexe 1001.1b-2, qui soustrait aux règles du chapitre tous les services qui sont liés à des produits achetés par le MDN qui ne sont pas identifiés comme étant visés par

8. Le système MMHS PoC comprend l'intégration et l'assemblage d'un système clés en mains à partir de composants standard disponibles dans le commerce, y compris le matériel (p. ex. passerelles de confiance protégées, passerelles multifonctions, routeurs de réseaux national d'interconnexion, nœuds de réseaux national d'interconnexion, postes de travail, unités de cryptage de réseau et unités de transmission téléphonique protégée de haute qualité pour la cryptographie, etc.) et les logiciels (par exemple applications de cryptage et de signature numérique, agents d'utilisateur, agents d'utilisateur d'annuaire, agents de transfert de messages, agents de système d'annuaire, applications de mémoire de message, agents de liste d'envoi, etc.).

le chapitre 10 (annexe 1001.1b-1). La même position, selon le Ministère, vaut quel que soit le groupe (ou la classe) spécifique de la SCC qui englobe le besoin pour le MMHS PoC, y compris les services visés par la catégorie D302.

Dans son exposé du 20 décembre 1996, le plaignant fait d'abord observer que le Ministère concède, que le besoin soit lié à des biens ou qu'il soit lié à des services, que la plainte est visée au chapitre cinq de l'ACI.

Quant à la dénomination correcte du besoin aux termes de l'ALÉNA, le plaignant soumet que le service MMHS PoC est correctement classé dans la catégorie D302 du SCC (Services de mise au point de systèmes informatiques), cette dernière étant elle-même visée à l'appendice 1001.1b-2-B de l'ALÉNA. Subsidiairement, le plaignant soumet que le besoin pour le MMHS PoC est un service de télécommunications et de transmission dans la catégorie D304 du SCC, puisqu'il procure un service «perfectionné ou à valeur ajoutée» de télécommunications et de transmission, comme le prévoit la catégorie D de la Liste du Canada à la section B de l'annexe 1001.1b-2 et comme le porte l'article 1310 de l'ALÉNA, et il est donc aussi visé par l'ALÉNA.

Le plaignant soutient également que la partie du besoin liée à des services, y compris la formation, la conception et l'essai, la documentation, la personnalisation et l'installation, constitue la plus grande valeur du besoin. De plus, selon le plaignant, ce pour quoi le Ministère était disposé à payer était, en bref, une démonstration de la part de l'adjudicataire prouvant que ce dernier pouvait concevoir une solution personnalisée pratique. Le besoin exige des soumissionnaires qu'ils intègrent divers composants de matériel et de logiciel d'une façon novatrice, ce qui, de l'avis du plaignant, en fait manifestement un besoin de «services d'élaboration». Le fait que le besoin inclut la fourniture d'un PoC et non le produit final même appuie aussi une telle conclusion. Le plaignant conclut son exposé sur ce point en déclarant que les services fournis dans la catégorie D302 du SCC ne sont pas visés dans les catégories des services exclus à la section B de l'annexe 1001.1b-2 de l'ALÉNA.

Subsidiairement, le plaignant avance que le système MMHS PoC est un service «perfectionné ou à valeur ajoutée» de télécommunications et de transmission visé par la catégorie D (D304 du SCC) de la Liste du Canada à la section B de l'annexe 1001.1b-2 de l'ALÉNA puisque le MMHS PoC procure des services de sécurité complexes et perfectionnés qu'un système de messagerie électronique ordinaire «de série» ne peut procurer. Le plaignant fait valoir que de tels services n'entrent pas dans le champ des catégories des services exclus à la section B de l'annexe 1001.1b-2 de l'ALÉNA.

Le plaignant soutient, à titre de deuxième option subsidiaire, que si le Tribunal classe le MMHS PoC à titre de biens, alors la classe 7050 de la CFA, «composants, traitement automatique des données», est la classification correcte. De fait, selon le plaignant, le groupe 58 de la CFA exclut explicitement les «équipements de transmission de données et de télécommunications tels que terminaux, capteurs et autres dispositifs conçus pour être utilisés avec un système de traitement automatique de l'information». Les biens liés au besoin pour le MMHS PoC ne peuvent donc entrer dans le champ d'application de ce groupe. De plus, ces mêmes biens ne peuvent entrer correctement dans le champ d'application de la classe 7010 de la CFA, puisque le groupe 70 de la CFA vise les biens qui, assemblés pour en faire un système, constituent quelque chose qui s'apparente davantage à un ordinateur central qu'à un système de traitement des messages. Étant donné que les biens ne peuvent être classés correctement ailleurs dans le groupe 70 de la CFA et que ces biens sont des «composants qui sont des parties des dispositifs de traitement de l'information, analogiques, numériques ou hybrides», les biens en cause, de l'avis du plaignant, doivent donc

être classés dans la classe 7050 de la CFA, une classe de biens visés au paragraphe 1 de la section A de l'annexe 1001.1b-1 de l'ALÉNA.

Le 9 janvier 1997, le Tribunal a déterminé que le besoin pour le MMHS PoC était assujéti à l'ACI, mais exclu de l'ALÉNA.

En ce qui a trait d'abord à l'assujéttissement à l'ACI, le Tribunal est convaincu que la valeur du besoin du MMHS PoC dépasse 100 000 \$ et que le besoin est lié à des services et à des biens qui ne sont pas soustraits aux dispositions de l'ACI lorsqu'ils sont achetés par le MDN. De ce fait, le Tribunal détermine que le besoin est un contrat visé par les termes de l'ACI.

En ce qui a trait à l'assujéttissement à l'ALÉNA, le Tribunal a déjà déterminé que le besoin pour le MMHS PoC est lié à une combinaison de services et de biens, dans des proportions difficiles à définir. Le Tribunal a de plus conclu que, quelle que soit la composition exacte du besoin en services et en biens, la composante services du besoin est certainement liée aux biens, au sens de la note 1 de la Liste du Canada à la section B de l'annexe 1001.1b-2. De même, le Tribunal a déterminé que les biens décrits dans la DDP entrent dans le champ d'application de la classe 7010, du groupe 70 de la CFA. En vérité, le Tribunal a conclu que les biens et services dénommés dans la DDP sont des dispositifs électromécaniques ou électroniques analogiques, numériques ou hybrides, à usage général, qui sont interreliés pour former un système. Ces biens et services ne peuvent donc être correctement classés comme biens dans la classe 7050 de la CFA, ni leur être associés, puisque cette classe de biens est réservée aux composants de dispositif de traitement automatique des données. En ce qui a trait au classement de certains éléments de la DDP dans le groupe 58 de la CFA, le Tribunal est d'avis que l'exclusion des équipements de transmission de données et de télécommunications tels que terminaux, capteurs et autres dispositifs conçus pour être utilisés avec un système de traitement automatique de l'information, s'applique dans le cas présent. Le Tribunal conclut donc que le besoin pour le MMHS PoC est composé d'un mélange de biens et services qui sont, ou ont rapport à, des biens de la classe 7010 du groupe 70 de la CFA et qui sont donc soustraits des règles de l'ALÉNA conformément à la section B de l'annexe 1001.1b-1 et à la note 1 de la Liste du Canada à la section B de l'annexe 1001.1b-2. Ayant établi ces faits, le Tribunal a déterminé que le besoin ne constitue pas un marché spécifique aux termes de l'ALÉNA et qu'il n'a donc pas compétence pour poursuivre son enquête dans cette affaire aux termes de l'ALÉNA.

Par conséquent, le 9 janvier 1997, le Tribunal a décidé d'examiner le bien-fondé de cette affaire uniquement aux termes de l'ACI.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Un avis de projet de marché a été publié, relativement aux besoins en cause, dans l'édition du 15 juillet 1996 de *Marchés publics*. L'avis indique, sous la rubrique «Communications, Detection and Fibre Optics/Communications, détection et fibres optiques», que le genre d'accord associé au processus de demande de soumissions est l'Accord sur le commerce intérieur, c'est-à-dire que l'invitation est assujéti à l'ACI. La DDP datée du 5 juillet 1996 fixait initialement la date de clôture pour la remise des soumissions au 27 août 1996. Cependant, la date de clôture a subséquemment été reportée au 18 septembre 1996 afin de donner plus de temps au Ministère pour répondre aux questions des soumissionnaires et à ces derniers pour examiner les modifications apportées aux exigences de la DDP et les intégrer à leur soumission. Six modifications, numérotées de 001 à 006, confirmant, précisant ou modifiant des éléments de la DDP ont été publiées par le Ministère avant la date de clôture pour la remise des soumissions.

L'article 55.3 de la DDP, «Clauses et conditions de la demande de proposition et du contrat qui peut découler», prévoit, en partie, que [traduction] «[l]a conformité avec le document DSS-MAS 9624 (01/05/96) tel que modifié ci-dessous est une exigence obligatoire de la présente DDP». L'article 57 de la DDP, concernant le droit d'auteur, prévoit, en partie, que [traduction] «[n]onobstant tout énoncé du DSS-MAS 9624, y compris l'article 23, "Droit de propriété à l'égard des renseignements originaux dévolu à l'entrepreneur", la disposition suivante s'applique au présent marché : [...] 57.3 Le droit d'auteur relativement au matériel sera dévolu au Canada et l'entrepreneur intégrera à tout matériel le symbole du droit d'auteur et l'avis suivant : © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA (année)».

La modification n° 003 de l'invitation du 8 août 1996 comprend, à la question et réponse n° 4, une précision du Ministère concernant les passerelles de confiance (PDC) et les passerelles multifonctions (PMF). Cet éclaircissement informe les soumissionnaires que les exigences obligatoires en matière de PDC et de PMF sont précisées à la section 2.10 de la Spécification technique et à la section 3.2 de la Spécification fonctionnelle ainsi qu'à la section 2.11 de la Spécification technique et à la section 3.3 de la Spécification fonctionnelle, respectivement. Elle informe en outre les soumissionnaires que le Centre de la sécurité des communications en collaboration avec le Bureau de projet du système militaire de traitement des messages sont à mettre au point les profils de protection des PDC et des PMF. Ces profils de protection préciseront les exigences relatives à la fonctionnalité et à l'assurance de chacune des passerelles. Les exigences seront considérées comme des objectifs souhaitables aux fins du présent PoC. Ces exigences concernant les critères courants remplacent les exigences de l'évaluation/l'appréciation B2 incluses dans la Spécification technique de la DDP. L'éclaircissement indique aussi, en partie, que : [traduction] «[i]l n'est pas obligatoire que les passerelles proposées aient fait l'objet d'une évaluation ou d'une appréciation ou soient en voie d'être évaluées ou appréciées pour satisfaire les exigences des critères courants. Outre les démonstrations de la fonctionnalité décrites dans les tests et les essais inclus aux appendices 1 et 2 de l'annexe B, avant l'achèvement du marché portant sur le PoC, et il s'agit là d'une exigence obligatoire du PoC, il faudra fournir au responsable technique du MDN les documents pertinents aux exigences concernant l'assurance (détaillées dans le profil de protection [PP]) (à tout le moins sous forme d'ébauches) en preuve de l'intention de produire ou fournir une passerelle d'un haut degré d'assurance. La capacité de la passerelle à satisfaire les exigences fonctionnelles (détaillées dans le PP) sera déterminée à l'aide des documents susmentionnés. Ces éléments de preuve peuvent être remis par l'intermédiaire de l'entrepreneur qui procure le PoC ou directement par le vendeur de la passerelle. Dans sa proposition, le soumissionnaire pour le MMHS PoC doit fournir une attestation provenant de ses sous-traitants mandatés pour la fourniture des PDC et des PMF confirmant la conformité avec la présente exigence pour que la soumission soit jugée techniquement conforme». (Soulignement ajouté)

La modification n° 005 de l'invitation du 13 août 1996 comprend, à la question et réponse n° 2, des précisions supplémentaires concernant les PDC : [traduction] «Les profils de protection décrivent les exigences relatives à la fonctionnalité et à l'assurance des passerelles. Conformément à la réponse n° 4 de la modification n° 003, ces exigences doivent être considérées comme des objectifs souhaitables du PoC, non comme des obligations impératives [...]. L'engagement de fournir au moins les ébauches des documents relatifs à l'assurance est une exigence obligatoire de la présente DDP».

Selon le Ministère, après la publication de la modification n° 003 de l'invitation à soumissionner, des discussions au sein du gouvernement ont mené à la conclusion que le MDN pourrait ne pas pouvoir absorber le coût de la fourniture des documents d'assurance dans le cadre du budget attribué à ce marché public, qu'il se pourrait qu'il soit impossible de livrer les documents dans le délai prescrit pour l'achèvement du marché et que les divers soumissionnaires pourraient interpréter différemment l'exigence «à tout le moins sous forme d'ébauches», une telle situation rendant difficile, et peut-être injuste, la comparaison valable des coûts.

Par conséquent, la modification n° 006 de l'invitation à soumissionner datée du 4 septembre 1996 informait les soumissionnaires qu'ils devaient présenter leurs soumissions relatives à la fourniture des documents d'assurance sous forme de deux options distinctes du besoin principal : une option concernant les documents d'assurance de la PDC et une deuxième option concernant les documents d'assurance de la PMF. La modification précise en outre que ces options [traduction] «demeureront en vigueur pendant toute la durée du marché». Il est ensuite précisé que «le besoin de fourniture des documents d'assurance (si exercée) n'englobe pas l'examen, la révision ou l'acceptation (sauf en ce qui a trait à la livraison complète) par la Couronne dans le cadre du marché sur le MMHS PoC». Elle précise aussi que le coût associé aux deux options ne sera pas inclus dans le prix du soumissionnaire aux fins de l'évaluation de sa proposition. La modification se termine par le paragraphe suivant :

La présente modification, ainsi que toutes les modifications antérieures, fait partie intégrante des documents de demande de propositions pour le MMHS PoC et il doit en être tenu compte dans l'attestation de conformité du soumissionnaire.

[Traduction]

Selon le Ministère, aucun soumissionnaire n'a fait parvenir de question, d'observation ou d'opposition à ce besoin après la publication de la modification n° 006 de l'invitation à soumissionner.

Trois vendeurs, dont le plaignant, ont soumissionné avant ou à la date de clôture pour la remise des soumissions, le 18 septembre 1996.

La section [traduction] «Qualités de la société», dans la Proposition de gestion (vol. 2) du plaignant indique, en partie, ce qui suit :

Qualités de la société

L'équipe de Bell Canada se compose des compétences réunies de trois sociétés spécialistes de calibre international ou «hors pair» - Bell Canada (entrepreneur principal), Harris Corporation et CGI Inc. - ainsi que de deux vendeurs de logiciels à Harris, NEXOR Corporation et CommPower.

[Traduction]

De plus, la section [traduction] «Propositions/évaluation» de la Proposition technique (vol. 3) du plaignant porte, en partie, ce qui suit au sujet de l'article 69⁹ de la DDP, «Entreprise conjointe» :

9. L'article 69 de la DDP prévoit que les soumissionnaires doivent indiquer si l'entité soumissionnaire est une entreprise conjointe selon la définition suivante :

69.3 Définition d'entreprise conjointe

Une entreprise conjointe est une association de deux parties ou plus qui mettent en courant leur argent, leurs biens, leurs connaissances, leurs aptitudes, leur temps ou d'autres ressources dans une entreprise commerciale conjointe prévoyant le partage des profits et des pertes, chaque partie exerçant un certain contrôle de ladite entreprise [...]

69.4 La structure d'équipe d'entreprise conjointe se distingue des autres types de structure d'entreprise, par exemple :

a) un entrepreneur principal, où, par exemple, l'organisme acheteur passe un marché directement avec l'entrepreneur (principal) qui assume les fonctions d'assembleur et d'intégrateur du système, et qui, généralement, confie en sous-traitance les composants principaux, les assemblages et les sous-systèmes.

[Traduction]

- 69.1 Le soumissionnaire fait savoir que l'entité qui soumissionne [...] n'est pas [...] une entreprise conjointe aux termes de la définition incluse au sous-alinéa 3 ci-dessous.

Veillez vous reporter à la disposition 69.4a).

CONFORME

Bell Canada est l'entrepreneur principal et recourt à des ententes de sous-traitance.

[Traduction]

Le Ministère a fait savoir qu'il a procédé à un examen initial des propositions pour déterminer si ces trois propositions contenaient tous les renseignements requis pour être jugées recevables aux termes de l'article 70.2¹⁰ de la DDP. Le Ministère a ainsi relevé quatre points de la proposition du plaignant qui, à son avis, devaient être éclaircis, y compris les deux points qui font l'objet de la présente plainte.

En ce qui a trait à la question du droit d'auteur, le Ministère a noté que la Proposition financière du plaignant (vol. 1) indique ce qui suit, à la page 2 : [traduction] «Bell Canada propose que la clause K3002D des CCUA s'applique au document DSS-MAS 9601. Nous avons l'intention d'étudier les possibilités du marché, relativement à cette application, susceptibles d'accroître les occasions d'emploi des Canadiens».

Enfin, en ce qui a trait au document d'assurance des PDC et des PMF, le Ministère a également remarqué que la Proposition financière du plaignant indique ce qui suit, à la page 4 : [traduction] «Si l'une ou

-
10. L'article 70 de la DDP, «Propositions», prévoit, en partie, ce qui suit :

70.2 Propositions recevables

Pour être jugées recevables, les propositions doivent fournir les renseignements suivants :

2. Attestation de conformité portant, paragraphe par paragraphe, sur la DDP et l'Énoncé des travaux.

70.3 Propositions conformes

Pour être jugées conformes, les propositions doivent satisfaire toutes les exigences obligatoires définies comme telles dans le présent document de DDP, y compris toutes les exigences obligatoires définies à l'annexe D dudit document. Toute proposition qui ne démontre pas sa conformité avec les conditions précisées dans la DDP sera jugée non conforme et ne sera pas considérée davantage.

70.4 Évaluation de la proposition

L'évaluation de votre proposition sera fondée uniquement sur le contenu de votre soumission. Toute insuffisance de renseignements dans un domaine entraînera une détermination de non-conformité avec ledit domaine.

Aucune modification de la proposition ne sera acceptée après la date de clôture pour la remise des propositions. Cependant, en cours d'évaluation, [le Ministère] peut, à sa discrétion, organiser des rencontres avec les soumissionnaires pour obtenir des éclaircissements.

Il incombe aux soumissionnaires d'obtenir des éclaircissements sur les besoins contenus dans la présente, s'il y a lieu, avant de remettre leur proposition.

70.5 Attestation de conformité

Le soumissionnaire doit fournir une attestation de conformité, paragraphe par paragraphe, relativement à chaque paragraphe de la présente demande de propositions, y compris ses annexes.

Veillez indiquer, par renvoi à chaque paragraphe, [...] une des réponses suivantes :

- a) «Conforme» ou «Non conforme» à chaque paragraphe qui décrit une exigence à satisfaire. Suffisamment de renseignements doivent être fournis pour indiquer que l'exigence relative à chacun des paragraphes est bien comprise et pour démontrer la manière dont la conformité sera réalisée.

[Traduction]

l'autre de ces options est exercée, nous serions alors entièrement conformes au profil de protection requis à la modification n° 6».

Le 27 septembre 1996, le Ministère a écrit au plaignant pour obtenir des éclaircissements sur quatre points distincts. Le 4 octobre 1996, le plaignant a répondu à la demande du Ministère. Les lettres de réponse portaient, en partie :

[Question]

3) La modification n° 006 de la DDP comprend l'énoncé suivant : «La proposition du soumissionnaire doit inclure, et il s'agit là d'une exigence obligatoire, une attestation provenant de ses sous-traitants responsables de la fourniture des PDC et des PMF qui confirme que, si les options sont exercées, ils fourniront les documents d'assurance (à tout le moins sous forme d'ébauches)». À quel endroit, dans les documents qu'elle a soumis, Bell a-t-elle inclus la ou les attestation(s) requise(s) ? Votre réponse à la présente demande d'éclaircissement devra indiquer à quel volume et à quelle page le renseignement se trouve. Ne fournissez aucune information nouvelle ou supplémentaire. L'information nouvelle ou supplémentaire ne peut être acceptée puisqu'elle constituerait une réparation de la soumission.

[Réponse]

3) Veuillez vous reporter à la Proposition financière, vol. 1, page 4, article 7 «Options» - où il est indiqué que nous, le consortium Bell (comprenant Bell, Harris Corp. et CGI Group Inc.) fournirons les documents d'assurance et les coûts afférents. Veuillez également vous reporter à l'appendice 4 de l'annexe B (EDT [Énoncé des travaux]), article 3.2 PDC, aux pages 117-121, et article 3.3 PMF, aux pages 121-126. Il y est traité de l'homologation technique de la PMF et de la PDC, à savoir la cloison de sécurité CyberGuard utilisée en combinaison avec l'ATM Nexor et l'engin de traduction de messages CommPower. Le produit de base cloison de sécurité CyberGuard, qui commande l'application de la politique de sécurité multiniveaux dans la [PMF] et la PDC fait présentement l'objet d'évaluation au niveau B2 de confiance des Critères d'évaluation des systèmes informatiques de confiance. Les documents d'assurance relatifs au produit existent présentement sous forme d'ébauches, en attendant leur examen par l'équipe d'évaluation. Le MDN est invité à prendre connaissance des documents et des procédés d'assurance sur place aux locaux de CyberGuard, à Fort Lauderdale (Floride).

Les modifications à la base informatique de confiance requises pour recevoir le MMHS PoC sont bien localisées et n'ont qu'une incidence minimale sur le système d'exploitation protégée de base. À ce titre, l'ébauche des documents d'assurance est déjà disponible en ce qui a trait aux PDC et aux PMF.

[Question]

4) La section 5 «Clause K3002D des CCUA», au volume 1, de la proposition de Bell indique : «Bell Canada propose que la clause K3002D des CCUA s'applique au document DSS-MAS 9601 (sic)». Il est demandé à Bell d'éclaircir cette phrase et, plus précisément, d'expliquer ce que signifie le terme «propose». Bell doit aussi expliquer les liens entre cette section de sa proposition et les articles 55.3 et 57 du document de la DDP et les attestations de conformité [de Bell] avec ces articles incluses au volume 3 de sa proposition.

[Réponse]

4) Cet énoncé a été inclus par erreur et il devrait être ignoré. Le terme «propose» devait indiquer la conformité avec la clause K3002D de la CCUA.

[Traduction]

Selon le Ministère, après avoir reçu et examiné les éclaircissements offerts par le plaignant, il a été jugé que sa proposition n'était pas conforme à deux exigences obligatoires de la DDP. En premier lieu, il a été déterminé que la proposition du plaignant entraînait en conflit avec l'exigence obligatoire de la DDP selon laquelle le droit d'auteur sur le matériel appartient à la Couronne. En second lieu, il a été déterminé que la proposition du plaignant n'incluait pas l'attestation obligatoire, relative aux documents d'assurance, en provenance de son sous-traitant responsable de la fourniture des passerelles. L'évaluation technique de la proposition du plaignant n'a donc pas été menée à son terme et n'a pas été un facteur qui a influencé le résultat de l'évaluation de la proposition du plaignant.

Le 6 novembre 1996, le marché a été adjugé à Motorola, le soumissionnaire qui avait présenté la proposition conforme au plus bas prix et le plaignant en a été avisé le 12 novembre 1996.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du plaignant

Dans ses observations sur le RIF, le plaignant maintient sa position que la décision du Ministère de le disqualifier du fait de sa prétendue non-conformité était injuste, contraire aux obligations du gouvernement fédéral aux termes de l'ACI et préjudiciable à l'intégrité d'un système de soumissions concurrentielles.

Le plaignant affirme en premier lieu que le Ministère a concédé dans le RIF que la proposition du plaignant était conforme aux instructions et conditions uniformisées du DSS-MAS 9624.

En second lieu, le plaignant fait valoir qu'il a satisfait les exigences relatives à l'assurance énoncées dans la DDP et que sa soumission était donc pleinement conforme. Il soumet en outre que les passages concernant les exigences relatives à l'assurance dans les modifications de l'invitation à soumissionner sont ambigus et obscurs, et donc contraires au paragraphe 506(6) de l'ACI. En tout état de cause, le plaignant soumet que sa proposition satisfaisait lesdites exigences à tous égards matériels et pratiques. En vérité, le plaignant a fourni au Ministère une certitude supérieure à celle que le Ministère exige maintenant. Quoi qu'il en soit, le plaignant fait valoir que [traduction] «même s'il devait être conclu que les documents relatifs à l'assurance inclus dans la soumission de Bell Canada ne répondaient pas parfaitement à l'esprit de l'une ou l'autre des versions de la DDP qui les exigeait, une nouvelle DDP pour le MMHS PoC aurait [...] dû être publiée», en raison de l'ambiguïté dont étaient frappées les exigences relatives à l'assurance des PDC, de l'importance que le Ministère attachait à la question et du changement apporté aux critères d'évaluation des PDC et des PMF associés aux critères d'évaluation des systèmes informatiques de confiance puis aux normes d'évaluation des critères courants. Enfin, le plaignant soutient que, durant toute la durée du processus de soumission, il agissait et parlait au nom d'un groupe de sociétés, y compris le fournisseur des passerelles, et que le Ministère en était pleinement informé. De fait, à plusieurs reprises dans sa proposition, le plaignant a parlé et pris des engagements au nom du groupe soumissionnaire, qui comprend Bell Canada, CGI Group Inc. et Harris Corporation (le fournisseur des passerelles), de même que de ses fournisseurs de logiciels, à savoir, NEXOR Corporation et CommPower. Le plaignant avait alors donné et reçu des engagements au nom et de la part du groupe.

Plus précisément, le plaignant fait valoir que, à tout le moins, il a démontré sa conformité aux exigences relatives à l'assurance et, de fait, a dépassé l'esprit et l'objet de ces exigences. Le plaignant soumet que la DDP exige que les propositions démontrent la conformité et qu'il l'a fait relativement aux exigences d'assurance en fournissant l'accès au Ministère aux documents relatifs à l'assurance, en offrant de faire une démonstration du procédé des passerelles dans les locaux du sous-traitant responsable pour

les passerelles, en soumissionnant un prix pour les documents relatifs à l'assurance et en confirmant dans sa proposition que les documents disponibles d'assurance étaient conformes aux profils de protection requis. Il ressort manifestement des engagements susmentionnés que le plaignant a pleinement consulté son sous-traitant proposé pour la fourniture des passerelles, quant à la fourniture d'une passerelle d'un haut degré d'assurance et que toutes les parties comprenaient que le besoin portait sur une passerelle d'un haut degré d'assurance.

De plus, le plaignant soutient que ses engagements dans sa proposition ont fourni au Ministère la certitude que non seulement les documents pouvaient être fournis, mais existaient effectivement sous forme d'ébauches, comme en faisait état la DDP. En fait, le plaignant affirme qu'il était en mesure de présenter les ébauches réelles ce qui, fait-il valoir, est beaucoup plus que la simple affirmation qu'il serait possible d'en fournir plus tard. Compte tenu de ce qui précède, le plaignant soumet qu'il [traduction] «croyait, au moment où les documents d'assurance ont été offerts pour examen par [le Ministère] aux locaux des sous-traitants, qu'une attestation selon laquelle de tels documents seraient disponibles plus tard, sous la simple forme d'ébauches, n'était pas nécessaire. Cela allait de soi». Le plaignant soutient en outre que son attestation selon laquelle les documents d'assurance étaient déjà disponibles auprès de son ou ses sous-traitant(s), impliquait la réponse à l'exigence concernant une attestation selon laquelle les ébauches des documents d'assurance seraient disponibles ultérieurement. De plus, le plaignant fait valoir que la soumission d'un prix pour la fourniture des documents d'assurance était une indication claire et suffisante qu'il avait consulté son sous-traitant au sujet du haut degré d'assurance exigé. L'offre d'une démonstration aux locaux du sous-traitant constitue une autre indication à cet égard. Pour conclure sur ce point, le plaignant affirme, en citant la Cour Suprême du Canada¹¹, que «[p]rimauté devrait être accordée au fond sur la forme¹²». En appliquant les mêmes normes et les mêmes principes à l'interprétation des documents de soumission du MMHS PoC, le plaignant avance qu'il [traduction] «a satisfait, et de fait dépassé, l'objet et l'esprit de la politique qui sous-tend l'exigence concernant l'assurance et qu'il ne s'agit que d'une question de forme si les sous-traitants des passerelles n'ont pas eux-mêmes fourni l'attestation». Il soutient que la décision du Ministère de le disqualifier sur ce point est [traduction] «au mieux, l'exploitation d'une question mineure de forme».

Quant à l'ambiguïté des exigences concernant l'assurance énoncées dans la DDP et dans les modifications de l'invitation à soumissionner, le plaignant avance que les modifications n^{os} 003, 005 et 006 de l'invitation ont prêté à confusion, étant donné l'emploi ambigu et incohérent des termes «soumissionnaire» et «entrepreneur», l'exigence pour le sous-traitant de lier le soumissionnaire et les exigences contradictoires sur la question de savoir s'il fallait soumettre des ébauches ou les documents réels. Le plaignant soutient de plus qu'il faut lire les modifications apportées à l'invitation comme un tout, puisque chacune fait partie intégrante des documents d'invitation, et que la lecture de la modification n^o 003 de l'invitation jointe à celle des modifications n^{os} 005 et 006 de ladite invitation, même après coup comme il est possible de le faire aujourd'hui, laisse le lecteur perplexe. En vérité, il est difficile de déterminer si le Ministère voulait les documents d'assurance avant ou après la clôture des soumissions. Ce qui semble clair, cependant, selon le plaignant, c'est que le Ministère était préoccupé du fait que certains soumissionnaires pourraient ne pas pouvoir fournir les documents d'assurance en temps opportun. Cette crainte ne pouvait s'appliquer au cas du plaignant, puisqu'il disposait déjà des documents voulus.

-
11. Voir *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Johns-Manville Canada Inc. c. Sa Majesté la Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; et *Sa Majesté la Reine c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 2 R.C.S. 288.
 12. *Ibid.*, *Québec (Communauté urbaine)* à la p. 4.

Le plaignant avance que la modification n° 006 de l'invitation signifiait en vérité que le Ministère avait décidé de modifier l'exigence concernant la fourniture de documents d'assurance et que ce dernier ne souhaitait dorénavant qu'une soumission du prix pour la fourniture de ces documents s'il devait un jour en faire la demande. Par conséquent, alors que les autres soumissionnaires pourraient ne pas avoir été en mesure de fournir les documents d'assurance dans les délais prévus, le plaignant a déclaré au Ministère que lesdits documents d'assurance étaient disponibles pour examen immédiat.

Enfin, le plaignant soutient que le Ministère a correctement affirmé que les documents d'assurance des passerelles existaient sous forme d'ébauches aux locaux du fournisseur desdites passerelles au moment de l'évaluation des soumissions. Le fait que ce renseignement n'a été porté à l'attention du Ministère que le 4 octobre 1996 dans la lettre contenant les éclaircissements du plaignant n'entre pas en ligne de compte, puisque cette lettre ne contient aucune nouvelle information et ne constitue en aucune façon une révision importante ou une modification de sa proposition. Le plaignant affirme que la lettre d'octobre explique des déclarations déjà contenues dans sa proposition; elle n'entraîne aucun effet néfaste pour les autres soumissionnaires, ne leur porte en rien préjudice et ne modifiait pas le prix de la soumission ni aucun autre élément important de la proposition.

En résumé, le plaignant soutient que le Ministère affirme n'avoir demandé qu'une simple déclaration de quelqu'un selon laquelle des ébauches de documents d'assurance des PDC seraient ultérieurement fournies et finalisées si le Ministère le demandait. De l'avis du plaignant, [traduction] «[u]ne telle déclaration d'intention de produire les documents, s'ils étaient demandés, est bien faible en comparaison de la fourniture réelle des documents, ce qui est précisément ce que Bell Canada a fait. Autrement dit, même s'il pouvait être allégué que la proposition de Bell Canada était non conforme [...], l'argument est absolument sans importance pour le gouvernement et ne représente qu'une victoire d'un détail de forme sur le bon sens».

Position du Ministère

Dans sa réponse à la plainte, spécifiquement, la détermination de non-conformité du fait de la déclaration du plaignant concernant les conditions générales relatives à la propriété des droits d'auteur, le Ministère soutient que les deux agents responsables de l'évaluation des propositions sont arrivés à la conclusion que la demande du plaignant de ne pas tenir compte de la déclaration qu'il avait faite dans sa proposition au sujet de la clause K3002D de la CCUA et du DSS-MAS 9601, constituait une réparation de soumission portant sur une question obligatoire. Cependant, dans le RIF, le Ministère a indiqué qu'il [traduction] «procédait au réexamen de cette position à la lumière d'une pratique émergente» au sein du Ministère, qui consiste à permettre le retrait d'une de deux déclarations contradictoires d'une proposition à titre d'éclaircissement de la position d'un soumissionnaire. Dans les circonstances, il en résulte que le Ministère ne conteste pas l'affirmation du plaignant, selon laquelle ce dernier aurait dû être autorisé à retirer une de deux déclarations contradictoires de sa proposition à titre d'éclaircissement acceptable. Le Ministère accepte donc maintenant que la proposition du plaignant n'aurait pas dû être déclarée non conforme sur ce point.

En ce qui a trait à l'allégation du plaignant au sujet du défaut de fournir des attestations concernant les documents d'assurance, le Ministère soutient que l'exigence que les soumissionnaires incluent dans leur proposition une attestation du sous-traitant chargé de la fourniture des passerelles était explicitement désignée comme une exigence obligatoire dans la DDP. La proposition du plaignant n'incluait pas cette attestation et n'est donc pas conforme à un élément essentiel de la DDP. De plus, le Ministère soutient que, si le plaignant était d'avis que l'exigence concernant les documents relatifs à l'assurance manquait de clarté ou prêtait à confusion, ce dernier a eu l'occasion de communiquer ses préoccupations et oppositions au

Ministère avant la date de clôture pour la remise des soumissions, le 18 septembre 1996. En outre, le Ministère avance qu'il est clair, étant donné le contexte du libellé complet de la modification n° 003 de l'invitation à soumissionner que les éléments de preuve, qui peuvent être présentés par l'entremise de l'entrepreneur ou directement en provenance du vendeur des passerelles, sont les documents d'assurance eux-mêmes.

Le Ministère déclare que l'objet de cette exigence était d'évaluer l'intention du sous-traitant, et non celle de l'entrepreneur principal, relativement à la fourniture de passerelles d'un haut degré d'assurance. En vérité, étant donné la nature du processus d'évaluation et de l'assurance, le Ministère soutient qu'il était d'une importance critique d'établir que le fournisseur véritable des passerelles était disposé à fournir les documents d'assurance et que ce n'était pas seulement l'entrepreneur principal qui prenait cet engagement sans l'appui du concepteur des passerelles.

En ce qui a trait au renvoi du plaignant à l'alinéa 1009(2)b) de l'ALÉNA, le Ministère affirme que cet alinéa ne s'applique pas à la présente affaire. En fait, l'alinéa porte sur la qualification des fournisseurs en vue de leur participation à une procédure de soumission. Le Ministère n'a jamais adopté la position que le plaignant n'avait pas qualité pour participer à l'invitation à soumissionner pour le MMHS PoC, ni celle que la proposition du plaignant était rejetée parce qu'il n'était pas un soumissionnaire qualifié pour le besoin à combler. De plus, le Ministère déclare que l'exigence qui fait l'objet du litige était essentielle, et non pénible ou déraisonnable, comme le démontre le fait que les deux autres soumissionnaires s'y sont conformés. Cette exigence a été imposée pour éviter toute négociation ultérieure au sujet d'une hausse de la rémunération ou des modalités touchant la confidentialité.

Le Ministère avance aussi que la réponse d'éclaircissement du plaignant indique clairement que sa proposition n'incluait pas l'attestation requise. Puisque le Ministère n'avait pas l'intention de négocier avec le plaignant à ce sujet, ni à aucun autre sujet, le Ministère soutient que des communications supplémentaires à cet égard n'étaient pas nécessaires. De plus, le Ministère refuse d'accepter la position du plaignant selon laquelle il aurait dû se voir accorder l'occasion de redresser les lacunes perçues dans sa proposition et il avance que cette position est conforme aux termes de la DDP (articles 70.3 et 70.4), aux décisions antérieures du Tribunal¹³ et aux exigences de l'ACI. Enfin, concernant l'affirmation du plaignant selon laquelle le Ministère ne l'a avisé d'aucune lacune soutenue, le Ministère déclare que la politique habituelle est de ne pas aviser les soumissionnaires non retenus avant l'adjudication du marché. De même, la politique normale du Ministère est de ne pas discuter avec les soumissionnaires de la situation des évaluations en régime de concurrence avant ladite adjudication.

Enfin, le Ministère affirme que la déclaration du plaignant selon laquelle les documents relatifs à l'assurance des passerelles existaient déjà, sous forme d'ébauches aux locaux du fournisseur de passerelles du plaignant, au moment de l'évaluation des soumissions, n'était pas incluse dans la proposition du plaignant; en fait, la déclaration a été fournie séparément par le plaignant dans sa lettre du 4 octobre 1996 en réponse à la demande d'éclaircissement du Ministère. Le plaignant a reçu des directives expresses de ne fournir aucune information nouvelle ou supplémentaire dans sa réponse et a été avisé que toute information de cette nature ne pouvait pas être acceptée par le Ministère, et ne le serait pas, aux fins de l'évaluation des propositions.

13. *Mechron Energy Ltd.*, dossier n° PR-95-001, le 18 août 1995, et *Martin Marietta Canada Ltd.*, dossier n° 94N66T-021-0020, le 20 avril 1995.

En résumé, le Ministère soutient que les propositions ont été évaluées en conformité avec les modalités de la DDP, qui étaient conformes à la politique du Ministère et aux exigences de l'ACI, et, pour ce motif, soumet respectueusement que la plainte doit être rejetée.

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, au terme de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, 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.

Abordant, en premier lieu, la question des modalités et conditions concernant le droit d'auteur, le Tribunal fait observer que le Ministère a indiqué dans le RIF que, en raison de l'émergence d'une pratique qui permet aux soumissionnaires de retirer, à titre d'éclaircissement, une de deux déclarations contradictoires d'une proposition, il est disposé à concéder que, dans le cas présent, la proposition du plaignant n'aurait pas dû être déclarée non conforme sur ce point. De l'avis du Tribunal, puisque le plaignant a retiré de sa proposition la déclaration contraire à l'exigence obligatoire de la DDP et puisque le Ministère accepte le retrait à titre d'éclaircissement de la soumission, la concession faite par le Ministère supprime le motif qui fondait la plainte. Le plaignant a, comme on pouvait s'y attendre, accepté la concession et, étant donné les circonstances, le Tribunal ne poursuivra donc pas l'examen de cette question.

En ce qui a trait aux affirmations du plaignant selon lesquelles il ne s'est pas vu accorder l'occasion de négocier avec le Ministère après qu'il ait fourni des éclaircissements, ni de redresser les lacunes perçues dans sa proposition, et qu'il n'a été avisé d'aucune lacune soutenue dans sa proposition après avoir fourni ses éclaircissements, le Tribunal conclut qu'aucune des actions du Ministère ne constitue une infraction aux exigences procédurales de l'ACI ou à toute autre disposition de la DDP. En vérité, le Ministère n'était aucunement tenu de demander des éclaircissements au plaignant. Cependant, étant donné la complexité de l'exigence ainsi que des propositions élaborées pour la satisfaire, le Tribunal est d'avis que le Ministère a fait preuve de prudence en demandant des éclaircissements. Toutefois, en l'espèce, rien n'obligeait le Ministère à poursuivre des négociations à partir des éclaircissements reçus. Le Tribunal convient également avec le Ministère que, dans ce contexte, le plaignant n'avait pas le droit de remédier aux lacunes contenues dans sa proposition en y apportant des changements importants. En fait, la DDP et la directive transmise au plaignant par le Ministère lorsqu'il a demandé des éclaircissements sur la proposition indiquaient clairement qu'aucune nouvelle information ne serait acceptée si elle constituait une modification importante de la soumission du plaignant. Dans ce contexte, le plaignant aurait dû clairement comprendre, dès le début, qu'il n'aurait pas le droit de modifier sa proposition ni de corriger des lacunes dans sa proposition après la date de clôture pour la remise des soumissions, à moins, évidemment, qu'aucune des propositions reçues ne soit jugée acceptable et que le Ministère ne décide de communiquer avec tous les soumissionnaires pour tenter d'obtenir une proposition acceptable en invitant la présentation d'offres les meilleures et finales. Cependant, tel n'est pas le cas dans la présente affaire. Enfin, le Tribunal est aussi d'avis que l'habitude du Ministère, de ne pas aviser les soumissionnaires non retenus et de ne pas discuter, de la situation des évaluations concurrentielles avec les soumissionnaires avant l'adjudication du marché, est saine et conforme aux exigences de transparence de l'ACI.

La seule autre question que doit trancher le Tribunal consiste à déterminer si le Ministère a agi en conformité avec les dispositions de l'ACI en soutenant que la soumission du plaignant n'était pas conforme parce qu'elle ne satisfaisait pas l'exigence selon laquelle [traduction] «la proposition du soumissionnaire doit

inclure une attestation des sous-traitants [...] pour les PDC et les PMF confirmant que, si les options sont exercées, le sous-traitant fournira les documents relatifs à l'assurance (à tout le moins sous forme d'ébauches)».

L'article 514 de l'ACI indique que les procédures de contestation des offres visent à favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales. Dans ce contexte, le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit expressément, en partie, que «[l]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 et d'évaluation des critères».

Dans sa plainte et dans ses exposés subséquents, le plaignant soutient, relativement à la question susmentionnée : 1) que l'exigence selon laquelle il fallait soumettre une attestation que certains documents d'assurance seraient fournis par le sous-traitant responsable de la fourniture des passerelles n'était pas clairement exprimée dans les modifications de l'invitation à soumissionner; 2) qu'il a démontré sa conformité aux exigences concernant l'assurance et a satisfait à l'esprit et à l'objet de l'exigence; 3) qu'il a néanmoins fourni ladite attestation lorsqu'il a signé sa proposition et soumis des représentations dans cette dernière au nom du consortium de Bell, composé de Bell Canada, Harris Corporation et CGI Group Inc.; 4) que, dans la mesure où une personne pourrait conclure à l'existence de certaines irrégularités quant à la forme de la soumission, en ce qui a trait aux attestations requises concernant l'assurance (le plaignant refuse explicitement d'admettre une telle lacune), ces vices de forme sont des points de détail minimes par rapport à l'important contenu des attestations de l'assurance qu'il a fournies. Le plaignant soumet donc que le Ministère aurait dû déclarer sa proposition conforme sur ce point.

Le Tribunal observe d'abord que la disposition portant sur l'inclusion, dans la proposition des soumissionnaires, d'une attestation ou d'une homologation en provenance des sous-traitants était une exigence «obligatoire absolue» de la DDP au sens de la modification n° 002 de l'invitation à soumissionner qui éclairait, à la question et réponse n° 1, les exigences obligatoires de la DDP¹⁴. Le Tribunal observe

-
14. Q1) Généralités : Il est présumé que toutes les exigences obligatoires énoncées à la Spécification technique et à la Spécification fonctionnelle sont indiquées [dans le texte anglais] par l'emploi du terme «*must*». Toutes les autres exigences (c.-à-d. indiquées par «*will*») sont considérées comme facultatives. Veuillez confirmer.
- R1) Pas tout à fait. En ce qui a trait à l'évaluation des propositions : Aux fins de la détermination de la conformité de la proposition d'un soumissionnaire, seuls les éléments de la DDP et de l'EDT désignés comme exigences obligatoires sont des obligations absolues, c.-à-d. la non-conformité avec l'une d'entre elles entraînant la non-conformité de la proposition et donc son rejet. L'annexe D de la DDP donne une liste des sections de l'EDT et de ses appendices qui contiennent des exigences techniques obligatoires auxquelles il doit être satisfait pour que la proposition du soumissionnaire soit jugée conforme. Dans chaque section indiquée par renvoi, les termes «*must*», «*shall*», «*will*» et «*is to*» (veuillez noter que «*will*» est inclus dans ce groupe) indiquent les exigences obligatoires énoncées à ladite section; les exigences souhaitables, mais qui ne sont pas des obligations absolues, sont désignées par les termes «*should*» ou «*desirable*». De plus, la DDP contient nombre d'autres exigences obligatoires auxquelles il doit être satisfait dans la proposition pour que cette dernière soit jugée conforme. Les exigences essentielles sont explicitement précisées par l'inclusion de l'expression «... *is a mandatory requirement...*» ou «*it is mandatory that...*». Dans le document portant sur les modalités et conditions de la DDP, plusieurs des énoncés contenant les mots «*shall*», «*must*» et «*will*» indiquent une information requise pour que la soumission soit évaluée correctement, p. ex. «La proposition doit décrire les entités corporatives du soumissionnaire [...]».

[Traduction]

également que le plaignant a aussi été informé, à l'article 70.3 de la DDP, de l'importance des critères obligatoires et des graves conséquences pour sa proposition s'il omettait de satisfaire ne fût-ce qu'une de ces exigences essentielles. Dans sa proposition, le plaignant a indiqué qu'il avait pris note de ces dispositions et qu'il les comprenait.

Le Tribunal a examiné avec soin l'évolution, dans les modifications apportées à l'invitation à soumissionner, de l'exigence selon laquelle un sous-traitant responsable pour les passerelles doit fournir, en tant que partie de la proposition d'un soumissionnaire, une attestation concernant certains documents d'assurance et conclut que ladite exigence a été clairement énoncée dans les modifications de l'invitation. Plus précisément, le Tribunal est d'avis que la question et réponse 3C) de la modification n° 005 de l'invitation à soumissionner énonce clairement et avec précision le fait que la lettre d'attestation doit être soumise par le sous-traitant responsable pour les passerelles¹⁵. La même exigence est réitérée clairement et avec précision à l'avant-dernier paragraphe de la modification n° 006 de l'invitation, qui indique, en partie, que [traduction] «[l']inclusion d'une attestation en provenance de ses sous-traitant(s) responsables pour les PDC et les PMF, dans la proposition du soumissionnaire est une exigence obligatoire». Le Tribunal ne voit pas comment le Ministère aurait pu exprimer plus clairement cette exigence.

Il est vrai que l'exigence concernant la fourniture des documents d'assurance comme tels, par opposition à la remise par les sous-traitants, d'une déclaration ou d'une attestation que de tels documents seraient remis, a subi des modifications importantes durant le processus de soumission, à la fois quant à sa teneur et quant au moment qu'elle prescrit. Cependant, les modifications n'ont rien d'étonnant ni d'incorrect. Le Ministère les a apportées d'une manière transparente, tous les soumissionnaires potentiels étant informés des modifications et se voyant donner l'occasion et le temps d'adapter leur proposition en conséquence. Par ailleurs, aucun soumissionnaire n'a soulevé de question d'éclaircissement sur ce point après que le Ministère ait publié la modification n° 006 de l'invitation le 4 septembre 1996, soit environ 14 jours avant la date de clôture pour la remise des soumissions.

Le plaignant allègue que la lecture de toutes les modifications de l'invitation, prises globalement comme il se doit, lui a fait croire, à bon droit, que le besoin de ladite attestation n'était guère importante, étant donné qu'il était en mesure d'offrir et, de fait, offrait dans sa proposition des attestations supérieures à celles qui seraient données s'il satisfaisait l'exigence explicite portant sur ladite déclaration ou attestation. À cet égard, le Tribunal fait observer que les soumissionnaires n'ont pas le loisir d'interpréter l'importance des critères obligatoires dans la DDP de sorte à les transformer en critères souhaitables. Le plaignant, de sa propre initiative, a apparemment choisi cette ligne de conduite risquée.

-
15. Quelle est la nature de la lettre que les sous-traitants responsables pour les passerelles doivent fournir dans le cadre de la proposition ? Cette lettre énonce-t-elle l'intention de satisfaire à l'exigence des profils de protection en cours du programme MMHS PoC? Ou alors, en cours du programme [...] MMHS? Si tel est le cas, les deux profils de protection seront-ils remis la semaine prochaine afin de laisser amplement le temps de discuter d'une telle lettre avec les sous-traitants potentiels ?

[...]

La lettre des sous-traitants responsables pour les passerelles est une attestation que les documents relatifs à l'assurance (à tout le moins sous forme d'ébauches) seront remis au MDN à titre d'élément de preuve de l'intention des sous-traitants responsables pour les passerelles de produire ou de fournir une passerelle d'un degré élevé d'assurance. Aucun engagement n'est sollicité quant au moment de l'évaluation ou de l'examen du degré d'assurance de la passerelle.

[Traduction]

En ce qui a trait à l'argument du plaignant selon lequel il a satisfait à l'esprit et à l'objet de cette exigence obligatoire, le Tribunal fait observer que cet argument est principalement articulé autour de la proposition que le plaignant était investi du pouvoir d'agir et de parler au nom des sous-traitants, responsables pour les passerelles et qu'il a, dans sa proposition, répondu au fond des exigences de la disposition en litige. Les paragraphes suivants traitent de ces deux propositions.

En ce qui a trait à la proposition du plaignant selon laquelle il a fourni ladite déclaration ou attestation lorsqu'il a signé sa proposition, puisqu'il agissait et parlait au nom du consortium, y compris les sous-traitants responsables pour les passerelles, le Tribunal est convaincu que le plaignant est l'entrepreneur principal, et a agi comme tel, et que les autres membres de l'équipe du plaignant étaient des sous-traitants. Le plaignant l'a clairement exprimé dans sa proposition lorsque, après avoir indiqué qu'il ne s'agissait pas d'une entreprise conjointe, il a affirmé positivement, en réponse à la disposition 69.4a) : [traduction] «Bell Canada est l'entrepreneur principal et recourt à des ententes de sous-traitance». De même, le plaignant a confirmé, dans son exposé auprès du Tribunal daté du 21 janvier 1997, qu'il ne fournirait pas les PDC ni les PMF. Plus précisément, il a déclaré : [traduction] «Bell Canada a clairement désigné à l'intention du gouvernement l'identité des membres du groupe soumissionnaire pour le MMHS PoC, à savoir Bell Canada, CGI Group Inc. et Harris Corporation (le fournisseur des passerelles), ainsi que ses fournisseurs de logiciels, à savoir NEXOR Corporation et CommPower». (Soulignement ajouté) Ayant établi que le plaignant fera appel à un sous-traitant pour fournir les passerelles et ayant aussi établi que le plaignant lui-même, et lui seul, est l'entrepreneur principal, le Tribunal détermine que, lorsque le plaignant a signé sa proposition, il n'a pas, ce faisant, satisfait à l'exigence que les sous-traitants responsables pour les passerelles fournissent une attestation ou déclaration en tant que partie de la proposition de l'entrepreneur. Le Tribunal n'est donc pas convaincu que le plaignant pouvait agir et parler au nom des sous-traitants aux fins de la fourniture d'une attestation ou déclaration en provenance des sous-traitants responsables des passerelles, étant une exigence obligatoire de la présente DDP.

Enfin, en ce qui a trait à la proposition du plaignant selon laquelle il a démontré dans sa proposition qu'il était conforme aux exigences de fond de la disposition en litige, le Tribunal détermine que, indépendamment du poids qu'un tel argument pourrait avoir dans la détermination d'une décision, cette affirmation ne concorde pas avec les faits de l'affaire. En vérité, le Tribunal observe que, sur les quatre éléments avancés par le plaignant à l'appui de sa proposition, à savoir, 1) que le Ministère a obtenu l'accès aux documents relatifs à l'assurance dans la proposition du plaignant, 2) que le Ministère a reçu dans la proposition l'offre d'une démonstration du processus de la PDC aux locaux du sous-traitant responsable pour les passerelles, 3) que le plaignant a soumis un prix pour la remise des documents d'assurance dans sa proposition et 4) que le plaignant a dû confirmer dans sa proposition que les documents disponibles relatifs à l'assurance étaient conformes avec les profils de protection requis, seuls les éléments 3) et 4) faisaient partie intégrante de la proposition du plaignant à la date de clôture pour la remise des soumissions. Le plaignant a introduit pour la première fois les éléments 1) et 2) le 4 octobre 1996 dans sa réponse à une demande d'éclaircissement. Le plaignant conteste que les éléments susmentionnés constituent des renseignements de fond. Cependant, de l'avis du Tribunal, le fait que le plaignant lui-même ait proposé que ces éléments d'information soient considérés comme des éléments clés de son argument portant sur la «primauté [...] accordée au fond sur la forme» appuie l'opinion du Tribunal que ces deux éléments d'information sont nouveaux et constituent une révision importante ou un changement de la proposition. Pour ces raisons mêmes, ces éléments d'information ne peuvent être considérés comme des éclaircissements et, par conséquent, ne peuvent être acceptés comme faisant partie intégrante de la proposition telle qu'elle avait été soumise par le plaignant à la date de clôture pour la remise des soumissions. L'examen par le Tribunal de ces importants éléments d'information comme s'ils faisaient partie de la proposition du plaignant équivaldrait à cautionner quelque chose qui, aux termes de la présente DDP et des modifications apportées

à l'invitation à soumissionner, est clairement interdit. Sans se prononcer sur le fond de l'argument dans les circonstances présentes, le Tribunal fait observer que, en l'absence de ces deux éléments d'information, l'argument du plaignant quant à la «primauté [...] accordée au fond sur la forme» n'est plus fondé. Par conséquent, le Tribunal n'est pas convaincu que le plaignant, dans sa proposition telle qu'il l'a soumise et précisée par voie d'éclaircissements, a démontré qu'il se conformait à l'exigence obligatoire qui fait l'objet du présent litige.

Compte tenu des motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que le Ministère a correctement déclaré que la soumission du plaignant n'était pas conforme parce qu'elle ne satisfaisait pas une exigence obligatoire de la DDP. Le Ministère est arrivé à cette décision d'une manière impartiale, équitable et transparente et s'est appuyé, ce faisant, sur les critères d'évaluation et les facteurs de pondération qui avaient clairement été établis dans les documents d'invitation à soumissionner.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Compte tenu des explications qui précèdent, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que le marché public a été passé conformément à l'ACI et que, par conséquent, la plainte n'est pas fondée.

Robert C. Coates, c.r.

Robert C. Coates, c.r.

Membre