

Ottawa, le lundi 7 décembre 1998

Dossier n° : PR-98-023

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

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.

Raynald Guay

Raynald Guay

Membre

Susanne Grimes

Susanne Grimes

Secrétaire intérimaire

Date de la décision : Le 7 décembre 1998

Membre du Tribunal : Raynald Guay

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Joël J. Robichaud

Plaignante : Marcomm Fibre Optics Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le lundi 7 décembre 1998

Dossier n° : PR-98-023

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

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 24 septembre 1998, la société Marcomm Fibre Optics Inc. (Marcomm) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE) à l'égard du marché public (numéro d'invitation 21120-8-4076/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) pour le Service correctionnel du Canada (le SCC) portant sur la conception, la fourniture, l'installation et l'essai du poste principal de commande et de contrôle (le PPCC) dans le cadre d'un projet de modernisation d'un système périmétrique de détection des intrusions (le SPDI) à l'établissement Mountain², Agassiz (Colombie-Britannique).

Marcomm a allégué que le Ministère a adjugé un contrat à la société Senstar-Stellar Corporation (Senstar-Stellar) même si Marcomm était le soumissionnaire conforme moins-disant. Cela, selon Marcomm, est contraire aux dispositions des alinéas 1015(4)c) et d) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ (l'ALÉNA)⁴.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Établissement correctionnel fédéral en cours de réaménagement en vue de son agrandissement et du relèvement de son classement intégral au niveau de sécurité « moyen » en conformité avec les normes établies pour les établissements du SCC. La rénovation des installations et le rehaussement du niveau de sécurité signifient que des délinquants plus dangereux seront détenus à l'établissement Mountain et que la capacité de l'établissement, en termes de la taille de la population carcérale, sera augmentée considérablement. Il est donc absolument nécessaire d'améliorer les systèmes de sécurité de l'établissement, y compris le SPDI, pour des raisons de sécurité et de protection de la population, des détenus et du personnel. L'invitation à soumissionner porte sur l'installation de logiciels et d'équipement d'un fort degré de spécialisation liés à l'intégration de l'unité d'intégration du SPDI au PPCC. Elle porte aussi sur l'installation de l'unité d'intégration du système d'indication d'alarme de l'installation dans le PPPC.
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. La plainte de Marcomm a, par erreur, renvoyé à l'article 1014 de l'ALÉNA.

Marcomm a demandé, à titre de mesure corrective, que le marché public afférent à l'invitation à soumissionner en question lui soit adjugé; elle a aussi demandé de recevoir le remboursement des coûts qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte. Elle a de plus demandé que la clause « homologation de type⁵ », relative au type de biens et services en question, ne soit pas appliquée d'ici à ce qu'un processus officiel d'« homologation de type » ait été élaboré et mis en œuvre d'une manière qui permette à tous les soumissionnaires éventuels à un marché public de faire concurrence dans le cadre de règles équitables.

Le 29 septembre 1998, 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*⁶ (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et, en conformité avec l'article 30.13 de la Loi sur le TCCE, a décidé d'ouvrir une enquête. Le 2 novembre 1998, le Ministère a déposé un rapport de l'institution fédérale (le RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁷. Le 10 novembre 1998, Marcomm a déposé auprès du Tribunal ses observations sur le RIF.

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 statué sur la plainte à partir des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Un avis de projet de marché relatif au marché en question a été diffusé par l'entremise du Service électronique d'appel d'offres canadien (MERX) et de *Marchés publics*. Il a été précisé que le besoin était, notamment, assujéti à l'ALÉNA.

La demande de propositions (DP) relative au marché public en question comprenait, notamment, ce qui suit :

4. ÉCART AUX DOCUMENTS APPLICABLES

Les mentions de l'expression « homologation de type » dans les documents pertinents - Énoncé de travail, spécifications et normes - comprises dans l'Énoncé des exigences techniques ne s'appliquent pas au présent besoin.

[Traduction]

L'article 32.3 de la DP, « Proposition technique », précise que le soumissionnaire doit détailler dans sa réponse technique la façon dont il entend répondre aux exigences requises dans les spécifications, et plus précisément aux exigences fixées dans l'Énoncé des exigences techniques (l'ÉET) et dans les critères

-
5. S'entend d'un processus où les produits sont soumis à un essai formel complet et à un programme d'évaluation dans le but de garantir leur conformité aux normes de l'équipement du SCC ou leur convenance à un environnement opérationnel du SCC. Au moment de la publication de l'invitation à soumissionner, le SCC n'avait pas de processus officiel d'« homologation de type » pour les biens et services demandés.
 6. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.
 7. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.

d'évaluation à l'appendice « C » de la DP où des renseignements précis sont demandés. L'article 33, « Évaluation des propositions », prévoit que l'évaluation des propositions sera fondée uniquement sur le contenu de la soumission. Le Ministère se réserve cependant le droit de demander des éclaircissements par écrit. L'article 35 prévoit que les soumissionnaires doivent participer à une visite des installations et à la réunion de soumissionnaires prévues le 7 juillet 1998.

L'article 1.2 de l'ÉET décrit les tâches spécifiques que l'entrepreneur devra exécuter et indique que l'ÉET doit être interprété à la lumière des spécifications applicables énumérées à l'article 2.1.1 de l'ÉET. L'article 4.2.2 prévoit, notamment, que l'entrepreneur devra exécuter les adaptations nécessaires en conformité avec les exigences énoncées dans la spécification ES/SPEC-0005⁸. L'article 3.2.3 de la spécification ES/SPEC-0005 précise, notamment, que « [l]a console d'intégration du PPCC doit correspondre à une configuration de logiciel et de matériel pleinement redondante^[9] et comprendre deux (2) contrôleurs et deux (2) périphériques interactifs [unités d'affichage vidéo] capables de résister à une panne complète du contrôleur sans affecter le fonctionnement du SPDI, du [système d'indication d'alarme de l'installation] ou de tout autre système intégré » [traduction].

L'article A.1 de l'appendice « C » de la DP « Critères d'évaluation des soumissions », indique que la conformité avec les spécifications techniques est une condition obligatoire. Au cours de la réunion des soumissionnaires et de la visite des installations, le Ministère et le SCC, après avoir informé les participants de l'annulation de l'exigence afférente à l'« homologation de type » dans le cadre de l'invitation à soumissionner, ont indiqué que des éclaircissements seraient compris dans le procès-verbal de la visite des installations et de la réunion de soumissionnaires, et feraient partie de la DP relativement à cette condition obligatoire. Le procès-verbal, distribué à tous les participants le 16 juillet 1998, comprend, notamment, ce qui suit :

HOMOLOGATION DE TYPE :

Ce qui suit a fait l'objet de discussions et a été accepté par le[...] SCC et [le Ministère].

Modifier la clause portant sur l'homologation de type ainsi qu'il suit;

Puisque que [le SCC] n'a pas encore finalisé de liste de matériel et d'équipement aux fins de l'« homologation de type », la condition portant sur l'homologation sera annulée. La Couronne se réserve toutefois le droit d'accepter ou de rejeter tout système ou équipement en fonction des critères suivants :

- a. Il doit être démontré que le système ou l'équipement fonctionne dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada.
- b. La Couronne a accès à des renseignements qui indiquent le rendement insuffisant du système ou de l'équipement proposé dans des applications similaires; ou une consultation auprès d'autres professionnels du domaine de la sécurité révèle que des lacunes majeures entachent le système ou l'équipement proposé.

[Traduction]

La modification n° 002 de la DP, datée du 20 juillet 1998, comprend aussi le passage ci-dessus.

-
8. Spécification d'ingénierie électronique pour l'intégration des systèmes électroniques au poste principal de communication et de contrôle dans les établissements correctionnels fédéraux.
 9. Capacité d'exécuter toutes les fonctions d'un autre processeur en cas de défaut de fonctionnement ou de panne.

Trois propositions ont été reçues en réponse à l'invitation à soumissionner, avant le 5 août 1998, y compris une proposition de Marcomm et une de Senstar-Stellar. Le 7 août 1998, les trois propositions techniques ont été remises à l'autorité technique du SCC aux fins d'évaluation.

Le 25 août 1998, le SCC a informé le Ministère que, notamment, la proposition de Marcomm avait été jugée non conforme étant donné qu'il n'avait pas été démontré que le système de l'unité d'intégration du SPDI (UIS) qu'elle proposait fonctionnait dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada.

Le 9 septembre 1998, le Ministère a écrit au SCC pour lui demander des renseignements supplémentaires à l'appui de la décision du SCC d'exclure la proposition de Marcomm. Dans une lettre datée du 14 septembre 1998, le SCC a répondu, notamment, ce qui suit :

Veillez prendre note que, **compte dûment tenu de la sécurité et de la protection** des détenus, du personnel et de la population en général, il est **absolument essentiel** que nous fournissions un **système périmétrique de surveillance de la sécurité**, analogue à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada **où sont gardées des personnes incarcérées**. Par conséquent, la « similarité » susmentionnée ne peut s'apparenter à celle d'un établissement commercial ou industriel ou d'un autre établissement public (par exemple le Sénat du Canada).

Veillez prendre note que l'unité d'intégration du SPDI (l'UIS) est le cœur du système opérationnel du SPDI. Par conséquent, pour des raisons de sécurité personnelle et de fiabilité, nous estimons qu'il ne conviendrait pas d'installer un système d'UIS qui n'a pas fait ses preuves dans un établissement correctionnel fédéral, avant qu'un tel système n'ait été pleinement mis à l'essai ou qu'il n'ait été démontré qu'il répond, en termes d'équivalence, à l'homologation de type.

[Traduction]

Le 16 septembre 1998, le marché a été adjugé à Senstar-Stellar, l'entreprise qui avait présenté la seule proposition jugée conforme par le SCC.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position de Marcomm

Marcomm a soutenu que l'interprétation énoncée dans le RIF n'est pas la condition incluse dans la modification n° 002 de la DP. Elle a de plus soutenu ne pas avoir eu l'intention de fournir de renvois à l'équipement proposé en tant que système équivalent à une unité d'intégration, mais plutôt de fournir des renvois démontrant que l'équipement proposé avait fait ses preuves en termes de fonctionnement dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada ainsi que le prévoyait la division 4 a) de la modification n° 002.

En ce qui concerne l'affirmation de Marcomm selon laquelle un système ou équipement jugé conforme à l'ÉET, aux normes du SCC, aux spécifications de fonctionnement et aux conditions énoncées dans les critères supplémentaires d'évaluation serait réputé pleinement conforme, Marcomm a concédé qu'il se peut que ce ne soit pas là les termes exacts utilisés par le Ministère lors des discussions tenues dans le cadre de la visite des installations. Marcomm, cependant, est d'avis que telle devait nécessairement être l'intention du Ministère dans les circonstances, étant donné que, jusqu'à ce moment, le logiciel d'un seul fabricant avait été installé dans un établissement du SCC pour servir en tant que partie d'un système d'UIS

et que l'interprétation restrictive de la modification n° 002 de la DP que proposait maintenant le Ministère équivaldrait à l'attribution d'un marché à fournisseur exclusif.

Pour les raisons susmentionnées, Marcomm a réitéré que sa réponse à l'invitation à soumissionner est pleinement conforme aux critères spécifiques d'évaluation énoncés dans la DP.

Position du Ministère

Le Ministère a soutenu qu'il a correctement évalué la proposition de Marcomm en fonction des renseignements soumis et a appliqué équitablement les critères d'évaluation et de sélection énoncés dans la DP. Le Ministère a soutenu qu'il incombe au soumissionnaire de fournir suffisamment de renseignements dans sa proposition pour en permettre l'évaluation. Le SCC a interprété la modification n° 002 de la DP portant sur l'« homologation de type » comme signifiant que : 1) le système ou l'équipement proposé doit avoir été mis à l'essai dans un environnement où les exigences de sécurité sont très élevées (par exemple, un établissement correctionnel ou un établissement psychiatrique logeant des patients dangereux), comportant des niveaux et des types multiples de sécurité et de systèmes d'alarme; 2) le système ou l'équipement indiqué par renvoi comme ayant été mis à l'essai dans un environnement opérationnel similaire doit être un système comprenant une UIS. Le Ministère a soutenu que Marcomm tente d'obtenir que le Tribunal remplace l'interprétation du SCC par celle de Marcomm et voudrait que le SCC risque de compromettre la sécurité et la protection de la population, du personnel et des détenus.

Le Ministère a soutenu que la probabilité de situations explosives et de circonstances concurrentes qui déclencheraient simultanément diverses alarmes des systèmes internes et périmétriques de sécurité dans un établissement correctionnel rend la comparaison avec une installation gouvernementale sécurisée, par exemple le Sénat, peu utile en pratique. Par conséquent, la condition énoncée dans la division 4 a) de la modification n° 2 de la DP signifie nécessairement que le système ou l'équipement proposé doit avoir été mis à l'essai dans un environnement où les exigences de sécurité sont très élevées (par exemple un établissement correctionnel ou un établissement psychiatrique logeant des patients dangereux), comprenant des niveaux et des types multiples de sécurité et de systèmes d'alarme et que le système ou l'équipement proposé doit être un système comprenant une UIS.

À cet égard, le Ministère a soutenu que les systèmes proposés par Marcomm ne répondaient pas aux critères pour les motifs suivants : 1) le système Dynatrol installé à l'établissement de Drumheller comprend le système de « secours automatique » qui ne traite pas les alarmes et qui n'est pas destiné à traiter, à intégrer et à prioriser les alarmes multifonctionnelles; 2) le système Dynatrol à l'établissement Fenbrook est un système à processeur unique qui n'a aucunement le caractère de redondance requis pour l'UIS et qui ne peut être considéré comme unité d'intégration; 3) le système Dynatrol installé au Sénat n'est pas doté du niveau de redondance requis pour une unité d'intégration dans un établissement correctionnel fédéral du Canada et le Sénat n'est pas un environnement hautement sécurisé où l'on s'occupe d'individus dangereux et où il existe une probabilité de situations explosives et de circonstances concurrentes qui pourraient déclencher simultanément diverses alarmes; 4) le système Dynatrol destiné au pénitencier de Dorchester était en voie d'installation au moment de la soumission et ne pouvait donc pas être évalué comme étant un système ou équipement qui « avait fait ses preuves » dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada, et le système n'est ni conçu initialement ni configuré avec les caractéristiques requises en termes de redondance et de biprocesseur.

Enfin, le Ministère a soutenu qu'il n'y a pas eu de discussion le 7 juillet 1998 relativement au fait que l'« équipement qui n'avait pas encore été installé dans une configuration de système d'UIS du SCC mais était conforme à l'ÉET, aux normes du SCC et aux spécifications de fonctionnement » serait acceptable et automatiquement réputé pleinement conforme aux fins du critère d'évaluation qui remplaçait la clause portant sur l'« homologation de type » et que les soumissionnaires n'avaient pas soulevé de question à cet égard durant le délai de soumission.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Les alinéas 1015(4)a), c) et d) de l'ALÉNA prévoient qu'une entité adjurera les marchés conformément aux procédures suivantes :

- 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;
- c) sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité l'adjugera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres;
- d) l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

Le Tribunal doit déterminer si le Ministère a agi en conformité avec les dispositions susmentionnées lorsqu'il a jugé la proposition de Marcomm non conforme parce qu'il n'avait pas été démontré que l'UIS qu'elle proposait fonctionnait dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada et lorsqu'il a adjugé un marché pour le besoin à Senstar-Stellar.

Il ressort manifestement des éléments de preuve que, aux fins de l'invitation à soumissionner en question, le Ministère a annulé la clause « homologation de type » et l'a remplacée, en partie, par ce qui suit :

La Couronne se réserve, toutefois, le droit d'accepter ou de rejeter tout système ou équipement en fonction des critères suivants;

- a. Il doit être démontré que le système ou l'équipement fonctionne dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada.

[Traduction]

Il est également manifeste que la condition ci-dessus est une condition obligatoire et essentielle de la DP et que le défaut de satisfaire à cette seule condition suffit pour rendre une proposition non conforme.

Marcomm a soutenu que son offre est conforme, puisque l'équipement qu'elle a proposé répond à toutes les spécifications de fonctionnement et aux normes du SCC. Un tel état des choses a été démontré par le fait que le Ministère n'a indiqué aucun écart de la norme applicable dans sa lettre du 17 septembre 1998, qui énonçait les motifs pour lesquels la proposition de Marcomm a été jugée non conforme et par le fait qu'il avait été démontré que l'équipement proposé par Marcomm fonctionnait dans plusieurs établissements correctionnels du gouvernement fédéral, ainsi qu'au Sénat, un environnement, selon Marcomm, similaire sur le plan de son fonctionnement même si l'établissement n'est pas physiquement similaire à un établissement correctionnel.

Le Tribunal fait observer que le RIF traite en profondeur du défaut de Marcomm d'offrir un système doté d'une « pleine redondance », une condition obligatoire de la spécification obligatoire ES/SPEC-0005. Le Tribunal, cependant, prend également note que Marcomm déclare à raison que la lettre du 17 septembre 1998 du Ministère est pour l'essentiel fondée sur le défaut de Marcomm de documenter, dans sa proposition, un système ou un équipement ayant fait ses preuves dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada. Le Tribunal prend également note que Marcomm n'a pas du tout fait mention de la question de redondance dans ses observations sur le RIF. Pour statuer sur cette affaire, cependant, le Tribunal décidera, d'abord et avant tout, si le Ministère a agi d'une façon raisonnable lorsqu'il a déterminé que le Sénat ne constitue pas un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada au sens de la division 4 a) de la modification n° 002 de la DP.

Le Tribunal est convaincu que la division 4 a) de la modification n° 002 de la DP prévoit clairement qu'il doit être démontré que le système ou l'équipement proposé fonctionne dans un environnement principalement destiné à détenir des individus, qu'il s'agisse de détenus ou, comme l'indique le Ministère, des malades mentaux dangereux ou d'autres individus du même genre. Le Tribunal est convaincu qu'une telle interprétation, en l'espèce, définit d'une façon raisonnable le mot « similaire ». Le Tribunal est aussi convaincu qu'il était raisonnable de conclure, comme le Ministère et le SCC l'ont fait, que la proposition de Marcomm n'avait pas démontré que le système ou l'équipement proposé avait fait ses preuves dans un environnement similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que le Ministère et le SCC ont agi en conformité avec les dispositions de l'alinéa 1015(4)a) de l'ALÉNA lorsqu'ils ont déclaré la proposition de Marcomm non conforme.

Selon le Tribunal, il aurait été possible aux soumissionnaires de documenter, dans leur proposition, un système ou un équipement ayant fait ses preuves dans un environnement opérationnel autre que celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada, dont l'objet premier aurait été de confiner des individus dangereux et, de ce fait, le Tribunal est convaincu que la condition du Ministère portant sur la démonstration dans un environnement opérationnel similaire à celui d'un établissement correctionnel fédéral du Canada n'est pas une condition déguisée visant l'attribution du marché à un fournisseur exclusif.

Finalement, le Tribunal, est d'avis qu'une clause d'« homologation de type » devrait servir lorsqu'un processus formel d'« homologation de type » existe, permettant ainsi aux soumissionnaires éventuels de faire concurrence dans le cadre de règles équitables.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que le marché public a été passé en conformité avec les dispositions de l'ALÉNA et que, par conséquent, la plainte n'est pas fondée.

Raynald Guay

Raynald Guay

Membre