

Ottawa, le jeudi 3 décembre 1998

Dossier n° : PR-98-025

EU ÉGARD À une plainte déposée par M.D. Heat Techs 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 3 décembre 1998

Membre du Tribunal : Raynald Guay

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Gilles B. Legault

Plaignant : M.D. Heat Techs Inc.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le jeudi 3 décembre 1998

Dossier n° : PR-98-025

EU ÉGARD À une plainte déposée par M.D. Heat Techs 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*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

INTRODUCTION

Le 28 septembre 1998, M.D. Heat Techs Inc. (M.D. Heat) 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 passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère), pour le compte du ministère de la Défense nationale (MDN), portant sur la prestation de services d'entretien, d'inspection, de réparation et de maintenance annuelle des systèmes de chauffage situés dans 27 bâtiments de l'Unité de soutien des Forces canadiennes Ottawa et de ses emplacements secondaires (numéro d'invitation W-5834-8-0804/A).

M.D. Heat a allégué que, en déclarant son offre non conforme parce qu'elle ne répondait pas à la condition obligatoire 1b) de la demande de propositions (DP), « Expérience pertinente de l'entreprise », le Ministère, contrairement aux dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*² (l'ACI), a incorrectement appliqué les critères d'évaluation de la DP ou les a appliqués d'une manière discriminatoire.

M.D. Heat a demandé, à titre de mesure corrective, que le contrat adjugé à Prop-Air soit résilié et lui soit adjugé. À défaut de cela, elle a demandé de recevoir une indemnisation au montant de 125 000 \$, établie selon la valeur globale du marché (150 000 \$) supposée par M.D. Heat, moins la valeur estimée de ses dépenses de fonctionnement.

Le 30 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*³ (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'enquêter sur l'affaire. Le 27 octobre 1998, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du*

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.
3. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.

*commerce extérieur*⁴. Le 10 novembre 1998, M.D. Heat a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 19 novembre 1998, le Ministère a avisé le Tribunal, par écrit, qu'il était disposé à verser à M.D. Heat la somme de 400 \$, soit le montant que cette dernière a réclamé pour les frais engagés relativement à sa constitution en personne morale.

Les renseignements au dossier permettant 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

Le 1^{er} mai 1998, le Ministère a diffusé un avis de projet de marché relatif au besoin par l'entremise du Service électronique d'appel d'offres canadien (MERX), avis qui a été décrit en détail dans une DP.

La condition obligatoire 1b), « Expérience pertinente de l'entreprise », de la DP indique ce qui suit :

Le soumissionnaire doit avoir une expérience pertinente de l'exécution de projets de taille, de portée et de complexité similaires. Il doit décrire au moins trois (3) projets, récemment terminés ou en cours, en donnant l'information suivante :

- nom, titres et numéro de téléphone/de télécopieur du client;
- portée du projet;
- durée du projet, y compris la date du début et de la fin des travaux;
- valeur du projet;
- noms, titres et numéros de téléphone des références d'affaires (les références pourraient faire l'objet de vérification).

L'INFORMATION SUSMENTIONNÉE DOIT ÊTRE INCLUSE AVEC VOTRE SOUMISSION. SI ELLE NE L'EST PAS, IL EST OBLIGATOIRE QUE VOUS LA SOUMETTIEZ DANS LES DEUX (2) JOURS OUVRABLES SUIVANT UNE DEMANDE ÉCRITE EN CE SENS.

[Traduction]

Cinq propositions ont été soumises, y compris celle de M.D. Heat, qui, au moment de la comparaison des prix, était la proposition la moins-disante. Selon le Ministère, le 21 mai 1998, le Ministère a reçu des renseignements concernant un conflit d'intérêts possible afférent à la proposition de M.D. Heat. Le Ministère a informé M.D. Heat de la question et l'a renvoyée à l'agent désigné du MDN. Ce dernier a examiné l'affaire et, dans une lettre du 6 juillet 1998, a avisé le Ministère de l'existence de possibilités de conflit d'intérêts dans la proposition de M.D. Heat, mais a ajouté que sa décision n'était pas définitive. Afin de disposer d'un délai suffisant pour régler la question de conflit d'intérêts possible et pour permettre au Ministère de déterminer l'admissibilité de la proposition de M.D. Heat, le Ministère a demandé aux soumissionnaires, qui lui ont tous fait parvenir une confirmation de leur acceptation, de prolonger la période de soumission de 60 jours prévue dans la DP jusqu'au 30 septembre 1998.

Le 20 juillet 1998, après avoir poussé plus loin l'enquête et l'examen de la question, l'agent désigné du MDN a avisé le Ministère qu'il était convaincu de l'absence de situation de conflit d'intérêts réel ou

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

potentiel dans le cas de M.D. Heat. Par conséquent, la proposition de M.D. Heat a été jugée recevable et le Ministère a repris la procédure d'évaluation.

Le 5 août 1998, le Ministère a demandé à M.D. Heat de fournir les documents requis se rapportant à la condition obligatoire 1b) de la DP. Plus précisément, le Ministère a demandé à M.D. Heat de lui communiquer les détails requis concernant au moins trois projets, récemment terminés ou en cours.

Le 6 août 1998, M.D. Heat a répondu, notamment, ce qui suit :

Bien que nous ayons procédé à l'exécution de travaux d'installation de plusieurs petites fournaies et offert diverses consultations, nous n'avons aucune référence relative à des marchés de la portée requise dans la DP. (Soulignement ajouté)

[Traduction]

La réponse indiquait de plus, notamment, ce qui suit :

Nous nous sommes débattus pour réussir à être acceptés en vue du marché, et nous nous débattons une fois encore parce que nous ne pouvons fournir trois références d'une portée correspondante à ce marché. (Soulignement ajouté)

[Traduction]

La réponse comprenait aussi les curriculum vitae des deux responsables de la société, décrivant l'expérience professionnelle des responsables de M.D. Heat lorsqu'ils étaient employés et donnant le nom de leur superviseur respectif.

Le Ministère et MDN ont examiné la proposition de M.D. Heat en fonction des conditions obligatoires et ont évalué la proposition comme étant non conforme à la condition obligatoire 1b) parce qu'elle n'incluait pas, y compris dans la réponse du 6 août 1998 de M.D. Heat, une description d'au moins trois projets, récemment terminés ou en cours.

Le 31 août 1998, le Ministère a adjugé un marché afférent à l'invitation à soumissionner à la société Prop-Air, qui avait présenté la soumission recevable la moins-disante.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position de M.D. Heat

M.D. Heat a soutenu avoir consacré énormément de réflexion, d'efforts et de travail pour remporter le marché en question, uniquement pour se le faire enlever injustement par le Ministère. Elle a soutenu que, bien que, à titre d'employés de la fonction publique du Canada, les responsables de M.D. Heat aient accompli précisément le travail requis dans la DP durant 25 ans, le Ministère déclarait maintenant qu'ils n'avaient pas l'expérience nécessaire pour exécuter le travail, même si le gouvernement les avait auparavant employés durant 25 ans. Plus précisément, M.D. Heat a soutenu qu'elle satisfaisait et dépassait la condition obligatoire énoncée dans la DP. En réponse au RIF, M.D. Heat a reconnu avoir envoyé au Tribunal, par erreur, des curriculum vitae différents de ceux qu'elle avait inclus dans sa proposition. Cependant, M.D. Heat a soutenu que les curriculum vitae soumis avec sa proposition étaient beaucoup plus complets que ceux remis au Tribunal avec sa plainte. De plus, M.D. Heat a soutenu ne pas avoir demandé d'éclaircissements relativement à la condition obligatoire 1b) parce qu'elle croyait que son expérience

dépassait de beaucoup l'expérience nécessaire à l'exécution du marché. Dans un tel contexte, elle croyait inopportun de contester une condition à laquelle, à son avis, elle répondait.

Position du Ministère

Le Ministère a soutenu qu'il incombe au soumissionnaire de préparer et de soumettre toute l'information nécessaire à l'évaluation correcte de sa proposition en fonction des conditions de la DP. À cet égard, le Ministère a soutenu que la réponse de M.D. Heat du 6 août 1998 ne comprenait pas, comme le stipulait la DP, de description de projets exécutés par l'entreprise, récemment terminés ou en cours. De fait, dans sa réponse, M.D. Heat a admis qu'elle ne pouvait se conformer à cette condition.

De plus, le Ministère a soutenu que les conditions obligatoires ont été clairement énoncées dans la DP. Pour correctement évaluer la capacité d'une entreprise à exécuter et à gérer avec succès les responsabilités relatives à l'ensemble des travaux détaillés dans la DP, le Ministère a soutenu qu'il était nécessaire d'évaluer l'expérience acquise d'une entreprise de la manière décrite dans la condition obligatoire 1b) de la DP.

Le Ministère a indiqué qu'en aucun moment avant la date de clôture de l'invitation à soumissionner M.D. Heat n'a demandé des éclaircissements quant aux conditions obligatoires énoncées dans la DP, ni contesté le bien-fondé de l'exigence portant sur l'expérience pertinente de l'entreprise, ni demandé que la DP soit modifiée pour permettre que l'expérience de travail à titre d'employé individuel équivaille l'expérience en exécution de projet par une entreprise demandée dans la DP.

Dans de telles circonstances, le Ministère a soutenu qu'il ne pouvait évaluer l'expérience professionnelle individuelle des responsables de M.D. Heat comme étant équivalente à l'expérience de l'entreprise requise dans la DP. Une telle démarche aurait été incompatible avec les conditions obligatoires de la DP et aurait été injuste pour les autres soumissionnaires considérés dans la procédure.

Le Ministère a de plus soutenu que, en plus de demander et d'obtenir l'approbation de tous les soumissionnaires pour prolonger la période de soumission afin que la proposition de M.D. Heat puisse être examinée, il a donné à M.D. Heat toutes les occasions possibles de se conformer à la DP y compris, en lui demandant des renseignements supplémentaires le 5 août 1998 et en tenant compte de ces renseignements dans le cadre de l'évaluation de la proposition de M.D. Heat.

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 contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit notamment que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux dispositions de l'ACI.

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit, notamment, que les documents d'appels 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. De plus, l'article 501 prévoit que tous les fournisseurs canadiens auront un accès égal aux marchés publics.

Le Tribunal doit donc déterminer si le Ministère a correctement appliqué les critères d'évaluation énoncés dans la DP en déclarant la proposition de M.D. Heat non conforme et si, ce faisant, le Ministère a agi de façon discriminatoire à l'endroit de M.D. Heat.

Les éléments de preuve montrent clairement que la condition obligatoire 1b) de la DP, qui traite de l'expérience pertinente des soumissionnaires potentiels, est une condition obligatoire qui prévoit, notamment, que le soumissionnaire doit « décrire au moins trois (3) projets, récemment terminés ou en cours » [traduction]. Il est également clair que M.D. Heat ne répond pas à cette condition, étant donné qu'elle reconnaît, dans sa réponse du 6 août 1998, que ses responsables n'ont « aucune référence relative à des marchés de l'importance requise dans la DP » [traduction] et qu'elle ne peut « fournir trois références d'une importance correspondant à ce marché » [traduction]. Dans de telles circonstances, le Tribunal est d'avis que le Ministère a agi en conformité avec les dispositions du paragraphe 506(6) de l'ACI lorsqu'il a déclaré la proposition de M.D. Heat non conforme parce qu'elle ne répondait pas à la condition obligatoire 1b) de la DP.

Le Tribunal est d'avis que, dans des situations comme la présente, lorsque d'anciens fonctionnaires pourraient être intéressés à soumettre une offre concurrentielle en vue d'un travail qu'ils ont déjà exécuté pour l'administration fédérale, le Ministère devrait envisager de formuler des critères, particulièrement sur le plan de l'expérience des entreprises, qui permettent de tenir compte des propositions comme celle qu'a présentée M.D. Heat. Cela n'a pas été fait dans le marché public en cause. M.D. Heat, pour des raisons qui ont déjà été indiquées, n'a pas demandé d'éclaircissements ni de modifications de la condition avant la clôture de la période de soumission, le 20 mai 1998, et, par conséquent, le Ministère ne pouvait ni modifier la condition ni ne pas en tenir compte.

M.D. Heat a soutenu que la condition obligatoire 1b) est inutile, puisqu'une entreprise qui n'a aucune expérience directe de l'entretien des systèmes de chauffage a obtenu le contrat afférent à l'invitation à soumissionner en question, alors que les responsables de M.D. Heat, qui ont accompli précisément ce même travail durant 25 ans à titre de fonctionnaire, ont été déclarés incapables de le faire. M.D. Heat a avancé que la condition susmentionnée a été introduite à la dernière minute alors que l'on savait qu'elle était une nouvelle société et qu'elle ne pourrait pas fournir l'information requise.

À cet égard, le Tribunal fait observer que l'expérience des particuliers qui effectuent un travail à titre d'employés n'est pas nécessairement équivalente à l'expérience d'une entreprise qui réalise le même travail, qu'il s'agisse ou non d'une entreprise constituée en personne morale. Le cas de M.D. Heat est un bon exemple d'une situation où des responsables compétents sur le plan technique ont tout récemment constitué une entreprise qui, comme telle, ne possède que peu d'expérience des affaires. Le Tribunal n'est pas convaincu que le Ministère a agi de façon déraisonnable en exigeant que les entreprises aient au moins une certaine expérience, à titre d'entreprises, pour être admissibles au marché public en question, et il est convaincu que la condition portant sur une expérience de l'entreprise n'a pas été introduite dans le but de discriminer contre M.D. Heat. De fait, le Tribunal ne trouve aucun élément de preuve que le Ministère a agi de façon discriminatoire contre M.D. Heat et M.D. Heat elle-même, dans sa réponse du 6 août 1998, a qualifié le comportement du Ministère, relativement au traitement de la condition obligatoire 1b) de la DP, de « très professionnel et compréhensif » [traduction].

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 conformément à l'ACI et que, par conséquent, la plainte n'est pas fondée.

Raynald Guay

Raynald Guay

Membre