

Ottawa, le lundi 28 juillet 1997

Dossier n° : PR-97-005

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Hovey Manufacturing (Canada) Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> 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.

Lyle M. Russell

Lyle M. Russell  
Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger  
Secrétaire

Date de la décision : Le 28 juillet 1997

Membre du Tribunal : Lyle M. Russell

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : John Syme

Plaignant : Hovey Manufacturing (Canada) Ltd.

Intervenant : M & B Mag Ltd.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le lundi 28 juillet 1997

Dossier n° : PR-97-005

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Hovey Manufacturing (Canada) Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> 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 28 avril 1997, la société Hovey Manufacturing (Canada) Ltd. (Hovey) a déposé une plainte aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>1</sup> (la Loi sur le TCCE) concernant le marché public passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) portant sur la fourniture de composants de tentes pour le ministère de la Défense nationale (MDN) (numéro d'invitation W8486-6-AA01/A).

Hovey a allégué que, contrairement aux dispositions de la demande de proposition (DP), le marché portant sur l'article 005 (pannes de tentes, tentes et tentes modulaires à rallonges optionnelles [TEMS]) n'a pas été attribué au soumissionnaire le moins-disant, soit Hovey. Hovey a aussi soutenu que le Ministère a adjugé le marché en se fondant sur des données sur la livraison sans demander au MDN si le délai de livraison proposé par Hovey était acceptable. En outre, le Ministère n'a pas communiqué avec Hovey pour déterminer s'il était possible d'améliorer ledit délai de livraison. Enfin, Hovey a déclaré que le marché a été adjugé selon une date de livraison proposée qui, selon Hovey, ne pourra être respectée.

Hovey a demandé, à titre de mesures correctives, que le marché, tel qu'il a été adjugé, soit résilié et lui soit adjugé. Comme autre solution, Hovey a demandé de recevoir une indemnité de 112 500 \$ pour la dédommager des pertes de revenus qu'elle a subies et du coût de l'entretien, entre autres, d'un outillage spécial.

### CONTEXTE

Le 29 avril 1997, le Tribunal canadien du commerce extérieur (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*<sup>2</sup> (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et a décidé d'enquêter sur la question de déterminer si le marché avait été exécuté en conformité des dispositions établies au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>3</sup> (l'ACI). Le 26 mai 1997, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>4</sup>. Le 27 mai 1997, le Tribunal a

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> suppl.).
2. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.
3. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.
4. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.



La proposition de Hovey comprenant l'option « A » incluait aussi un addenda d'une page. L'addenda, daté du 26 février 1997 et portant la signature du président de Hovey, indique ce qui suit :

Objet : DPW8486-6-AA01/A

Articles n<sup>os</sup> 5 et 7

Sans qu'il soit porté atteinte à l'offre ci-dessus, nous soumettons respectueusement à votre considération ce qui suit.

A) Le délai d'adjudication du marché portant sur les deux articles susmentionnés revêt une importance critique pour toutes les parties puisque les prix de l'aluminium cotés par toutes les usines sont conditionnels, c'est-à-dire que « les prix indiqués peuvent faire l'objet de rajustement au moment de la livraison ».

B) Nous avons soumis deux prix, calculés en fonction de deux délais de livraison différents. Bien que les deux délais ne satisfassent pas la date de livraison demandée, soit le 1<sup>er</sup> mai 1997, ces deux options sont soumises sur la base des conditions courantes du marché.

[Traduction]

Le 6 mars 1997, l'agent de négociation des marchés a discuté avec le MDN et a confirmé que la date de livraison fixée au 1<sup>er</sup> mai 1997 constituait une condition requise. Le 7 mars 1997, le Ministère a envoyé un avis aux soumissionnaires, y compris Hovey et M & B, dans lequel il était indiqué que la quantité requise relativement à l'article 005 avait été modifiée, passant de 10 000 à 14 000 unités et dans lequel les sociétés étaient invitées à soumettre de nouveau le prix FAB destination. Il n'a été aucunement fait mention dans les avis susmentionnés de la date de livraison requise. Hovey a répondu le 10 mars 1997, indiquant, entre autres, que les prix de l'aluminium avaient augmenté depuis la date initiale de clôture pour la remise des soumissions et qu'elle maintenait les prix qu'elle avait initialement fixés. M & B a soumis un prix unitaire légèrement réduit pour la plus grande quantité. La modification du prix situait l'offre de M & B entre les deux offres de Hovey. Le 13 mars 1997, le Ministère a adjugé à M & B un marché d'une valeur de 385 307 \$ portant sur l'article 005.

Le 25 mars 1997, Hovey a été informée qu'un marché portant sur l'article 005 avait été adjugé à M & B au prix susmentionné. Le même jour, Hovey a fait parvenir une télécopie au Ministère dans laquelle elle indiquait que son offre était de 10 000 \$ plus basse que celle de M & B et demandait d'être informée du délai de livraison inclus dans la soumission retenue. En réponse à la demande de Hovey, le Ministère a envoyé, le même jour, une télécopie à Hovey l'informant que « l'entreprise concurrente offrait un délai de livraison de quatre semaines » [traduction].

Hovey a rencontré les représentants du Ministère le 7 avril 1997. Au cours de la discussion tenue alors, le Ministère a informé Hovey que la date de livraison incluse dans sa soumission, c'est-à-dire 140 jours après réception de la commande, était inacceptable pour le MDN. Le 17 avril 1997, Hovey a rencontré de nouveau les représentants du Ministère. Au cours de la discussion tenue alors, Hovey a été interrogée au sujet de sa proposition. Hovey a expliqué que l'addenda inclus dans sa soumission faisait renvoi à une indication de ses fournisseurs concernant le rajustement de prix (c'est-à-dire que le prix de Hovey ne devait faire l'objet d'aucun rajustement). Hovey a aussi expliqué qu'elle avait proposé deux offres parce qu'une prime aurait dû être payée pour obtenir les quantités d'aluminium requises nécessaires pour satisfaire un échéancier de livraison de 90 jours.

Le 21 avril 1997, Hovey a envoyé une lettre de plainte au Tribunal.

## **BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTE**

### **Position de Hovey**

Dans son exposé, Hovey conteste vivement l'affirmation du Ministère selon laquelle son offre était irrecevable du fait que le prix soumis était conditionnel. Elle dit que sa lettre traitant de la conjoncture des marchés faisait clairement mention du fait que le « délai d'adjudication du contrat » [traduction] soulevait une préoccupation étant donné les prix conditionnels établis par les usines. Hovey soutient qu'elle exprimait sa préoccupation que, si le Ministère n'adjudiquait pas un marché avec promptitude, l'adjudicataire serait confronté à des augmentations de prix de ses fournisseurs. Après avoir déclaré qu'en aucun cas elle n'a « laissé entendre que son prix était conditionnel » [traduction], Hovey ajoute qu'il est manifeste que, si elle avait soumis un prix conditionnel, le délai d'adjudication du contrat n'aurait pas été pertinent.

### **Position du Ministère**

Dans son exposé, le Ministère déclare qu'aucune des offres reçues de Hovey n'a été jugée recevable parce que les prix soumis étaient conditionnels, c'est-à-dire, sujets à un rajustement de prix au moment de la livraison. Le Ministère déclare que la DP ne comprenait aucune disposition permettant l'inclusion dans les offres d'un rajustement économique et que, par ailleurs, le Ministère n'a pas pour habitude de permettre de tels rajustements dans ce genre de marchés.

En ce qui a trait au fait que ni Hovey ni le MDN n'a été consulté avant l'adjudication du marché par le Ministère, ce dernier soutient qu'il ne convient pas d'amorcer des discussions avec les soumissionnaires en l'absence de conditions convenables. Par exemple, étant donné que les offres du plaignant n'ont jamais été jugées recevables du fait que les prix proposés étaient conditionnels, le plaignant n'aurait jamais pu être considéré comme étant le soumissionnaire le moins-disant, une condition nécessaire en l'espèce avant la négociation d'un meilleur délai de livraison.

En ce qui a trait à l'allégation selon laquelle l'échéancier de livraison établi dans la DP était impossible à satisfaire dans les circonstances, le Ministère indique que la livraison était demandée pour le 1<sup>er</sup> mai 1997, environ 49 jours après la date de clôture des soumissions. La gamme des délais de livraison offerts relativement à l'article 005 allait d'au moins 28 jours à au moins 140 jours après réception du marché. Lorsque le Ministère a communiqué avec les représentants du MDN, ces derniers ont indiqué qu'un délai de livraison d'au moins 140 jours était inacceptable. Le Ministère fait également valoir que, même si les offres de Hovey avaient été recevables, aucun marché ne lui aurait été adjugé étant donné qu'elle proposait un délai minimum de livraison de 140 jours. Le Ministère fait enfin observer que l'offre de Hovey qui incluait un délai de livraison de 90 jours se classait au troisième rang selon le prix le plus bas et, de ce fait, qu'il n'a aucunement été porté atteinte à Hovey.

De plus, le Ministère déclare que M & B a commencé les livraisons le 24 avril 1997, et devrait les avoir terminées au plus tard le 3 juillet 1997, en conformité avec les dispositions du marché. Le Ministère déclare dénuée de fondement l'affirmation de Hovey selon laquelle une offre à bas prix est contournée en raison d'une promesse d'un meilleur délai de livraison. L'offre à bas prix soumise par Hovey a été déclarée irrecevable et un marché a été adjugé au soumissionnaire le moins-disant ayant une offre recevable. Le Ministère n'a versé aucune prime.

## Position de M & B

Dans son exposé, M & B précise que, bien que la DP ait indiqué que les conditions de livraison étaient un critère souhaitable plutôt qu'un critère obligatoire, la livraison représentait néanmoins « un besoin très urgent » [traduction]. En outre, elle soutient qu'en offrant une option « A » dans sa proposition, Hovey a clairement indiqué qu'il en coûterait davantage pour améliorer son délai de livraison de 140 jours. Par conséquent, pour comparer correctement les offres de Hovey et de M & B, il faut le faire avec l'offre de Hovey qui comprend l'option « A ». En ces termes, le prix de chaque panne dans la soumission de Hovey dépasse de 1,60 \$ celui proposé par M & B. Enfin, M & B soutient que les tubes et les bouchons d'aluminium nécessaires à la fabrication des pannes étaient disponibles auprès d'au moins six sources, chacune souhaitant vivement obtenir une commande de plus de 100 000 lb et capable de commencer les envois de matériel de fabrication deux à trois semaines après réception d'une commande. À cet égard, l'offre de M & B de commencer les envois de marchandises quatre semaines après réception d'une commande était tout à fait réaliste.

## 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<sup>5</sup>.

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit que, dans l'évaluation des offres, une partie peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec l'article 504. Il prévoit aussi que les 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.

Le prix est clairement un critère obligatoire de la DP et, dans les circonstances, l'omission de soumissionner un prix ferme suffirait à rendre une offre irrecevable. Après examen attentif des éléments de preuve, le Tribunal est d'avis que l'offre de Hovey n'est pas une offre conditionnelle. L'addenda à la proposition de Hovey indique que ledit addenda est présenté sans porter atteinte à l'offre de Hovey et, de l'avis du Tribunal, l'addenda doit être interprété comme étant une explication des dispositions particulières de l'établissement des prix entre Hovey et ses fournisseurs. Le Tribunal constate aussi que cette question n'a pas été notée au moment de l'évaluation de la soumission de Hovey et qu'elle n'a été soulevée par le Ministère qu'une fois l'évaluation des soumissions terminée et après réception par le Ministère de l'opposition de Hovey.

L'étude du dossier montre aussi que la décision du Ministère d'accepter l'offre de M & B, de préférence à celle de Hovey, découle principalement de facteurs liés au prix et à la livraison. C'est précisément là le motif d'opposition de Hovey. Hovey dit avoir soumis la proposition au prix le plus bas, mais que le Ministère, lorsqu'il a décidé d'adjuger le marché, a accordé une grande importance à la livraison, un critère « souhaitable » en l'espèce. De plus, le Ministère a pris sa décision sans donner à Hovey l'occasion d'améliorer l'échéancier de livraison qu'elle avait proposé.

---

5. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

Le Tribunal remarque que la DP énonce clairement qu'il sera tenu compte de plusieurs critères obligatoires et souhaitables dans l'évaluation des propositions. Bien que seule la non-satisfaction d'un critère obligatoire puisse rendre une offre irrecevable, on ne peut en conclure que les critères souhaitables, comme le délai de livraison, sont dénués de poids dans l'évaluation des propositions. En vérité, la DP précise une date de livraison, soit le 1<sup>er</sup> mai 1997, et cette date était manifestement un élément dont les soumissionnaires devaient tenir compte en formulant leurs propositions. De plus, le Tribunal constate que le délai de livraison a été un facteur qui a influé sensiblement sur les prix qu'a proposés Hovey. De l'avis du Tribunal, ayant clairement énoncé dans la DP que la livraison était un critère d'évaluation, le Ministère devait examiner ce critère avant de décider de l'adjudication. Par conséquent, le Tribunal conclut que le Ministère a agi correctement lorsqu'il a tenu compte du critère de livraison dans l'évaluation des propositions. Le Tribunal fait observer que le Ministère n'était pas tenu de donner à Hovey l'occasion d'améliorer le délai de livraison qu'elle avait proposé. En vérité, le Ministère n'aurait pas pu le faire sans conférer à Hovey un avantage par rapport aux autres soumissionnaires, et ainsi risquer de porter atteinte à l'intégrité et l'impartialité du processus de soumission en régime de concurrence.

Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal décide que la plainte de Hovey n'est pas fondée.

Enfin, le Tribunal fait observer que la DP, telle qu'elle est établie, n'est pas sans soulever certains problèmes. En vérité, bien qu'elle indique clairement, entre autres, qu'il sera tenu compte de la livraison dans l'évaluation des propositions, elle n'indique ni la méthode de pondération de ce critère ni l'importance qui lui sera accordée dans l'évaluation globale des propositions. Le Tribunal est convaincu que le Ministère a agi d'une façon raisonnable à cet égard. Néanmoins, l'absence de définition de la méthode de pondération de la livraison, dans l'évaluation des propositions, constitue une lacune grave de la DP. Cette lacune, cependant, était manifeste au vu de la DP, mais n'a pas été portée à l'attention du Ministère ni à celle du Tribunal dans les délais prescrits pour faire opposition ou pour déposer une plainte.

### **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.

Lyle M. Russell

Lyle M. Russell

Membre