

Ottawa, le mardi 29 juillet 1997

Dossier n° : PR-97-006

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Northern Micro 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<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 est fondée.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux considère l'offre conforme de Northern Micro Inc. comme étant celle du troisième soumissionnaire et poursuive le processus en conformité avec les dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, de l'*Accord sur les marchés publics*, de l'*Accord sur le commerce intérieur* et de la demande d'offres à commandes.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Northern Micro Inc. le remboursement des frais engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte.

Charles A. Gracey

Charles A. Gracey  
Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger  
Secrétaire

Date de la décision : Le 29 juillet 1997

Membre du Tribunal : Charles A. Gracey

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Hugh J. Cheetham

Plaignant : Northern Micro Inc.

Intervenant : SHL Computer Innovations

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le mardi 29 juillet 1997

Dossier n° : PR-97-006

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Northern Micro 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<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 30 avril 1997, la société Northern Micro Inc. (Northern) 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) à l'égard du marché public passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) portant sur la fourniture de postes de travail informatisés au ministère du Développement des ressources humaines (DRH) dans le cadre d'offres à commandes individuelles et nationales<sup>2</sup> (OCIN) (numéro d'invitation V9330-5-0035/A).

Northern a allégué que la décision du Ministère selon laquelle une seule entité commerciale peut représenter plus d'un soumissionnaire est indéfendable dans les circonstances. Par conséquent, en conformité avec les dispositions de l'article 3.0 de la partie III de la demande d'offre à commandes (DOC), Northern a soutenu que, puisque le Ministère a établi que l'offre de Northern était la quatrième offre la moins-disante et que, puisque deux des trois offres les moins-disantes ont été soumises par un même soumissionnaire, Northern se classe au troisième rang des entités commerciales et, de ce fait, devrait se voir adjudger une OCIN étant donné que c'est la préférence du DRH.

Northern a demandé, à titre de mesures correctives, qu'une OCIN lui soit attribuée à la suite de la DOC. Comme deuxième solution, elle a demandé la résiliation des trois OCIN attribuées à la suite de l'appel d'offres en question et le lancement d'un nouvel appel d'offres ainsi que le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à la préparation de son offre et à la préparation, au dépôt et au traitement de sa plainte, y compris les frais juridiques.

### ENQUÊTE

Le 1<sup>er</sup> mai 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*

---

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4<sup>e</sup> suppl.).

2. Une offre à commandes permet à la Couronne de se procurer directement auprès d'un fournisseur des biens et des services disponibles ou non sur le marché et ce, à des prix préétablis et à des conditions fixes, lorsque le besoin s'en fait sentir. L'OCIN est un type particulier d'offre à commandes, à l'usage d'un utilisateur déterminé partout au Canada.

*commerce extérieur sur les marchés publics*<sup>3</sup> (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et a décidé d'enquêter sur la plainte. Le 27 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 28 mai 1997, le Tribunal a autorisé la société SHL Computer Innovations Inc. (SHL) à intervenir dans l'affaire. Le 5 juin 1997, Northern a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal.

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 rendu une décision en se fondant sur le dossier existant.

### **PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC**

Un avis de projet de marché (APM) et une DOC pour ce besoin en date du 8 juillet 1996 et indiquant une date de clôture des soumissions du 4 septembre 1996 ont été publiés par le Ministère. L'APM indiquait que le marché était assujéti à l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>5</sup> (ALÉNA), à l'*Accord sur les marchés publics*<sup>6</sup> (AMP) et à l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>7</sup> (ACI).

Au cours de la période de soumission, le Ministère a publié neuf modifications, sous forme de mises à jour. La Mise à jour n° 004, datée du 18 septembre 1996, a porté de deux à trois le nombre maximum d'offres à commandes qui pouvaient être adjudgées aux termes de la DOC. Selon le RIF, le Ministère était d'avis qu'une troisième plate-forme pourrait constituer un « tampon », au cas où un type particulier de système éprouverait des problèmes techniques, puisqu'il existerait alors toujours une concurrence au niveau des prix entre les deux autres systèmes.

Le paragraphe 1.1 de la partie II de la DOC se lit comme suit :

Si une offre de remplacement est présentée, on doit s'assurer que cette offre fait l'objet d'un document **PHYSIQUEMENT DISTINCT**, clairement identifié comme une offre de remplacement, et qu'elle respecte le format indiqué dans les présentes. Les offres de remplacement seront évaluées séparément sans renvoi à quelque autre offre.

[Traduction]

L'article 3.0 de la partie III de la DOC mentionne, entre autres, ce qui suit :

#### **3.0 CRITÈRES DE SÉLECTION :**

**Un maximum de deux (2) soumissionnaires** feront l'objet d'adjudication d'offre(s) à commandes individuelle(s) et nationale(s) (OCIN), sous réserve des dispositions suivantes :

3.1 Les offres feront l'objet d'une évaluation fondée sur le prix global le plus bas et sur la conformité avec les critères d'évaluation ci-dessous.

[Traduction]

- 
3. DORS/93-602, 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.
  4. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.
  5. 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<sup>er</sup> janvier 1994).
  6. Signé à Marrakech le 15 avril 1994 (en vigueur au Canada le 1<sup>er</sup> janvier 1996).
  7. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

La Mise à jour n° 004 modifie l'article 3.0 comme suit :

**Un maximum de trois (3) soumissionnaires** feront l'objet d'adjudication d'une offre à commandes individuelle et nationale (OCIN) sous réserve des dispositions suivantes.

[Traduction]

En tout, 19 offres en provenance de 8 fournisseurs ont été présentées. Le Ministère a procédé à l'évaluation des offres d'octobre 1996 à février 1997. Lorsque l'évaluation des performances a commencé, au début de février 1997, Northern a été avisée que deux de ses trois offres avaient été jugées non conformes. À la fin du processus d'évaluation, 5 des 19 offres avaient été jugées conformes et ont été classées du prix global le plus bas au prix global le plus élevé, ainsi qu'il suit :

- 1) Mind Computer Products (une des trois offres présentées par Mind, offrant des produits Mind);
- 2) SHL Computer Innovations (« SHL » une des trois offres présentées par SHL, offrant des produits AST);
- 3) SHL Computer Innovations (une des trois offres présentées par SHL, offrant des produits Hewlett Packard);
- 4) Northern Micro Inc. (une des trois offres présentées par Northern, offrant des produits IBM);
- 5) Cemtech Limited (une des trois offres présentées par Cemtech, offrant des produits Hewlett Packard).

[Traduction]

Le 17 mars 1997, le Ministère a reçu une lettre de Northern demandant si elle était encore considérée comme un fournisseur potentiel. Une réponse a été envoyée à Northern le 20 mars 1997. La réponse mentionne, entre autres, ce qui suit :

Les procédures indiquées dans la demande d'offre à commandes (DOC) visaient l'attribution d'une OCIN à un maximum de trois (3) soumissionnaires, choisis selon le prix global le plus bas et la conformité.

Les résultats de l'évaluation révèlent que votre offre est entièrement conforme et est la quatrième offre conforme la moins-disante.

Aux termes des procédures susmentionnées, trois (3) OCIN seront attribuées aux trois (3) soumissionnaires les moins-disants.

[Traduction]

Des offres à commandes de 10 000 000 \$ chacune ont été attribuées le 27 mars 1997 : une à Mind Computer Products (Mind) et deux à SHL, relativement à son offre de produits AST et relativement à son offre de produits Hewlett Packard.

Le 27 mars 1997, le Ministère a reçu une lettre du représentant juridique de Northern dans laquelle était mis en doute le bien-fondé de l'interprétation par le Ministère des Critères de sélection à l'article 3.0 de la partie III de la DOC. Le 16 avril 1997, le Ministère a répondu au représentant juridique de Northern, indiquant que le Ministère était convaincu que son interprétation du terme « soumissionnaire » était correcte dans le contexte du marché public. Le Ministère précisait de plus qu'il n'était pas tenu d'adjuger trois, ni

même aucune, offres à commandes aux termes du processus de DOC et que, en fait, trois offres à commandes avaient été adjugées en conformité avec les critères d'évaluation déterminés dans la DOC.

## **BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ**

### **Position de Northern**

Dans ses observations sur le RIF, Northern soutient que, contrairement aux dispositions de l'article 3.0 de la partie III de la DOC, intitulé « Critères de sélection » [traduction], un même soumissionnaire s'est vu adjuger deux OCIN.

Northern soutient que rien dans la DOC ne justifie la position du Ministère selon laquelle une seule entité commerciale peut représenter plus d'un soumissionnaire au sens donné à ce terme à l'article 3.0 de la partie III de la DOC. Elle fait de plus valoir que, si le Ministère avait voulu que la présentation de deux offres en provenance d'une seule entité commerciale puisse rendre cette entité admissible au titre de deux soumissionnaires aux termes de l'article 3.0, il aurait dû l'énoncer explicitement et sans ambiguïté à l'article 3.0. Selon Northern, rien au paragraphe 1.1 de la partie II de la DOC n'indique qu'une même entité commerciale pourrait représenter plus d'un soumissionnaire aux termes de la DOC. En vérité, si une offre initiale et une offre de remplacement ont été soumises par une même entité commerciale, il s'agit là, selon Northern, de deux offres présentées par un même soumissionnaire.

Northern prétend également ne pas être convaincue, comme le Ministère semble l'être, que le fait que les offres de remplacement fassent l'objet d'une évaluation séparée, sans renvoi à quelque autre offre, signifie qu'une seule entité commerciale qui présente plus d'une offre doit être automatiquement considérée comme un soumissionnaire distinct pour chacune des offres présentées. Rien au paragraphe 1.1 de la partie II de la DOC n'appuie une telle conclusion.

Northern dit comprendre clairement que le Ministère aurait pu attribuer une OCIN à un, à deux ou à trois soumissionnaires. Cependant, Northern soutient qu'un soumissionnaire s'est vu attribuer deux OCIN alors que l'article 3.0 de la partie III de la DOC indique sans ambiguïté qu'une seule OCIN sera attribuée à chaque soumissionnaire à qui le Ministère décide d'attribuer une OCIN. Un soumissionnaire ne peut se voir adjuger plusieurs OCIN que si la position apparente du Ministère, selon laquelle une seule entité commerciale peut représenter plus d'un soumissionnaire, est acceptée.

### **Position du Ministère**

Dans ses observations sur la plainte, le Ministère fait valoir qu'il a traité tous les fournisseurs d'une façon équitable et qu'il a été juste dans son application des termes de l'évaluation et de la sélection de la DOC. Il déclare que l'OCIN a correctement été refusée à Northern.

Le Ministère dit comprendre que Northern ne conteste pas la détermination du Ministère selon laquelle les deux autres offres présentées par Northern étaient non conformes et que Northern ne conteste pas non plus que son offre conforme se classe au quatrième rang. Le Ministère soutient donc que la seule question en litige consiste à déterminer s'il était tenu d'attribuer une OCIN à Northern, sur la base des critères de sélection fixés dans la DOC. À cet égard, le Ministère soutient que l'article 3.0 de la partie III de la DOC modifié établit le nombre de soumissionnaires à un maximum de trois et ne fixe pas de minimum ou de nombre exact. Par conséquent, le Ministère était libre d'attribuer n'importe quel nombre d'OCIN, à partir

de un, à condition de ne pas attribuer d'OCIN à plus de trois soumissionnaires. Le Ministère soutient en outre que les termes de la DOC limitaient l'attribution d'OCIN à un nombre maximal de trois soumissionnaires, mais n'empêchaient pas le Ministère d'attribuer des OCIN à moins de trois soumissionnaires. Par conséquent, que SHL soit ou non considérée comme étant un seul soumissionnaire, le Ministère n'était pas tenu d'attribuer une autre OCIN.

En réponse à la possibilité indiquée par Northern selon laquelle le Ministère aurait pu attribuer une seule offre à commandes à SHL relativement aux deux offres conformes de SHL, le Ministère souligne que la DOC indiquait que les offres de remplacement seraient évaluées séparément et que le Ministère a donc agi correctement en attribuant deux offres à commandes distinctes à SHL.

En résumé, le Ministère déclare que Northern a présenté la quatrième offre conforme la moins-disante. Des OCIN ont été attribuées à deux soumissionnaires, relativement aux trois offres conformes les moins-disantes, chacune ayant fait l'objet d'une évaluation distincte sans renvoi à aucune autre offre. Cette façon de faire est conforme aux critères de sélection établis à l'avance, selon lesquels trois soumissionnaires au maximum se verraient attribuer des OCIN. Le Ministère conclut que Northern n'a pas démontré qu'elle aurait dû faire l'objet de l'attribution d'une OCIN.

### 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, il lui faut déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établies par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA, de l'ACI et de l'AMP.

L'alinéa 1015(4)d) de l'ALÉNA et le paragraphe 4 c) de l'article XIII de l'AMP prévoient tous deux que l'adjudication doit être effectuée conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres. En l'espèce, le Tribunal doit décider si le Ministère s'est conformé ou non à la disposition susmentionnée en attribuant une OCIN à Mind et deux OCIN à SHL. La question en litige se rapporte au sens qu'il convient de donner à l'article 3.0 de la partie III de la DOC qui indique, entre autres, que « [a] *maximum of three (3) Bidders will be awarded a National Standing Offer (NISO)* » (« [u]n maximum de trois (3) soumissionnaires feront l'objet d'adjudication d'une offre à commandes nationale (OCIN) »).

Le Tribunal est d'avis que, aux termes de l'article 3.0 de la partie III de la DOC, un même soumissionnaire ne devient pas plusieurs soumissionnaires uniquement du fait qu'il présente plus d'une soumission, comme l'a suggéré le Ministère. Une telle interprétation du mot « [b] *idder* » (« soumissionnaire ») ne tient pas, ni au plan de la logique ni au plan de l'anglais courant, et est, de ce fait, indéfendable. En outre, contrairement à ce que laisse entendre le Ministère, une telle interprétation ne peut se retrouver implicitement dans le paragraphe 1.1 de la partie II de la DOC ni en être déduite. Tout ce que le paragraphe 1.1 signifie, c'est que les offres de remplacement feront l'objet d'une évaluation distincte à titre d'offres différentes, mais non que ces offres de remplacement seront considérées comme ayant été proposées par des soumissionnaires différents.

Le Tribunal est aussi d'avis que l'article indéfini anglais « [a] » (« une ») à l'article 3.0 de la partie III de la DOC a le sens de l'adjectif numéral *un*. En vérité, la façon d'exprimer le pluriel dans une

construction de phrase comme celle qui fait l'objet d'examen consiste à ajouter un *s* dans l'expression « *a National Standing Offer* » (« une offre à commandes nationale »). C'est ce que le Ministère a fait dans la rédaction du texte initial de l'article 3.0. Cependant, l'article 3.0 modifié ne rend plus l'idée du pluriel et, de l'avis du Tribunal, doit être interprétée en conséquence. Le Tribunal détermine donc que, conformément à l'article 3.0, le Ministère était autorisé à attribuer une seule OCIN à chacun, d'un maximum de trois soumissionnaires différents. Cependant, le Ministère, convaincu que son interprétation du terme « *[b] idder* » (« soumissionnaire ») était correcte dans les circonstances, a attribué deux OCIN à SHL. Cela contrevient à la règle d'adjudication établie à l'article 3.0 et, de ce fait, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Le Tribunal reconnaît que la règle d'adjudication énoncée à l'article 3.0 de la partie III de la DOC autorisait le Ministère à attribuer une offre à commandes à chacun de un, deux ou trois soumissionnaires différents. Le Tribunal est aussi convaincu qu'il est clair, en l'espèce, que le Ministère avait l'intention d'attribuer trois OCIN puisque le Ministère a modifié l'article 3.0, augmentant le nombre maximum de soumissionnaires et le faisant passer de deux à trois, pour obtenir trois plates-formes. Le Tribunal ne statuera pas sur la question de savoir si une OCIN peut ou ne peut pas correspondre à plus d'une offre comme le mentionne Northern. Cependant, selon l'interprétation que fait le Tribunal de l'article 3.0, Northern était le troisième soumissionnaire le moins-disant, aux termes de l'article 3.0. Si, comme il le semble, le Ministère avait décidé d'attribuer trois OCIN, Northern aurait dû être considérée aux fins de la troisième OCIN. Pour ce motif, le Tribunal recommande que le Ministère considère l'offre conforme de Northern comme étant celle du troisième soumissionnaire et poursuive le processus en conformité avec les dispositions des accords applicables et de la DOC.

### **DÉCISION DU TRIBUNAL**

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

Le Tribunal recommande que le Ministère considère l'offre conforme de Northern selon les termes susmentionnés et poursuive le processus en conformité avec les dispositions des accords applicables et de la DOC.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Northern le remboursement des frais engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte.

Charles A. Gracey

Charles A. Gracey

Membre