

Ottawa, le lundi 13 juillet 1998

Dossier n° : PR-97-054

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;

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.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux élabore des critères clairs pour la préparation et l'évaluation subséquente des propositions financières et, dans de telles conditions, invite Bell Canada et Nuvo Network Management Inc. à soumettre de nouvelles propositions financières. Le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux examinera ensuite les propositions susmentionnées dans le but d'accorder des offres à commandes individuelles et régionales conformes aux dispositions de la demande d'offre à commandes (numéro d'invitation EN994-7-3416/B) et aux dispositions applicables de l'*Accord sur le commerce intérieur*.

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 Bell Canada le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés relativement au dépôt et au traitement de la plainte.

Robert C. Coates, c.r.

Robert C. Coates, c.r.

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 13 juillet 1998

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

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Hugh J. Cheetham

Plaignant : Bell Canada

Avocat pour le plaignant : Ronald D. Lunau

Intervenant : Nuvo Network Management Inc.

Avocats pour l'intervenant : Marc Babinski
Guy Pratte

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le lundi 13 juillet 1998

Dossier n° : PR-97-054

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;

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 mars 1998, la société Bell Canada (Bell) 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) concernant l'adjudication d'offres à commandes² (invitation n° EN994-7-3416/A, annulée et remplacée le 26 janvier 1998 par le numéro d'invitation EN994-7-3416/B), par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère), pour des services d'exploitation et de gestion de réseau au nom des Services gouvernementaux de télécommunications et d'informatique (SGTI), une unité constituante du Ministère.

Bell a soutenu que le Ministère a incorrectement et inéquitablement évalué sa proposition financière. Contrairement aux dispositions du paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*³ (ACI), le Ministère a appliqué, dans l'évaluation des propositions, des critères et des méthodes qui n'avaient pas été clairement indiqués dans les documents d'appel d'offres. Bell a en outre soutenu que, ce faisant, le Ministère a mal interprété ou mal compris sa proposition, omettant de ce fait de reconnaître pleinement à Bell la valeur des ristournes offertes dans sa proposition. Bell a soutenu que, de ce fait, sa proposition financière a été surévaluée, ce qui fait qu'elle était de beaucoup supérieure à la proposition retenue.

Bell a demandé, à titre de mesure corrective, le report de toute commande subséquente à l'offre à commandes individuelle et régionale⁴ (OCIR) jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur l'affaire. Bell a aussi demandé que sa proposition financière fasse l'objet d'une nouvelle évaluation qui tienne compte des ristournes pour tous les « dispositifs gérés » et que, si les résultats de la nouvelle évaluation placent sa proposition au premier rang, que l'offre à commandes adjudgée à Nuvo Network Management Inc. (Nuvo) soit plutôt octroyée à Bell. À titre de solution de rechange, Bell a demandé de recevoir une indemnité en reconnaissance du fait que l'offre à commandes aurait dû lui être adjudgée et qu'elle aurait pu en tirer des profits. Enfin, Bell a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés dans la préparation de sa proposition et relativement au dépôt et au traitement de la plainte.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Une offre d'un proposant potentiel qui permet à la Couronne d'acheter directement à des fournisseurs des biens et des services disponibles ou non dans le commerce à des prix préétablis et à des conditions fixes, lorsqu'ils seront demandés.
3. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.
4. Type particulier d'offre à commandes à l'usage exclusif d'un utilisateur identifié précis, en l'espèce, les SGTI, d'un secteur géographique déterminé, en l'espèce, la région de la capitale nationale.

Le 31 mars 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*⁵ (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 la plainte. Le 1^{er} avril 1998, le Tribunal a rendu une ordonnance reportant l'adjudication de tout contrat relatif au marché public jusqu'à ce qu'il ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le 28 avril 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 commerce extérieur*⁶. Le 29 avril 1998, le Tribunal a autorisé Nuvo à intervenir dans l'affaire. Le 12 mai 1998, Nuvo a déposé auprès du Tribunal ses observations sur le RIF. Le 15 mai 1998, Bell a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal et, le 29 mai 1998, le Ministère a déposé auprès du Tribunal ses commentaires en réponse aux observations de Bell sur le RIF.

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 5 novembre 1997, un avis de projet de marché et une demande d'offre à commandes (DOC) (numéro d'invitation EN994-7-3416/A) relative aux besoins en cause ont été diffusés par l'intermédiaire du Service électronique d'appel d'offres canadien (MERX) et dans *Marchés publics*, la date de clôture étant fixée au 29 décembre 1997. Le marché public visait trois niveaux de services de réseau : surveillance des composants⁷, surveillance des services⁸ et prestation des services⁹. Trois exemples de configuration (les cas n^{os} 1, 2 et 3), un pour chaque niveau de services, ont été décrits dans la DOC.

5. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n^o 26 à la p. 4547, modifié.
6. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n^o 18 à la p. 2912, modifiées.
7. La surveillance active des conditions d'alarme des éléments du réseau de l'équipement fourni par le gouvernement (EFG) par l'entremise de filtres et d'avertissements du *Simple Network Management Protocol*. Y sont compris, la surveillance active et la fonction de rapport relativement aux conditions d'alarme à des entités préétablies en temps réel, le regroupement mensuel des situations d'alarme et d'interruption associées aux éléments du réseau, et le regroupement mensuel et le rapport de données statistiques associées au rendement des éléments du réseau.
8. Élabore à partir du modèle de surveillance des composants et y ajoute la notion de garantie des services, où le fournisseur proposé entreprend de satisfaire les critères des services spécifiés au moment de la commande. Cela s'accomplirait en participant et en présentant, en continu, des recommandations d'ingénierie à l'autorité fonctionnelle. Cela suppose que le fournisseur proposé devient mandataire relativement aux contrats que la Couronne pourrait avoir passés avec des organismes tels que les entreprises de télécommunications, les fournisseurs de services d'entretien et de réparation du matériel, les fournisseurs de logiciels et les fabricants d'équipement, pour veiller à ce que les niveaux des services répondent aux niveaux prévus dans les contrats.
9. Élabore à partir des modèles de surveillance des composants et de surveillance des services et y ajoute la prestation des services relatifs à l'EFG. Cela suppose que des ententes sont en vigueur entre le soumissionnaire proposé, ou un de ses sous-traitants, et des vendeurs de matériel et de logiciels pour que le fournisseur puisse livrer les services d'entretien et de réparation du matériel et des logiciels au premier échelon, y compris des pièces de rechange en cas de panne du matériel et des mises à niveau du matériel et du logiciel. Le fournisseur devient alors intégralement responsable des ententes sur le niveau des services relativement aux ententes concernant le réseau ainsi qu'il est spécifié au moment de la commande.

Aucune question n'a été soulevée durant la période des soumissions au sujet de l'évaluation des DOC que ce soit sur la façon de compter les dispositifs ou sur la façon dont les exemples de configuration seraient appliqués aux fins de l'évaluation. Quatre propositions ont été soumises, y compris une proposition de Bell et une de Nuvo. À la suite de l'évaluation technique des propositions, celles de Bell et de Nuvo ont été jugées conformes aux critères obligatoires de l'évaluation technique. Selon le Ministère, au cours de l'examen initial des propositions financières de Bell et de Nuvo, le Ministère a déterminé que les critères devant servir à l'évaluation des propositions financières étaient insuffisamment précis pour permettre l'évaluation des propositions sur une base commune. Le Ministère a donc décidé d'annuler l'invitation et d'en publier une nouvelle. La nouvelle invitation a été publiée le 26 janvier 1998 sous le numéro EN994-7-3416/B, et il a alors été demandé à tous les soumissionnaires qui avaient répondu à la DOC initiale de soumettre de nouveau leurs propositions financières en fonction des critères d'évaluation financière révisés. Les soumissionnaires pouvaient aussi modifier tout autre élément de leur proposition à cette occasion.

La DOC comprend, entre autres, ce qui suit :

La présente annule et remplace l'invitation précédente, n° EN994-7-3416/A, datée du 5 novembre 1997, dont l'heure de clôture était fixée à 14 h (HNE) le 29 décembre 1997, puisque la méthode d'évaluation des taux n'a pas permis d'atteindre les objectifs visés.

La présente invitation, n° EN994-7-3416/B, rétablit les dispositions de l'invitation n° EN994-7-3416/A datée du 5 novembre 1997, et de la modification n° 1 datée du 7 novembre 1997, de la modification n° 2 datée du 1^{er} décembre 1997 et de la modification n° 3 datée du 8 décembre 1997, incluses dans les présentes en renvoi, et inclut les modifications suivantes :

SECTION I : DIRECTIVES ET INFORMATION AUX SOUMISSIONNAIRES

5.0 UTILISATION ESTIMATIVE DURANT LA PÉRIODE DE L'OFFRE À COMMANDES :

La valeur globale estimative des appels de service que fera le Canada aux termes de l'offre à commandes proposée est présentement de 3 210 000 \$ sur une période de trois (3) ans.

SECTION II

DIRECTIVES SUR LA PRÉPARATION DES PROPOSITIONS ET CRITÈRES D'ÉVALUATION

2.0 CRITÈRES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION DE L'ENTREPRENEUR :

Les propositions seront évaluées en conformité avec les critères d'évaluation et la méthode de sélection de l'entrepreneur énoncés à l'annexe « B ».

ANNEXE B

PARTIE II - PROPOSITION FINANCIÈRE

1.2 [...] À tout le moins, le soumissionnaire doit fournir une structure de prix selon laquelle les commandes subséquentes à l'offre à commandes puissent être passées dans des périodes inférieures à un an et égales à un an.

Les ristournes doivent s'appliquer à tous les dispositifs gérés aux termes de toute commande subséquente, et [ne peuvent] être uniquement de nature différentielle. Par exemple :

Moins de 100 dispositifs : une ristourne de W p. 100 s'applique à tous les dispositifs

Moins de 200 dispositifs, mais plus de 100 dispositifs : une ristourne de X p. 100 s'applique à tous les dispositifs

1.3 Aux fins de l'évaluation, le fournisseur doit fournir des réponses, assorties de prix, aux exemples de configuration qui se trouvent à l'annexe B, appendices A, B et C. Aux fins de l'évaluation, les taux indiqués par les soumissionnaires seront appliqués aux exemples indiqués à l'annexe B, appendices A, B et C.

Nota : les quantités indiquées sont des données estimatives et pourraient ne pas représenter les quantités réelles.

Les quantités estimatives pour la période de l'offre à commandes seront multipliées par les prix unitaires offerts par le soumissionnaire et les frais uniques (le cas échéant) seront ajoutés pour déterminer le coût pour la Couronne pour la période de trois ans. Aux fins de l'évaluation, afin de tenir compte des ristournes, le cas n° 1 sera utilisé une fois, le cas n° 2 sera multiplié par 3, et le cas n° 3 sera multiplié par 10. Les résultats seront ensuite multipliés par 3 pour arriver au coût pour la Couronne pour la période de trois ans. Les coûts offerts pour les commandes en fonction d'un engagement de un an serviront à la présente évaluation, cependant, les soumissionnaires doivent fournir dans leurs propositions des taux ainsi qu'il est indiqué en 1.3 ci-dessus. Les soumissionnaires doivent fournir les renseignements sous forme de tableau, mais doivent aussi inclure le cumul pour les totaux des études de cas, y compris les frais uniques, les ristournes au moment de la facturation, etc. [...] Les deux propositions conformes aux prix le plus bas selon le calcul susmentionné seront recommandées aux fins d'autorisation relative à une offre à commandes.

1.4 L'exemple suivant est offert pour illustrer le format désiré des tableaux de prix. Leur ventilation devrait être plus poussée que celle de l'exemple ci-dessous; lorsque de petits, moyens et grands dispositifs peuvent être groupés en catégories d'après le nombre de points de connexion, etc. Si les prix diffèrent d'une année à l'autre, le soumissionnaire doit le préciser et fournir une ventilation pour chaque année, pour qu'il soit possible de calculer le coût pour la Couronne pour trois ans.

1.4.1 SERVICES : Surveillance des composants

| Heures des services | Dispositif A (P) | Dispositif A (G) | Dispositif B (P) | Dispositif B (G) |
|---------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|
| 00 h à 24 h X 7 | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois |
| 07 h à 20 h X 5 | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois | X,XX \$/mois |

Rapports spéciaux : X,XX \$ par incident

Frais initiaux : X,XX \$ par réseau/dispositif

Options : X,XX \$ par commande/incident/réseau/dispositif

RISTOURNES

Les ristournes s'appliqueront au nombre total de dispositifs faisant l'objet du contrat.

| N ^{bre} de dispositifs | Dispositif A (P) | Dispositif A (G) | Dispositif B (P) | Dispositif B (G) |
|---------------------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|
| 1-49 | XX,X % | XX,X % | XX,X % | XX,X % |
| 50-100 | XX,X % | XX,X % | XX,X % | XX,X % |

[Traduction]

Joint à l'appendice A (le cas n° 1, « Prestation des services ») se trouvaient des tableaux représentant une série de dispositifs de communication électronique généralement appelés routeurs et centres de commutation dans l'industrie. Les tableaux se composent de colonnes qui décrivent le stock typique de dispositifs de réseaux d'un utilisateur final. Ils incluent une liste de toutes les pièces et des quantités assorties qui devront faire l'objet de services d'entretien de matériel et de logiciels, ainsi que des numéros de modèles du fabricant.

Les quatre soumissionnaires initiaux ont soumis des propositions financières révisées. Les deux soumissionnaires dont les propositions techniques avaient été déclarées non conformes lors de l'invitation initiale n'ont pas modifié leurs propositions techniques; par conséquent, leurs propositions sont demeurées techniquement non conformes et leurs propositions financières n'ont pas fait l'objet d'évaluation.

Le 5 février 1998, pour comprendre pleinement comment les ristournes proposées par Bell devaient s'appliquer, le Ministère a demandé à Bell de lui fournir une description de la façon dont ses ristournes et sa facturation seraient appliquées dans le scénario suivant :

| | |
|---|--|
| CAS n° 1 (90 dispositifs) - utilisation | Date de début = mois n° 1 (durée de 12 mois), fin = mois n° 12 |
| CAS n° 2 (98 dispositifs) - 3 utilisations | Date du début = mois n° 4 (durée de 12 mois), fin = mois n° 16 |
| CAS n° 3 (12 dispositifs) - 10 utilisations | Date du début = mois n° 8 (durée de 12 mois), fin = mois n° 20 |

[Traduction]

Bell a répondu à la demande d'éclaircissements du Ministère le 11 février 1998, en partie, comme suit :

| MOIS | CAS n° 1 90 dispositifs | CAS n° 2 294 dispositifs | CAS n° 3 120 dispositifs | Nombre total de dispositifs | Ristournes en % sur les services de gestion pour tous les dispositifs |
|------|-------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|--|
| 1 | 90 | | | 90 | [XX,X %] |
| 4 | 90 | 294 | | 384 | [XX,X %] |
| 8 | 90 | 294 | 120 | 504 | [XX,X %] |
| 13 | | 294 | 120 | 414 | [XX,X %] |
| 17 | | | 120 | 120 | [XX,X %] |

[Traduction]

D'après les éclaircissements fournis par Bell et en conformité avec les termes de la DOC, l'offre de Nuvo a été jugée la moins-disante, suivie de celle de Bell. Par conséquent, le 23 février 1998, le Ministère a adjugé à Nuvo, le fournisseur principal en l'espèce, une OCIR d'une valeur estimative de 2 568 000 \$ et à Bell, le fournisseur secondaire, une OCIR d'une valeur estimative de 642 000 \$.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position de Bell

Bell soutient que le processus d'évaluation appliqué par le Ministère recèle deux vices fondamentaux. En premier lieu, en établissant à 90 le nombre « correct » de dispositifs dans le cas n° 1, le Ministère a utilisé, pour évaluer le cas n° 1, un critère d'évaluation qui n'avait pas été énoncé dans la DOC. En deuxième lieu, la méthode d'évaluation de fait appliquée par le Ministère pour évaluer la proposition de Bell n'était conforme ni aux critères d'évaluation ni à la méthode de pondération énoncés dans la DOC.

Bell soutient que le Ministère a fondé la défense de sa méthode d'évaluation sur le fait qu'elle reflète l'utilisation probable subséquente à l'OCIR. Bell soutient qu'il existe cependant une distinction entre les critères d'évaluation énoncés dans la DOC aux fins de la sélection d'un adjudicataire et ce qui arrive en réalité après que l'OCIR est accordée. Bell soutient que les critères d'évaluation ne reflètent pas nécessairement tout ce qui peut se passer dans un tel contrat, et que, de toute façon, aux termes du paragraphe 506(6) de l'ACI, ce sont les critères d'évaluation énoncés dans la DOC qui prévalent.

Bell soutient également que, contrairement à ce que le Ministère a affirmé, elle n'a pas supposé que tous les dispositifs durant la période de trois ans de l'OCIR feraient dès le départ l'objet du contrat. Selon Bell, c'est plutôt la DOC qui exige que les soumissionnaires structurent leurs propositions de cette façon aux fins de l'application des ristournes et de l'évaluation des propositions. En vérité, rien dans la DOC ne prévoit que les soumissionnaires doivent d'une façon ou d'une autre échelonner les cas ou les commandes. En fait, Bell soutient que la méthode d'évaluation appliquée par le Ministère elle-même pose l'hypothèse que tous les dispositifs requis pour un cas particulier feront l'objet du contrat au départ. Bell ajoute que la demande d'éclaircissements du Ministère, le 5 février 1998, a été pour Bell le premier indice que le Ministère envisageait l'échelonnement des cas aux fins de l'évaluation. Un tel scénario, selon Bell, a vraisemblablement été conçu par le Ministère lorsqu'il est devenu manifeste que l'application des critères qu'il avait choisis soulevait des difficultés. Cependant, un tel échelonnement des cas n'a pas été énoncé dans les critères d'évaluation de la DOC et, par conséquent, selon Bell, le Ministère ne pouvait, par la suite, appliquer une telle méthode d'évaluation. Bell fait de plus valoir que la méthode que le Ministère a finalement appliquée pour effectuer l'évaluation, à savoir trois périodes différentes de trois ans, reflétait encore moins la réalité et constituait une violation de la méthode d'évaluation énoncée dans la DOC.

Quant à la question de savoir si les services fournis ont été combinés strictement pour des fins d'efficacité administrative, Bell soutient qu'un lien logique relie ces services et qu'ils tombent tous dans la même catégorie de services de réseau. Lesdits services représentent trois niveaux qui sont tous applicables aux éléments du réseau EFG. Il est par conséquent logique, selon Bell, de s'attendre que les ristournes soient évaluées d'après le nombre total de dispositifs gérés, indépendamment du niveau des services requis. Cela, selon Bell, est bien ce que laisse croire la DOC à l'article 1.2 de la partie II de l'annexe B qui indique : « [l]es ristournes doivent s'appliquer à tous les dispositifs gérés aux termes de toute commande subséquente, et [ne peuvent] être uniquement de nature différentielle », et à l'article 1.4.1, qui indique que : « [l]es ristournes s'appliqueront au nombre total de dispositifs qui font l'objet du contrat ».

Quant à l'affirmation du Ministère selon laquelle les ristournes offertes par Bell, c'est-à-dire un rajustement administratif effectué une fois par année, confirment qu'il n'allait pas y avoir d'échelonnement des commandes, Bell soutient que c'est là mal interpréter sa proposition. En vérité, sa proposition financière révisée énonce clairement que « [l]es ristournes s'appliquent aux taux publiés d'après le nombre total de "dispositifs gérés" et seront modifiées en fonction du changement du nombre total de dispositifs gérés dans le réseau EFG. Les rajustements de la facturation pour la variation du nombre d'unités seront faits une fois par année » [traduction]. Ce que Bell a proposé, de fait, pour des motifs d'ordre administratif, c'est d'ajuster ses taux de facturation mensuelle une fois par année. Selon Bell, une telle méthode correspond à une structure de facturation normale, distincte de la structure des taux de base. La méthode est analogue à la méthode de facturation de versements égaux qu'appliquent certains services publics et est pleinement conforme aux dispositions de la DOC.

Quant au dénombrement des dispositifs concernant le cas n° 1, Bell soutient que le cas n° 1 est un scénario en vertu duquel il est demandé au soumissionnaire de fournir au Ministère le niveau de service le plus élevé que décrit la DOC. Aux termes de l'option de prestation des services, le soumissionnaire est non seulement tenu de procéder à une surveillance active du réseau relativement à tout problème et toute interruption, mais également entièrement responsable de l'entretien et de la réparation du réseau en cas de problèmes de matériel ou de logiciels. Dans un tel contexte, Bell ajoute que le tableau du cas n° 1 énumère un certain nombre de dispositifs qui composent le réseau. Aux termes de toute commande subséquente, l'adjudicataire serait responsable de la surveillance et de la réparation de tous les dispositifs énumérés pour le cas n° 1. Bell fait valoir que le Ministère ne conteste pas le fait susmentionné. Bell soutient de plus que le cas n° 1 ne précise pas le mode d'interconnexion des dispositifs en question ni s'il faut considérer qu'ils sont tous au même emplacement. Il a uniquement été demandé aux soumissionnaires de fournir une offre en fonction du type de dispositifs énumérés pour le cas n° 1, et non en fonction de leurs propriétés d'interconnexion ou de la configuration du réseau. La DOC ne donne aucun renseignement sur les propriétés d'interconnexion ou sur la configuration du réseau de dispositifs, et ne définit pas non plus ce qu'il convient d'inclure dans le calcul du nombre de « dispositifs » aux fins de la réponse à l'invitation. Bell soutient en outre que, même s'il était possible de superposer lesdits dispositifs et de les surveiller comme s'ils n'en formaient qu'un seul, cela ne signifie pas qu'ils doivent, ou même devraient, être considérés comme un seul dispositif aux fins de l'établissement des prix. Si les soumissionnaires étaient tenus de procéder à une évaluation de cette sorte, comme le Ministère l'allègue maintenant, la DOC aurait dû l'énoncer clairement.

Bell soutient que tous les dispositifs énumérés pour le cas n° 1 sont soit « gérables », soit « compatibles » avec le protocole *Simple Network Management Protocol* (SNMP). De plus, Bell soutient que le Ministère s'attendait à ce que les dispositifs SNMP non gérables ou « compatibles » fassent l'objet de surveillance et d'entretien dans l'option de prestation des services du cas n° 1. Dans un tel contexte, Bell soutient que, si un dispositif non gérable n'est pas connecté à un « dispositif géré », Bell aurait quand même été tenue, aux termes de l'option de prestation des services, d'en assurer l'entretien et de régler les problèmes le cas échéant. Par conséquent, dans sa proposition financière, Bell a attribué un prix à chaque dispositif énuméré pour le cas n° 1.

Bell soutient qu'aucun effort supplémentaire de « rigueur d'ingénierie » n'aurait eu quelque incidence que ce soit sur sa proposition d'établissement des prix, puisqu'il n'a pas été demandé aux soumissionnaires de présenter une offre en fonction d'une configuration de réseau particulière. Si 90 dispositifs pour le cas n° 1 devait être considéré comme le seul total « correct » aux fins de l'évaluation, la DOC aurait dû l'énoncer clairement, mais elle ne l'a pas fait. En outre, en retenant le chiffre 90 pour

évaluer l'offre de Bell plutôt que celui de 202 indiqué dans la proposition de cette dernière, le Ministère n'a reconnu à Bell aucune valeur que ce soit aux ristournes offertes dans sa proposition.

Bell soutient que, au cours de la phase d'éclaircissement des propositions, un représentant des SGTI lui a affirmé que la façon dont les dispositifs avaient, concrètement, été dénombrés n'avait aucune importance et que c'était le prix que le gouvernement paierait pour le niveau d'effort qui importait. Bell soutient que, à la lumière du renseignement susmentionné, elle a conclu qu'il ne lui était pas nécessaire de faire opposition à la méthode du Ministère et a répondu de bonne foi à la demande d'éclaircissements.

En conclusion de son exposé, Bell déclare que l'affirmation du Ministère, selon laquelle Bell a omis de « consacrer suffisamment de ressources techniques » [traduction] à la préparation de sa proposition, est dénuée de tout fondement. De plus, Bell soutient que, si le Tribunal conclut que l'information incluse dans la DOC peut être interprétée comme le prétend le Ministère, la DOC est tout de même viciée parce que les critères d'évaluation étaient ambigus et n'ont pas été clairement énoncés.

Enfin, Bell dit être non fondée l'affirmation du Ministère selon laquelle le marché public en question n'a pas correctement été désigné. Bell soutient que le marché public a été lancé sous le numéro d'invitation EN994-7-3416/A et que les propositions ont été soumises en réponse à cette invitation. Seule la partie financière de l'invitation a par la suite été modifiée par l'invitation n° EN994-7-3416/B. Bell a uniquement soumis de nouveau ou modifié la partie financière de sa proposition. Bell soutient qu'une lecture intégrale de sa plainte ne laisse aucun doute sur l'identité du marché public en question. Cela, selon Bell, ressort aussi du fait que le Ministère n'a pas eu de difficulté à identifier quel marché public faisait l'objet d'une plainte en préparant son RIF.

Position du Ministère

Le Ministère soutient que la plainte de Bell est pour l'essentiel fondée sur deux hypothèses erronées qu'elle a faites dans la préparation de sa proposition. La première est que le nombre total de « dispositifs gérés », que Bell a calculé comme étant de 202, est en réalité de 90, et la deuxième est que les nombres de dispositifs inclus dans les trois cas devant servir pour l'évaluation seraient additionnés pour déterminer l'application des ristournes. Selon le Ministère, ces deux hypothèses erronées ont amené Bell à proposer un tarif mensuel et une structure de ristournes qui a fait que sa proposition est la plus chère des deux propositions techniquement conformes.

Le Ministère soutient que, pour des fins de commodité administrative, il a été décidé de regrouper trois types de services sous une seule DOC et de gérer les commandes subséquentes en conséquence, même si les commandes pouvaient être passées au nom de différents ministères et pour différents services. Dans ce contexte et à des fins d'évaluation, les soumissionnaires devaient fournir des prix applicables aux trois cas représentatifs des scénarios typiques pour chacun des trois types de services à fournir, à savoir la prestation des services (cas n° 1), la surveillance des services (cas n° 2) et la surveillance des composants (cas n° 3). Le Ministère soutient que le tableau présenté pour le cas n° 1 était composé de diverses colonnes décrivant le stock typique de dispositifs de réseau d'un utilisateur final. Il présentait tous les renseignements, c'est-à-dire le nom des fabricants et les numéros de modèles de l'équipement, des renseignements spécifiques sur le stock comme la quantité et le modèle de chacun des composants que les soumissionnaires devaient évaluer avec précision, à l'aide de la documentation du fabricant concernant l'équipement, tout comme le niveau d'effort requis pour fournir les services. Il fallait, aussi, par la même occasion, déterminer quels modèles pouvaient être surveillés à distance (dispositifs gérables) et lesquels ne pouvaient l'être (dispositifs non gérables).

Le Ministère affirme que Bell aurait dû pouvoir évaluer avec précision, à l'aide des renseignements fournis dans le tableau qui accompagnait le cas n° 1 et de la documentation pertinente des fabricants, non seulement l'équipement qui devait faire l'objet d'entretien et de réparation aux plans du matériel et des logiciels, mais également le nombre total de dispositifs à être surveillés à distance. Le Ministère soutient en outre que, même s'il avait précisé que le cas n° 1 comprenait 90 dispositifs, il aurait fallu que Bell examine la documentation des fabricants pour établir les prix pour l'entretien d'après cette documentation. Les prix proposés par Bell laissent croire que cette dernière n'a pas procédé à un tel examen; si elle l'avait fait, Bell n'aurait pas déterminé que le nombre de « dispositifs gérés » était de 202 plutôt que de 90. Cela a eu pour effet de hausser sensiblement le taux mensuel proposé par Bell.

Le Ministère soutient aussi que la formule de multiplication énoncée à l'article 1.3 de la partie II de l'annexe B de la DOC visait deux objectifs : En premier lieu, veiller à ce que les critères d'évaluation reflètent plus fidèlement l'utilisation prévue des divers types de services durant la période de l'offre à commandes. Deuxièmement, permettre au fournisseur de proposer une structure de ristournes pour chaque type de service. Lorsque le Ministère a appliqué la formule aux deux propositions techniquement conformes, la proposition de Bell s'est révélée être à un prix plus élevé que celle de Nuvo. Le Ministère soutient que les valeurs calculées par Bell se fondent sur trois hypothèses invalides : 1) le cas n° 1 représente 202 dispositifs; 2) tous les dispositifs requis durant la période de trois ans de l'offre à commandes sont gérés depuis le tout début de la période; 3) il n'y a pas d'échelonnement des commandes durant la période de l'offre à commandes et, dans de telles circonstances, les ristournes offertes par Bell sont appliquées une fois l'an sous forme de rajustements administratifs et non sous forme de réduction de taux immédiate.

Le Ministère soutient que les soumissionnaires décidaient de leur propre chef des seuils et des taux pertinents des ristournes qu'ils voulaient accorder. Bell a choisi d'offrir une ristourne importante uniquement en cas de très grande quantité. Quant à Nuvo, elle a choisi d'établir ses prix selon une méthode où il n'était pas nécessaire que le chiffre d'affaires soit élevé pour que les prix baissent.

Le Ministère affirme enfin que, puisque Bell a déposé une plainte à l'égard d'une invitation qui a été annulée, la plainte de Bell, uniquement pour ce motif, doit être rejetée.

Position de Nuvo

Nuvo est d'accord sur les exposés présentés par le Ministère concernant l'erreur apparente de Bell dans le calcul du nombre de dispositifs gérés. Nuvo soutient également que l'erreur de Bell dans la présentation de ses ristournes semble découler de l'hypothèse que Bell a faite selon laquelle les ristournes seraient évaluées uniquement dans le contexte du cumul des prix requis pour les trois cas. Nuvo soutient qu'une telle hypothèse n'est compatible ni avec les directives énoncées aux articles 1.2 et 1.3 de la partie II de l'annexe B de la DOC ni avec la nature de la demande de services énoncée dans la DOC. En réalité, Nuvo soutient que la DOC n'a prévu aucune limite maximale ni aucun nombre total de dispositifs et de services obtenus par contrat, comme ce pourrait être le cas dans une demande de proposition. En outre, Nuvo soutient qu'une structure de ristournes, comme celle que Bell a proposée, ne convient pas à un scénario d'offre à commandes, où les dispositifs requis durant la période de trois ans ne sont pas gérés depuis le début. Nuvo soutient que le cumul du cas était simplement un outil d'évaluation, et non un scénario de cas distinct se prêtant à l'application d'une ristourne quelconque. Enfin, Nuvo soutient que l'erreur d'interprétation de Bell quant au critère pour les ristournes et la surévaluation qu'elle a faite du nombre de « dispositifs gérés » ne peuvent être imputées à la clarté de la DOC à ces égards. S'il y avait ambiguïté de quelque sorte, selon Nuvo, Bell avait le loisir de demander les éclaircissements nécessaires.

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.

Le Tribunal est convaincu qu'une lecture intégrale de la plainte de Bell fait clairement comprendre qu'elle concerne l'invitation n° EN994-7-3416/A, qui a été annulée et remplacée par l'invitation n° EN-994-7-3416/B le 26 janvier 1998.

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit, notamment, 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 ».

Fondamentalement, le Tribunal doit décider de deux questions. La première consiste à déterminer si la DOC indique clairement que le nombre de « dispositifs gérés » pour le cas n° 1 est de 90 et la seconde, si la DOC indique clairement que les ristournes doivent s'appliquer aux divers cas séparément.

Quant au nombre de dispositifs compris dans le cas n° 1, la DOC, à l'appendice A de l'annexe B, pour le cas n° 1, « Prestation des services », comprend un tableau de trois pages énumérant des dispositifs SNMP gérables centraux et des dispositifs SNMP compatibles marginaux. Pour chacun des dispositifs, le nom du vendeur, le type, la carte, les protocoles, la quantité et la capacité totale des points de connexion sont indiqués. La DOC indique aussi que les infrastructures de câblage du réseau de base ne sont pas visées dans les options de prestation des services. La DOC précise en outre que les ristournes doivent s'appliquer à tous les dispositifs gérés aux termes de toute commande subséquente et ne peuvent être uniquement de nature différentielle. Enfin, elle indique que les ristournes s'appliqueront au nombre total de dispositifs faisant l'objet d'un contrat.

Le Tribunal fait observer que l'expression « dispositifs gérés » n'est pas définie dans la DOC. En outre, la DOC n'indique pas que le nombre de « dispositifs gérés » pour le cas n° 1 est de 90 ni, d'ailleurs, de 202 ni d'aucun autre nombre. Le Ministère soutient que tout soumissionnaire qui examinerait avec soin l'information contenue dans la liste de l'équipement jointe au cas n° 1, y compris la documentation pertinente des fabricants, conclurait nécessairement que le nombre de dispositifs gérables pour le cas n° 1 est de 90. Pour sa part, Bell soutient qu'un examen attentif de la même liste l'a amenée à conclure que 202 dispositifs devaient être gérés d'une façon ou d'une autre dans le cas n° 1, et qu'elle a établi les prix de sa proposition, y compris les ristournes, en conséquence.

Le Tribunal est convaincu que l'interprétation que donne Bell de ce point n'est pas déraisonnable en l'espèce. En réalité, étant donné l'absence de définition dans la DOC des « dispositifs gérés » et de toute indication quant à la configuration réelle des divers dispositifs énumérés pour le cas n° 1 et, de plus, considérant que tous les dispositifs sauf les infrastructures de câblage devaient être gérés aux termes de l'option de prestation des services, le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas étonnant que Bell ne soit pas arrivée au nombre de 90 « dispositifs gérés ». La complexité et l'ambiguïté des critères étaient telles que la DOC aurait dû énoncer le nombre pertinent. Étant donné que le Ministère est l'auteur des spécifications, le Tribunal est d'avis que Bell ne doit pas être pénalisée à cause de l'ambiguïté de la DOC. Si ledit nombre devait être le seul nombre acceptable aux termes de la DOC, alors le Ministère aurait pu l'énoncer. De

même, le Tribunal est d'avis que le Ministère ne pouvait, d'une façon raisonnable, s'attendre que les soumissionnaires, après avoir examiné la documentation pertinente des fabricants relativement à l'équipement énuméré dans la liste jointe au cas n^o 1 et ses propriétés d'interconnexion, concluraient nécessairement qu'une configuration particulière était composée de 90 dispositifs géables.

Quant à la méthode d'évaluation des ristournes, le Tribunal est convaincu que l'interprétation que fait Bell de ce point est également raisonnable en l'espèce. Le Tribunal est d'avis que l'article 1.3 de la partie II de l'annexe B n'indique pas spécifiquement que les cas n^{os} 1, 2 et 3 seront extraits de l'ensemble aux fins de l'évaluation. De fait, il y est énoncé que « [a]ux fins de l'évaluation, les taux indiqués par les soumissionnaires seront appliqués aux exemples indiqués à l'annexe B, appendices A, B, et C » [traduction]. La lecture du passage susmentionné, et de la directive énoncée dans la DOC à l'article 1.4.1, selon laquelle les ristournes s'appliqueront au nombre total de dispositifs faisant l'objet du contrat, est telle que, selon le Tribunal, il n'était pas déraisonnable pour Bell de procéder en croyant que les cas seraient évalués après avoir été regroupés. Le Tribunal, par conséquent, conclut que, sur ce point également, la DOC n'était pas claire.

Les conséquences des ambiguïtés susmentionnées, dans la DOC, ont été telles que, au moment de l'évaluation des propositions financières de Bell et de Nuvo, le Ministère a été incapable d'évaluer les deux propositions de la même manière. Pour arriver à ce qu'il estimait un résultat raisonnable, le Ministère a restructuré la proposition financière de Bell à des fins d'évaluation en appliquant les ristournes de Bell à un nombre de « dispositifs gérés » autre que celui dont Bell s'était servi pour préparer sa proposition financière et après avoir appliqué un processus de désagrégation, même si la proposition de Bell indique que sa structure de ristournes est conçue, établie et soumise en vue de son application globale.

Le Ministère avance que, même si les prétentions de Bell sont fondées, la proposition de Bell demeurerait classée au deuxième rang des propositions au plus bas prix. Le Tribunal est d'avis que, puisque la DOC n'a pas clairement énoncé certains critères clés de la méthode d'évaluation, c'est-à-dire le nombre de « dispositifs gérés » et les conditions de base devant servir à l'application des ristournes fondamentales dans la formulation des offres financières par les soumissionnaires et pour leur évaluation subséquente par le Ministère, il est impossible de savoir quelle aurait été la proposition de Bell si elle-même avait soumissionné en vertu de conditions différentes. Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'il est impossible de conclure, comme l'a fait le Ministère, que la proposition de Bell aurait de toute façon été classée au deuxième rang.

Parce qu'il est impossible de déterminer maintenant quels prix Bell aurait proposés s'il n'y avait pas eu les ambiguïtés susmentionnées dans la DOC, le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas raisonnable de simplement procéder à une nouvelle évaluation des offres telles que soumises par Bell et Nuvo. Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'il convient, en l'espèce, en tant que mesure correctrice, de permettre à Bell et à Nuvo de soumettre de nouvelles propositions financières après que le Ministère aura élaboré des critères clairs et des méthodes compatibles avec de tels critères. Le Tribunal recommande aussi que la portée de ce nouvel examen se limite à Bell et à Nuvo, puisque les deux autres soumissionnaires qui ont participé à l'invitation ont soumis des propositions qui étaient techniquement non conformes.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que le marché public n'a pas été passé en conformité avec les dispositions de l'ACI et, plus précisément, du paragraphe 506(6), et que, par conséquent, la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le Ministère élabore des critères clairs pour la préparation et l'évaluation subséquente des propositions financières et, dans de telles conditions, invite Bell et Nuvo à soumettre de nouvelles propositions financières. Le Ministère examinera ensuite les propositions susmentionnées dans le but d'accorder des OCIR conformes aux dispositions de la DOC (numéro d'invitation EN994-7-3416/B) et aux dispositions applicables de l'ACI.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Bell le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés relativement au dépôt et au traitement de la plainte.

Robert C. Coates, c.r.

Robert C. Coates, c.r.

Membre