

Ottawa, le mercredi 26 mai 1999

Dossier n° : PR-98-052

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Marathon Management Company 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 du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à la société Marathon Management Company le remboursement des frais qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 26 mai 1999

Membre du Tribunal : Patricia M. Close

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Michèle Hurteau

Partie plaignante : Marathon Management Company

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le mercredi 26 mai 1999

Dossier n° : PR-98-052

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Marathon Management Company 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

PLAINTÉ

Le 15 mars 1999, la société Marathon Management Company (Marathon) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE) à l'égard du marché public (numéro d'invitation W8486-9-1191/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère), portant sur la fourniture de matelas pneumatiques autogonflables et de leurs sacs de transport au ministère de la Défense nationale (MDN).

Marathon soutient que, n'ayant pas fourni le dossier fabrication (DF) DCAI 5-4, comprenant les données techniques, dans un délai suffisant avant la clôture de l'appel d'offres, le Ministère n'a pas tenu une procédure d'appel d'offres juste, équitable et précise.

Marathon demande, à titre de mesure corrective, que le Ministère reprenne l'appel d'offres ou l'annule et lance une nouvelle demande de propositions (DP) en coordonnant correctement l'envoi des données techniques à tous les soumissionnaires dans des délais préalables suffisants.

Le 16 mars 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière remplissait les conditions d'enquête énoncées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*² (le Règlement). Le 16 mars 1999, le Tribunal a ordonné au Ministère de différer l'adjudication de tout contrat relatif au marché public en cause jusqu'à ce que le Tribunal se soit prononcé sur la validité de la plainte. Le 25 mars 1999, le Ministère a certifié, par écrit, au Tribunal que l'acquisition des matelas pneumatiques et de leurs sacs de transport était urgente et qu'un retard dans l'adjudication du marché pourrait être contraire à l'intérêt public. Par conséquent, le 29 mars 1999, le Tribunal a annulé l'ordonnance de différer l'adjudication du contrat qu'il avait rendue le 16 mars 1999. Le 12 avril 1999, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).

2. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.

l'institution fédérale (le RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³. Le 23 avril 1999, Marathon 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 statué sur la plainte à partir des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 21 janvier 1999, le Ministère a reçu une demande d'achat du MDN portant sur la fourniture de 8 400 matelas pneumatiques autogonflables et leurs sacs de transport⁴ qui devaient être fabriqués en conformité avec la spécification technique D-87-001-415/SF-001 du MDN (la spécification).

Un Avis de projet de marché (APM) et une DP portant sur le besoin susmentionné ont été publiés par l'entremise du Service électronique d'appels d'offres canadien (MERX) le 22 février 1999. Il a été précisé que le besoin était soumis à l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵ (l'ACI). L'APM précisait, notamment, ce qui suit : « Il est possible d'examiner le dossier fabrication et un échantillon scellé aux bureaux régionaux suivants de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada : Québec (Québec); Montréal (Québec); Mississauga (Ontario); Winnipeg (Manitoba); Edmonton (Alberta); Vancouver (C.-B.) et Halifax (N.-É.) » [traduction]. Le MDN a envoyé des DF, sous pli séparé, à toutes les entreprises qui avaient demandé les documents d'appel d'offres. La DP précisait que la date de clôture des soumissions était le 10 mars 1999. L'APM indiquait aussi que la livraison était requise dans les plus brefs délais. Il était demandé aux soumissionnaires de proposer leur échéancier de livraison le plus bref.

La description des articles de la DP, à l'article 1, est donnée, notamment, comme suit : « SAC DE TRANSPORT 0000* SAC, SAC DE MATELAS avec pompe à air intégrée répondant à la spécification D-87-001-415/SF-001 datée du 1^{er} janvier 1997, sous réserve des exceptions suivantes » [traduction]. À l'article 2, on peut lire, notamment, ce qui suit : « MATELAS AUTO01GONF* MATELAS, PNEUMATIQUE, AUTOGONFLABLE répondant à la spécification D-87-001-415/SF-001 datée du 1^{er} janvier 1997 » [traduction].

La rubrique « **Livraison demandée** », à la page 9 de la DP, prévoit ce qui suit : « Il est demandé que les deux articles soient livrés dans les plus brefs délais. Les soumissionnaires doivent offrir leur échéancier de livraison le plus bref » [traduction]. Dans la DP, il est ensuite demandé aux soumissionnaires d'indiquer, pour les deux articles, la date et la quantité de la première livraison, et le rythme hebdomadaire de livraison du reste de la commande.

La rubrique « **Données techniques et échantillon(s) scellé(s) ou modèle(s) scellé(s)** », à la page 11 de la DP, précise ce qui suit : « Il est possible d'examiner les données techniques et un ou plusieurs échantillons scellés ou modèles scellés (le cas échéant) aux bureaux suivants » [traduction].

La DP donne ensuite une liste des adresses complètes des bureaux régionaux désignés dans l'APM, y compris celui de Mississauga.

-
3. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.
 4. Selon le Ministère, les articles susmentionnés ont été désignés comme parties de l'« Opération Abacus », soit l'engagement du MDN à répondre à la menace liée au bogue de l'an 2000, aux termes d'un mandat reçu du gouvernement du Canada. Le besoin est considéré comme une priorité absolue.
 5. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

Le 25 février 1999, Marathon a téléphoné au Ministère pour signaler le retard dans la réception du DF. Le ou vers le 9 mars 1999, Marathon a informé le Ministère, lors d'une conversation téléphonique, qu'elle avait reçu un exemplaire de la spécification à 16 h le 8 mars 1999 et, par conséquent, qu'elle demandait le report de la date limite de remise des soumissions, fixée au 10 mars 1999. L'agent de négociation des contrats a avisé Marathon que, la demande ayant été reçue moins de 24 heures avant la clôture de l'appel d'offres, il était trop tard pour préparer, transmettre et publier par l'intermédiaire du MERX un avis de prolongation du délai de remise des soumissions. Marathon a demandé que le Ministère établisse les raisons de son refus par écrit. Le Ministère a accepté, à condition que Marathon demande la prolongation du délai par écrit. Le 9 mars 1999, par télécopieur, Marathon a demandé une prolongation du délai et, le 10 mars 1999, le Ministère a refusé, par écrit, la demande de Marathon pour les raisons qu'il avait déjà indiquées. Le même jour, le délai de remise des soumissions prenait fin. Trois soumissions ont été reçues.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

Le Ministère soutient que Marathon a eu pleinement accès à la spécification applicable et que l'allégation de cette dernière, selon laquelle elle n'a pas soumissionné parce qu'elle n'a pas eu un accès suffisant à la spécification, est dénuée de fondement. Le Ministère affirme que les soumissionnaires pouvaient, à tout moment durant le délai de remise des soumissions, examiner les données techniques, photographier les dessins et prendre des notes relativement à la spécification. Fait plus important, le Ministère soutient que si Marathon s'était rendue au bureau régional du Ministère, à Mississauga, ou avait communiqué avec ce bureau par téléphone ou par télécopieur et exprimé ses préoccupations, elle aurait obtenu une copie complète de la spécification technique. Par conséquent, le Ministère soutient que Marathon ne peut, en toute sincérité, soutenir une plainte dans des circonstances où elle n'a pas pris les mesures nécessaires pour obtenir l'information nécessaire à la préparation de sa soumission.

Dans son exposé, le Ministère déclare que Marathon a décidé d'attendre de recevoir du MDN une copie de la spécification par la poste. Cela n'était pas nécessaire, et Marathon a omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour corriger le retard de réception en se rendant au bureau régional du Ministère ou en communiquant avec l'agent d'achat à Ottawa (Ontario). Le Ministère soutient que, si Marathon avait fait ce qui précède, il lui aurait immédiatement fait parvenir une copie de la spécification par messenger.

Le Ministère nie que Marathon, comme elle l'affirme, ait présenté trois demandes de prolongation du délai de remise des soumissions. La seule demande reçue à cet égard est la demande écrite de Marathon du 9 mars 1999. Le Ministère soutient que toute prolongation du délai de remise des soumissions à cette date tardive aurait porté préjudice aux autres soumissionnaires qui avaient tenu compte de la date limite fixée dans la DP pour la préparation et la présentation de leur soumission.

En ce qui concerne l'affirmation de Marathon, selon laquelle le délai de remise des soumissions en l'espèce était insuffisant, le Ministère a déclaré qu'il a pris les mesures pertinentes pour tenir compte du temps nécessaire pour la diffusion de l'information aux soumissionnaires en veillant à ce qu'une copie complète de la spécification soit mise à la disposition des soumissionnaires aux bureaux régionaux du Ministère et que, par conséquent, le délai de 16 jours accordé pour présenter une soumission était suffisant aux termes du paragraphe 506(5) de l'ACI.

Le Ministère soutient que la plainte doit être rejetée pour le motif qu'elle est dénuée de fondement. Il soutient de plus qu'une réparation n'est pas justifiée et demande d'avoir l'occasion de présenter d'autres exposés sur l'attribution de frais dans la présente affaire.

Position de Marathon

Marathon soutient ne jamais avoir, auparavant, connu de situation où les bureaux régionaux du Ministère disposaient de DF pour les fins de ramassage ou de photocopie. Marathon a indiqué que, d'après son expérience, le bureau régional de Mississauga n'a pas de politique concernant la photocopie.

En ce qui a trait à l'affirmation du Ministère selon laquelle, sur présentation d'une demande par Marathon, une copie du DF lui aurait immédiatement été envoyée par messenger, Marathon déclare avoir communiqué avec le Ministère, le 25 février 1999, pour s'informer du retard de réception du DF de MERX et que la seule réponse qu'elle a reçue a été qu'elle devait formuler sa plainte auprès de MERX. De plus, Marathon soutient que l'agent de négociation des contrats a dit ne pas avoir l'intention de prolonger le délai de remise des soumissions parce que le MDN avait immédiatement besoin des articles en question et parce qu'elle était certaine de recevoir des soumissions en nombre suffisant. Marathon déclare que le Ministère a été insensible à sa situation et n'a offert aucune aide que ce soit pour régler le problème.

Pour ce qui est de la contestation, par le Ministère, du fait que Marathon a téléphoné au Ministère pour exprimer son inquiétude devant le retard de réception du DF le 1^{er} mars 1999, Marathon admet s'être trompée dans sa déclaration initiale sur la date de la communication. En fait, la communication a eu lieu le 25 février 1999, et non le 1^{er} mars 1999.

En ce qui concerne le respect du délai de remise des soumissions, Marathon conteste l'affirmation du Ministère selon laquelle ledit délai a été de 16 jours. En ne comptant pas les fins de semaine, conformément à une pratique d'affaires courante, et en tenant compte de l'obligation d'envoyer les documents d'appel d'offres par messenger, il est plus juste de dire que le délai réel de la remise des soumissions en l'espèce a été de 13 jours. Un fait qui revêt une plus grande importance, selon Marathon, est celui qu'elle n'a pas reçu le DF avant le 8 mars 1999, soit 36 heures avant la date de clôture de l'appel d'offres. Cela, selon Marathon, est inacceptable et l'a placée dans une situation de désavantage concurrentiel manifeste. Selon Marathon, il incombe au Ministère de veiller à la diffusion complète et équitable de toute l'information, d'une manière uniforme et juste pour tous les soumissionnaires.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin 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, notamment, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux dispositions de l'ACI.

Le paragraphe 504(3) de l'ACI interdit, notamment, « c) l'établissement du calendrier du processus d'appel d'offres de façon à empêcher les fournisseurs de présenter des soumissions ». Plus précisément, le paragraphe 506(5) de l'ACI prévoit que « [c]haque Partie accorde aux fournisseurs un délai suffisant pour présenter une soumission, compte tenu du temps nécessaire pour diffuser l'information et de la complexité du marché public ». Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit aussi, notamment, que les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les exigences établies dans le marché public.

Le Tribunal doit décider si le Ministère a agi en conformité avec les dispositions susmentionnées de l'ACI lorsqu'il a passé ledit marché public.

Le Tribunal est convaincu que le DF est un élément essentiel pour indiquer clairement les conditions du MDN en l'espèce. Le Tribunal est d'avis qu'il était important que les soumissionnaires aient accès aux documents susmentionnés suffisamment tôt, par rapport à la date de clôture de l'appel d'offres, pour pouvoir préparer des soumissions recevables.

Le Tribunal constate en outre que l'APM et la DP font tous deux mention que le DF fait partie de la spécification et indiquent aussi clairement que ces documents sont disponibles pour « examen » à certains bureaux régionaux du Ministère, y compris le bureau régional de Mississauga qui a le même indicatif régional que celui du lieu d'affaires de Marathon. En outre, le Tribunal constate que le MDN a envoyé des DF à tous les soumissionnaires qui ont demandé la DP par l'intermédiaire de MERX. Les éléments de preuve montrent que Marathon a commandé la DP par l'intermédiaire de MERX et a reçu le DF par la poste le 8 mars 1999, 11 jours après avoir commandé la DP et 36 heures avant la clôture de l'appel d'offres. Les éléments de preuve montrent aussi que, le 25 février 1999, Marathon a communiqué avec le Ministère.

Le Tribunal conclut que les mesures officielles prévues par le Ministère pour mettre les documents d'appel d'offres, y compris le DF, à la disposition des soumissionnaires étaient suffisantes. Non seulement les DF étaient-ils disponibles sur demande auprès du MDN par l'intermédiaire de MERX, mais l'APM et la DP indiquaient aussi clairement que la spécification pouvait être examinée dans les bureaux régionaux du Ministère. Toutefois, le Tribunal n'est pas convaincu que le Ministère a appliqué des mesures pour aider Marathon à recevoir le DF en temps opportun.

Le Tribunal est d'avis que l'agent de négociation des contrats a été insensible au problème qui confrontait Marathon et n'a pas aidé à le régler. Selon le Tribunal, le fait que les soumissionnaires fassent affaire directement avec MERX pour obtenir les documents d'appel d'offres ne dispense pas complètement le Ministère de son obligation à cet égard, et les demandes d'aide présentées par les soumissionnaires ne doivent pas être ignorées ou mises de côté, comme cela a apparemment été fait en l'espèce. Le Tribunal est d'avis que les offres d'aide issues du Ministère, vues à la lumière des délais serrés du marché public, étaient insuffisantes.

Cela dit, le Tribunal ne comprend pas pourquoi, étant donné les circonstances, Marathon n'a pas saisi de nouveau le Ministère de la question ni visité le bureau régional de Mississauga pour examiner le DF lorsqu'elle s'est rendu compte que le retard dans la réception du DF atteignait un point critique quant à la préparation d'une soumission. Bien que Marathon ait commandé la DP de MERX et qu'elle s'attendait de recevoir le DF du MDN par la poste, le Tribunal est d'avis que, le délai de remise des soumissions s'écoulant de plus en plus, Marathon aurait pu tenter d'atténuer les effets néfastes de la livraison tardive du DF. Le Tribunal est d'avis qu'il est impossible de raisonnablement s'attendre qu'un système de livraison, quel qu'il soit, fonctionne toujours parfaitement, et les soumissionnaires ne peuvent se fier entièrement à de tels systèmes lorsqu'une défaillance se manifeste.

Le Tribunal est d'avis que le système officiel de diffusion des appels d'offres mis en œuvre dans le cadre de la DP en question aurait pu fonctionner si Marathon et le Ministère avaient tous deux davantage fait preuve d'initiative étant donné les circonstances et si un délai de remise des soumissions plus long avait été initialement prévu dans la DP. Le Tribunal est d'avis que le manque de temps est la véritable question en litige relativement à l'invitation à soumissionner. Le Tribunal est d'avis que, étant donné la nature technique du marché public en question, les moyens logistiques nécessaires pour faire parvenir le DF aux fournisseurs

potentiels et la brièveté des délais, il incombait au Ministère, l'auteur de la DP et du délai de remise des soumissions qui y était fixé, de porter une attention particulière à tout problème de livraison des documents d'appel d'offres. Autrement, il semblerait que la date de clôture du marché public en question, indiquée dans la DP, était déraisonnablement rapprochée. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Rien dans l'APM ni dans la DP n'indique que le marché public en question était urgent au point de ne pas avoir pu être assorti d'un plus long délai de remise des soumissions ou d'une prolongation raisonnable du délai de remise des soumissions au moment où le problème s'est manifesté et où Marathon a demandé une telle prolongation. La DP ne fixe pas de date obligatoire de livraison ni de quantité minimale au moment de la première livraison. Le Tribunal est d'avis que, si la situation était urgente, une telle urgence aurait dû se refléter dans l'APM ainsi que dans les modalités de la DP.

Le Tribunal comprend qu'il peut être difficile de prolonger à la dernière minute un délai de remise des soumissions, étant donné les contraintes de temps liées à la saisie de modifications dans le système MERX et le fait que la date de clôture d'un appel d'offres est l'un des facteurs dont tiennent compte les soumissionnaires pour établir leur offre finale. Cela, cependant, n'est pas un motif suffisant pour refuser de prolonger le délai de remise des soumissions ni, encore moins, pour fixer, au départ, des délais déraisonnables et inutilement serrés.

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

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

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre