



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2011-054

Kanter Marine Inc.

*Décision prise
le mardi 21 février 2012*

*Décision rendue
le mercredi 22 février 2012*

*Motifs rendus
le mercredi 7 mars 2012*

EU ÉGARD À une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47.

PAR

KANTER MARINE INC.

CONTRE

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

DÉCISION

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Pasquale Michaelae Saroli
Pasquale Michaelae Saroli
Membre président

Dominique Laporte
Dominique Laporte
Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. En vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. La plainte porte sur un marché public (invitation n° M7594-121988/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vue de la fourniture de quatre canots pneumatiques à coque rigide en aluminium de 8,5 à 9,5 mètres avec cabines et remorques.

3. Kanter Marine Inc. (Kanter) allègue que sa proposition a été incorrectement évaluée et déclarée non conforme. Plus particulièrement, Kanter soutient que TPSGC a accidentellement ou délibérément mal interprété les renseignements inclus dans sa proposition. Elle affirme également que certaines exigences de l'invitation n'étaient pas clairement définies.

4. À titre de mesure corrective, Kanter demande que sa proposition soit réévaluée et que le contrat lui soit octroyé si celle-ci est jugée conforme aux exigences de l'invitation. Subsidiairement, Kanter demande le lancement d'un nouvel appel d'offres assorti d'un énoncé des besoins révisé.

5. Le 30 novembre 2011, TPSGC publiait une demande de proposition (DP) pour la fourniture de canots pneumatiques. La date initiale de clôture des soumissions était le 20 décembre 2011, mais cette date a été reportée au 5 janvier 2012 lors de modifications apportées à l'invitation.

6. Les parties 3 et 4 de la DP informaient les soumissionnaires des critères que leur proposition devait respecter. Les critères suivants sont au nombre de ceux d'une importance particulière dans la présente plainte :

PARTIE 3 – INSTRUCTIONS POUR LA PRÉPARATION DES SOUMISSIONS

[...]

Section I – Soumission technique

Dans leur soumission technique, les soumissionnaires doivent montrer leur compréhension des exigences contenues dans l'invitation à soumissionner et expliquer comment ils y répondront. Les soumissionnaires doivent démontrer de manière exhaustive, concise et claire leur capacité à effectuer le travail.

La soumission technique doit traiter de façon claire et suffisamment approfondie des points faisant l'objet des critères d'évaluation qui serviront à évaluer la soumission. Il ne suffit pas de reprendre simplement les énoncés contenus dans l'invitation à soumissionner. [...]

[...]

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

PARTIE 4 – PROCÉDURE D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION

[...]

1.1.1. Critères techniques obligatoires

Pour être conforme, la proposition du soumissionnaire doit, à la satisfaction du Canada, respecter toutes les exigences de l'EBT [énoncé des besoins techniques] et fournir tous les renseignements demandés ci-dessous.

[Traduction]

7. En ce qui concerne l'EBT à l'annexe « A » de la DP, elle comprend les exigences suivantes :

4.0 RENDEMENT OPÉRATIONNEL

[...]

4.3 Vitesse de pointe : au moins 48+ nœuds

[...]

7.0 COQUE

[...]

7.6 La conception de la coque doit être telle qu'une quantité suffisante de compartiments étanches, y compris les compartiments de coque, et de mousse de flottaison à faible propagation de la fumée et des flammes ou ignifuge, ou de dispositifs de flottaison permettront d'assurer une stabilité adéquate et une flottabilité positive en cas d'invasion par l'eau.

[...]

8.0 PONT

[...]

8.12 Une bitte de remorquage cruciforme pouvant supporter une charge de 3 000 lb (1 360 kg) pour le remorquage de SECOURS doit être fournie et attachée en permanence au pont arrière en avant du point de poussée de l'embarcation. Le treuil de remorquage à manivelle doit être adapté pour fixer 100 mètres de câble de remorquage flottant de 3/4 po. Le treuil de remorquage doit être muni d'un couvercle amovible doté d'un système de fixation afin d'en permettre le retrait rapide. Une barrière de protection grillagée doit être installée afin d'éviter la sortie arrière et le déroulement du câble de remorquage. Le pont doit être noir mat.

[Traduction]

8. Kanter a présenté une proposition en réponse à l'invitation. Le 19 janvier 2012, à la suite d'une demande de TPSGC, Kanter fournissait des éclaircissements et des documents supplémentaires à l'appui de la réponse à l'EBT inclus dans sa proposition.

9. Le 31 janvier 2012, TPSGC faisait savoir à Kanter que sa proposition avait été jugée non conforme parce qu'elle ne respectait pas les exigences susmentionnées. TPSGC informait également Kanter qu'un contrat avait été octroyé à un autre soumissionnaire, à savoir Titan Inflatables Ltd. Le 1^{er} février 2012, Kanter s'opposait au rejet de sa soumission.

10. Selon la plainte, le 3 février 2012, TPSGC répondait à l'opposition de Kanter en confirmant les résultats de son évaluation. Le 8 février 2012, Kanter présentait une deuxième opposition à TPSGC dans laquelle elle réitérait ses préoccupations au sujet de l'évaluation de sa proposition³.

11. Le fond de la plainte que Kanter a déposée devant le Tribunal est que, compte tenu des renseignements et des documents inclus dans sa proposition et des éclaircissements qu'elle a fournis à TPSGC au cours de la procédure de passation du marché public, le rejet de sa proposition pour non-conformité à certaines exigences de l'EBT est inapproprié.

12. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément à l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁴, à l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵, à l'*Accord sur les marchés publics*⁶, à l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*⁷, à l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou*⁸ ou à l'*Accord de libre-échange Canada-Colombie*⁹, selon le cas. En l'espèce, seul l'ACI s'applique.

13. Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit que, « [d]ans 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. 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. »

14. TPSGC invoque trois motifs distincts pour déclarer non conforme la soumission technique de Kanter :

- la proposition ne comprenait pas de compartiments de coque comportant de la mousse de flottaison à faible propagation de la fumée et des flammes ou ignifuge, ou des dispositifs de flottaison, comme l'exige le paragraphe 7.6 de l'EBT;

3. Le Tribunal remarque que les oppositions de Kanter et la réponse de TPSGC n'ont pas été déposées auprès du Tribunal à titre de pièces jointes à la plainte. Toutefois, la plainte comprenait suffisamment de renseignements pour que le Tribunal puisse évaluer la nature des préoccupations de Kanter et les motifs de rejet de sa proposition par TPSGC.

4. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994).

5. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

6. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm>.

7. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997). Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

8. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009).

9. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&view=d>> (entré en vigueur le 15 août 2011).

- la documentation à l'appui accompagnant la proposition, tirée du Lloyd's Register of Shipping, indiquait que le modèle offert ne respectait pas l'exigence selon laquelle la vitesse devait atteindre au moins 48 nœuds;
- la proposition ne comprend pas les 100 mètres de câble de remorquage flottant de 3/4 po exigés en vertu du paragraphe 8.12 de l'EBT.

15. Le Tribunal se penchera d'abord sur la question de savoir si les renseignements indiquent, de façon raisonnable, que TPSGC n'a pas respecté les dispositions de l'ACI en concluant que la proposition de Kanter n'était pas conforme au paragraphe 7.6 de l'EBT.

16. Comme il est indiqué ci-dessus, le paragraphe 7.6 de l'EBT prévoit ce qui suit :

7.6 La conception de la coque doit être telle qu'une quantité suffisante de compartiments étanches, y compris les compartiments de coque, et de mousse de flottaison à faible propagation de la fumée et des flammes ou ignifuge, ou de dispositifs de flottaison permettront d'assurer une stabilité adéquate et une flottabilité positive en cas d'invasion par l'eau.

[Nos italiques, traduction]

17. La soumission technique de Kanter indique ce qui suit concernant cette exigence : « Les compartiments étanches de flottabilité situés sous les ponts de l'embarcation permettront d'assurer une stabilité et une flottabilité adéquates en cas d'invasion par l'eau » [traduction]. Le Tribunal remarque qu'il ne dispose d'aucun élément de preuve indiquant que Kanter a fourni des explications supplémentaires sur la manière dont elle respecterait cette exigence.

18. À titre d'opposition à la conclusion de non-conformité à cette exigence de TPSGC, Kanter affirme être d'avis que « [...] cette section de l'EBT [était] très mal rédigée » [traduction]¹⁰. À l'appui de son allégation, Kanter indique ce qui suit : « Il y a apparemment eu confusion au sujet de cette section dans un EBT semblable, ce qui a nécessité l'annulation de l'invitation à soumissionner et le lancement d'une nouvelle invitation dont le libellé avait été révisé [...] » [traduction]¹¹. Dans la mesure où la révision d'un libellé semblable dans un EBT antérieur laisse entendre que le libellé du paragraphe 7.6 du présent EBT est ambigu, il incombait à Kanter de demander des précisions en temps opportun.

19. En effet, si Kanter avait des inquiétudes au sujet de ce critère obligatoire particulier ou doutait de sa signification étant donné la révision du libellé d'exigences semblables dans des invitations antérieures, elle aurait dû poser des questions à TPSGC à cet égard ou s'opposer à l'inclusion de ce critère obligatoire lorsqu'elle en a pris connaissance, c'est-à-dire avant de présenter sa soumission. À cet égard, le Tribunal a affirmé ce qui suit dans une cause antérieure :

La Cour d'appel fédérale a aussi récemment rendu une décision sur la question de l'ambiguïté dans les DP, dans le cadre de l'affaire *IBM Canada c. Hewlett-Packard (Canada) et le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux*. Dans sa décision, dans le contexte de la discussion des délais de dépôt des plaintes auprès du Tribunal, la Cour d'appel fédérale a clairement déclaré qu'il importait que les fournisseurs potentiels déposent leur plainte dès qu'ils découvraient un vice dans la procédure, y compris des difficultés d'interprétation des conditions d'une invitation à soumissionner, et ce, dans les termes suivants :

10. Voir le document de Kanter intitulé « Procurement Complaint Form » [Formule de plainte concernant un marché public].

11. *Ibid.*

On s'attend qu'ils assureront une surveillance constante et réagiront dès qu'ils découvriront ou devraient raisonnablement découvrir un vice dans la procédure. L'objet visé est que toute la procédure de passation du marché public [...] soit ouverte dans une mesure tout aussi grande que la mesure dans laquelle elle doit être rapide.

La Cour d'appel fédérale a poursuivi en précisant que l'adoption d'une « attitude d'attentisme » [traduction] est précisément ce que la procédure de passation du marché public et le Règlement tentent de décourager¹².

[Notes omises]

20. Cependant, la plainte ne fournit aucun élément de preuve selon lequel un soumissionnaire a posé des questions à cet égard au cours de la période de soumission.

21. Quoi qu'il en soit, une telle révision du libellé dans une autre invitation à soumissionner, sans rapport avec l'EBT en question, n'est pas pertinente à l'examen du Tribunal en l'espèce. Le Tribunal remarque qu'il a affirmé dans une cause antérieure que les exigences particulières d'invitations précédentes, ou toute autre pratique antérieure entre parties, ne sont pas pertinentes pour son évaluation concernant des aspects de l'invitation en cause dans une plainte¹³.

22. En ce qui concerne le bien-fondé de l'allégation de Kanter concernant le paragraphe 7.6 de l'EBT, Kanter affirme avoir compris du libellé qu'il permettait au soumissionnaire de proposer « [...] *soit* un compartiment étanche de flottaison situé sous le pont, *soit* de la mousse ou un autre type de matériau de flottaison afin d'offrir la "flottabilité [précisée] en cas d'invasion par l'eau" » [nos italiques, traduction].

23. Par le fait même, Kanter reconnaît effectivement ne pas avoir respecté l'exigence technique du paragraphe 7.6 de l'EBT, comme l'a interprétée TPSGC dans l'évaluation de sa soumission technique.

24. Par conséquent, la question que doit trancher le Tribunal est celle de déterminer si l'exigence du paragraphe 7.6 de l'EBT est ambiguë.

25. Le Tribunal est d'avis que le paragraphe 7.6 de l'EBT, qui porte expressément sur la conception de la coque¹⁴, est clair et sans équivoque. Tout d'abord, l'expression « *doit être telle que* » [nos italiques] indique clairement que les spécifications relatives à la conception de la coque qui suivent revêtent un caractère obligatoire. Ensuite, l'utilisation de la conjonction « *et* » [nos italiques] (plutôt que de la disjonction « *ou* ») après l'expression « *y compris les compartiments de coque* » [nos italiques] indique clairement que, pour être considérée conforme, la soumission technique doit *inclure* des compartiments étanches *et* de la mousse de flottaison à faible propagation de la fumée et des flammes ou ignifuge, ou des dispositifs de flottaison.

26. Comme il est indiqué précédemment, le paragraphe 1.1.1 de la partie 4 de la DP prévoit ce qui suit : « Pour être conforme, la proposition du soumissionnaire doit, à la satisfaction du Canada, respecter *toutes* les exigences de l'EBT [...] » [Nos italiques]

12. *Re plainte déposée par Primex Project Management Ltd.* (22 août 2002), PR-2002-001 (TCCE) à la p. 11.

13. *Re plainte déposée par Teledyne Webb Research, une entité commerciale de Teledyne Benthos, Inc.* (20 octobre 2011), PR-2011-038 (TCCE) à la p. 4.

14. Le mot « *hull* » (coque) est défini comme il suit : « La partie structurale principale du navire, sans comprendre la plate-forme, la quille ou le mât. La partie qui empêche l'eau d'entrer dans le bateau. » En ligne : *Marine Dictionary 2009*, <<http://maritimedictionary.org/ASP/MarineDictionary.asp?WORD=hull>> s.v. « *hull* ».

27. Le Tribunal est d'avis que le fait que la proposition de Kanter ne réponde pas pleinement aux exigences techniques du paragraphe 7.6 de l'EBT est un motif suffisant en soi pour que TPSGC déclare non conforme la soumission de Kanter.

28. Il est bien établi qu'il incombe au soumissionnaire de montrer une conformité en tous points aux critères obligatoires¹⁵. Le Tribunal indique également qu'il revient en dernier ressort au soumissionnaire de vérifier qu'une proposition est conforme à tous les éléments essentiels d'une invitation. Par conséquent, il incombe au soumissionnaire de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa proposition afin de vérifier qu'elle est conforme à tous les éléments essentiels¹⁶.

29. Puisqu'il en est ainsi, le Tribunal estime qu'il n'a pas à examiner les autres motifs cités par TPSGC pour déclarer la proposition non conforme à la DP afin de statuer sur le bien-fondé de la plainte.

30. Le Tribunal conclut donc que TPSGC a agi correctement et raisonnablement lorsqu'il a rejeté la proposition de Kanter et ne voit aucune raison d'infirmer le jugement des évaluateurs et, en particulier, leur conclusion que la proposition de Kanter était non conforme à une exigence obligatoire de la DP¹⁷.

31. Par conséquent, le Tribunal conclut que les renseignements au dossier n'indiquent pas, de façon raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément à l'ACI. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

32. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Pasquale Michaele Saroli

Pasquale Michaele Saroli
Membre président

15. Par exemple, *Re plainte déposée par Info-Electronics H P Systems Inc.* (2 août 2006), PR-2006-012 (TCCE).

16. *Re plainte déposée par Integrated Procurement Technologies, Inc.* (14 avril 2008), PR-2008-007 (TCCE).

17. Dans *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au para. 51, le Tribunal a indiqué qu'il « [...] interviendra relativement à une évaluation uniquement dans les cas où elle serait réputée *déraisonnable* ».