



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2020-058

Reach Technologies Inc.

*Décision prise
le mercredi 25 novembre 2020*

*Décision rendue
le jeudi 26 novembre 2020*

*Motifs rendus
le vendredi 11 décembre 2020*

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), ch. 47 (4^e suppl.).

PAR

REACH TECHNOLOGIES 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 a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

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 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.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ

[2] La présente plainte concerne une demande de propositions (DP) lancée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale en vue d'obtenir un récepteur logiciel de bouée acoustique (RLBA) (invitation n° W7707-206762/A).

[3] Reach Technologies Inc. (RTI) allègue que la documentation relative à l'appel d'offres ne dévoilait pas tous les renseignements nécessaires au sujet des critères d'évaluation et que TPSGC s'est appuyé sur des critères d'évaluation non divulgués lors de son évaluation de la soumission de RTI. RTI s'oppose à la conclusion de TPSGC selon laquelle sa soumission ne satisfaisait pas aux critères obligatoires M1 et M4 de la DP.

[4] À titre de mesure corrective, RTI demande que le contrat spécifique soit résilié et qu'un nouvel appel d'offres soit lancé.

[5] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

CONTEXTE

[6] La DP a été publiée le 9 juillet 2020 et la date définitive de clôture des soumissions était fixée au 15 septembre 2020³.

[7] Le 15 septembre 2020, RTI a déposé sa soumission⁴.

[8] Le 27 octobre 2020, TPSGC a informé RTI qu'elle n'obtiendrait pas de contrat. Sa soumission n'avait pas été retenue⁵ au motif que RTI n'avait pas inclus les renseignements nécessaires pour démontrer qu'elle satisfaisait au critère obligatoire M1, soit « M1 – Doit prouver que le RLBA peut démoduler simultanément 32 canaux de bouée acoustique ».

[9] Le 28 octobre 2020, RTI a demandé une réunion de compte rendu pour discuter des motifs pour lesquels sa proposition avait été déclarée non conforme au critère M1⁶.

[10] Le 5 novembre 2020, la réunion de compte rendu a eu lieu par vidéoconférence⁷.

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

² DORS/93-602 [*Règlement*].

³ Pièce PR-2020-058-01B aux p. 63 et 94.

⁴ *Ibid.* à la p. 10.

⁵ *Ibid.* à la p. 99.

⁶ *Ibid.* à la p. 103.

⁷ *Ibid.* aux p. 137-138.

[11] Le 9 novembre 2020, RTI a communiqué avec TPSGC afin de réitérer le désaccord qu'elle avait exprimé lors de la réunion de compte rendu tenue le 5 novembre 2020 à l'égard du rejet de sa proposition pour le motif qu'elle n'avait pas satisfait au critère M1. RTI a affirmé ce qui suit :

Dans notre proposition technique, nous avons pleinement consigné notre réussite aux tests de démodulation simultanée de 32 canaux provenant de bouées acoustiques à la section 3.5.1. À la section 3.4.1.4, nous avons indiqué que la solution que nous proposons était d'utiliser un récepteur à 32 canaux capable de découper en canaux et de démoduler simultanément 32 de l'un ou l'autre des 99 canaux de bouée acoustique. Selon nous, le réglage de la totalité des 32 canaux de notre récepteur sur un seul signal test modulé de bouée acoustique, en plus d'effectuer le test de brouillage par intermodulation décrit à la section 3.5.3, permet d'assurer une couverture d'essai adéquate du rendement du récepteur à 32 canaux simultanés. En outre, cela valide le bien-fondé du critère obligatoire. Comme la DP ne précise pas la procédure de test à utiliser, nous avons élaboré cette procédure que nous jugions logique et raisonnable⁸.

[Traduction]

[12] Le 10 novembre 2020, TPSGC a répondu à RTI. Il a indiqué que le responsable technique avait conclu que le fait d'« émettre le même signal 32 fois » [traduction] ne suffisait pas pour satisfaire aux exigences de la DP et a ajouté que RTI avait confirmé qu'elle ne possédait pas l'équipement approprié pour démontrer une démodulation simultanée de 32 canaux⁹. TPSGC a également informé RTI que le responsable technique avait conclu que sa soumission n'était pas conforme au critère M4, qui prévoit ceci :

Doit prouver que le RLBA consiste en un système commercial ou militaire qui est disponible sur le marché et prêt à la production en fournissant une preuve de vente d'un RLBA.

[13] TPSGC a indiqué que RTI avait fourni une facture concernant un RLBA à deux canaux, laquelle n'a pas été considérée comme une preuve de vente d'un RLBA à 32 canaux¹⁰.

[14] Le 16 novembre 2020, RTI a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Toutefois, celle-ci n'incluait pas tous les renseignements et documents pertinents que le plaignant avait en sa possession, comme l'exige le paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*. Le 18 novembre 2020, le Tribunal a informé RTI que sa plainte était incomplète et lui a demandé de fournir des renseignements supplémentaires pour combler les lacunes.

[15] Le 18 novembre 2020, RTI a fourni au Tribunal des renseignements supplémentaires qui atténuèrent sensiblement les lacunes de sa plainte. Par conséquent, aux termes de l'alinéa 96(1)b) des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, la plainte est considérée avoir été déposée le 18 novembre 2020.

[16] Le 25 novembre 2020, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

⁸ *Ibid.* à la p. 139.

⁹ *Ibid.* à la p. 145.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 145.

ANALYSE

[17] Aux termes des articles 6 et 7 du *Règlement*, après avoir reçu une plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit déterminer si les quatre conditions suivantes sont satisfaites avant d'entamer une enquête :

- i) la plainte a été déposée dans les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement*¹¹;
- ii) le plaignant est un fournisseur potentiel¹²;
- iii) la plainte porte sur un contrat spécifique¹³;
- iv) les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux pertinents¹⁴.

[18] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte n'a pas été déposée en conformité avec les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement* et qu'elle n'indiquait pas de façon raisonnable qu'il y avait eu violation des accords commerciaux. Par conséquent, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

Respect du délai

[19] Comme il a été mentionné précédemment, l'un des motifs de plainte de RTI était que la documentation relative à l'appel d'offres n'était pas suffisamment claire, contrairement à ce que prévoit l'alinéa 7a) de l'article 509 de l'Accord de libre-échange canadien¹⁵ (et les dispositions équivalentes des autres accords commerciaux applicables)¹⁶. Plus précisément, en ce qui concerne le critère M1, RTI soutient que la DP indiquait que la soumission devait démontrer que le RLBA *pouvait* démoduler simultanément 32 canaux et non qu'elle devait démontrer la démodulation *réelle* de 32 canaux simultanément. De plus, RTI fait valoir qu'aucune procédure de test n'était fournie dans la DP et que par conséquent, cette dernière n'indiquait pas clairement quelle preuve il fallait fournir pour démontrer que le RLBA proposé « pouvait » démoduler simultanément 32 canaux de bouée acoustique.

[20] Comme il est indiqué précédemment, RTI affirme que sa soumission démontrait bien que le RLBA qu'elle proposait pouvait démoduler simultanément 32 signaux différents. En outre, RTI soutient que pour démontrer sa capacité à décoder simultanément des signaux différents sur 32 canaux, elle aurait eu besoin d'avoir accès à un simulateur dispendieux qu'elle ne possédait pas. Par conséquent, RTI a élaboré sa propre procédure de test qu'elle jugeait « logique et raisonnable ».

¹¹ Paragraphe 6(1) du *Règlement*.

¹² Alinéa 7(1)a) du *Règlement*.

¹³ Alinéa 7(1)b) du *Règlement*.

¹⁴ Alinéa 7(1)c) du *Règlement*.

¹⁵ En ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/CFTA-Consolidated-Text-Final-Print-Text-French-.pdf>> (entré en vigueur 1^{er} juillet 2017).

¹⁶ Selon l'avis de projet de marché, ces accords sont les suivants : l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC, et l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste.

[21] En ce qui concerne le critère M4, RTI fait valoir qu'il n'exigeait pas de preuve de vente d'un RLBA de 32 canaux, mais seulement « d'un RLBA ». Selon RTI, lors de la réunion de compte rendu du 5 novembre 2020, TPSGC a expliqué que cette formulation avait été laissée délibérément ouverte afin de ne pas disqualifier les soumissionnaires qui n'avaient pas commercialisé l'unité exacte visée par l'appel d'offres¹⁷. RTI affirme que cela prouve que le critère n'était pas clairement formulé, car TPSGC lui-même ne comprenait pas très bien ce qu'il englobait.

[22] Selon les paragraphes 6(1) et (2) du *Règlement*, le plaignant doit déposer une plainte auprès du Tribunal ou présenter une opposition à l'institution fédérale dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte.

[23] Le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont toujours conclu que les soumissionnaires doivent être vigilants et réagir dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure¹⁸. Le mécanisme d'examen des marchés publics ne prévoit pas la possibilité d'accumuler les griefs et de les présenter une fois que la soumission est rejetée. En particulier, les plaintes concernant l'interprétation des modalités d'un appel d'offres doivent être déposées lorsque le problème allégué est devenu ou aurait dû devenir manifeste. En général, le Tribunal considère que ce moment correspond à celui où le soumissionnaire prend connaissance des documents d'appel d'offres¹⁹.

[24] Le Tribunal a également conclu qu'il incombe au soumissionnaire, avant de présenter sa soumission, de demander des précisions à l'entité acheteuse pour s'assurer qu'il n'a pas présumé de manière erronée la manière dont les exigences doivent s'appliquer. Les accords commerciaux ne protègent pas un soumissionnaire si son interprétation des exigences s'avère inexacte²⁰.

[25] Le Tribunal considère que le problème concernant le critère M1 était ou aurait raisonnablement dû être manifeste pour RTI au moment où elle a pris connaissance des documents d'appel d'offres. Le fait que la DP ne prévoit aucune directive sur le type de preuve à fournir pour démontrer que le RLBA proposé peut démoduler simultanément 32 canaux est évident au vu de la DP. Cependant, rien ne prouve que RTI ait demandé des précisions à TPSGC concernant la formulation du critère M1 ou concernant la procédure de test à utiliser pour démontrer la conformité avant de déposer sa soumission. Ces problèmes n'ont été soulevés que lorsque RTI a été informée du rejet de sa soumission. Autrement dit, RTI a supposé que la procédure de test qu'elle avait adoptée était suffisante et n'a fait mention du manque de clarté de la documentation relative à l'appel d'offres concernant la façon de prouver que le RLBA proposé pouvait démoduler simultanément 32 canaux qu'après que sa proposition a été rejetée. Le Tribunal conclut que ce problème aurait dû être soulevé auprès de TPSGC plus tôt dans le processus et que RTI n'a pas déposé sa plainte à temps.

[26] De même, en ce qui concerne le critère M4, RTI a supposé que le passage « un RLBA » voulait dire un RLBA comportant un nombre de canaux indéterminé. RTI prétend maintenant que cette formulation était ambiguë. Encore une fois, l'ambiguïté de la formulation était ou aurait raisonnablement dû être manifeste pour RTI au moment où elle a pris connaissance de la

¹⁷ Pièce PR-2020-058-01B aux p. 11 et 14.

¹⁸ *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 (CanLII).

¹⁹ *Davco Welding Ltd.* (29 juin 2017), PR-2017-018 (TCCE) au par. 24; *Joli Distribution F. Hendel Inc.* (18 avril 2017), PR-2016-067 (TCCE) au par. 12.

²⁰ *Accipiter Radar Technologies Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (26 avril 2019), PR-2018-049 (TCCE) au par. 75.

documentation relative à l'appel d'offres, car la DP visait précisément à trouver un RLBA à 32 canaux, mais cela n'était pas précisé au critère M4. Il incombait à RTI de demander des précisions à TPSGC concernant cette ambiguïté avant de présenter sa proposition. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce problème aurait également dû être soulevé auprès de TPSGC plus tôt dans le processus et pas seulement après que la soumission de RTI a été rejetée.

Indication raisonnable de violation

[27] Les accords commerciaux obligent les entités acheteuses à évaluer les soumissions conformément aux critères essentiels énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres. Ils prévoient aussi généralement que, afin d'être pris en considération pour l'attribution d'un contrat, le soumissionnaire doit respecter les exigences essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres et que les entités acheteuses doivent attribuer les contrats en conformité avec les exigences et les critères essentiels énoncés dans la documentation²¹.

[28] Lorsqu'il doit évaluer si ces procédures ont été suivies, le Tribunal fait preuve de déférence envers les évaluateurs et ne substitue son jugement au leur que si l'évaluation est déraisonnable; par exemple si les évaluateurs ne se sont pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, s'ils ont donné une interprétation erronée de la portée d'une exigence, s'ils n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, s'ils ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou que l'évaluation n'a pas été effectuée d'une manière équitable du point de vue de la procédure²².

[29] RTI soutient que TPSGC a appliqué des critères d'évaluation non divulgués lorsqu'il a évalué sa soumission. Plus précisément, elle affirme que TPSGC avait une préférence pour une procédure de test particulière afin de démontrer la conformité au critère M1, procédure qui, comme il a été mentionné précédemment, aurait nécessité un simulateur dispendieux et n'était pas énoncée dans la documentation relative à l'appel d'offres.

[30] Étant donné que le Tribunal a convenu que la DP ne fournissait pas de détails concernant le type de preuve à fournir pour respecter le critère M1, il doit se demander si cela a entraîné une iniquité pour RTI parce qu'elle ne pouvait pas s'attendre, à la lecture de la documentation relative à l'appel d'offres, à être évaluée de la manière dont TPSGC l'a fait²³.

²¹ Le paragraphe 509(7) de l'Accord de libre-échange canadien stipule qu'une entité contractante doit mettre à la disposition des fournisseurs tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, y compris les critères d'évaluation, et le paragraphe 515(4) stipule que, pour être considérée en vue d'une adjudication, une soumission, au moment de son ouverture, doit être conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

²² Comme l'a affirmé le Tribunal dans *Joint Venture of BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au par. 25, « [l]a détermination de [l'institution fédérale] sera jugée raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal ». Voir aussi *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) au par. 33; *Northern Lights Aerobatic Team, Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au par. 52.

²³ *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 et PR-2014-020 (TCCE) au par. 105.

[31] La Cour d'appel fédérale a conclu que, même si une DP doit indiquer les principaux critères d'évaluation, elle n'a pas à indiquer tous les aspects de chaque critère dont il sera peut-être tenu compte, à condition que les aspects non indiqués aient un lien raisonnable avec le critère exprès ou qu'ils soient englobés dans ce critère²⁴. Cependant, lorsque les critères non divulgués s'écartent de manière importante des critères publiés, l'évaluation est inéquitable et déraisonnable²⁵.

[32] L'argument de RTI selon lequel TPSGC a utilisé des critères d'évaluation non divulgués est intimement lié à son argument selon lequel l'utilisation du mot « peut » au critère M1 signifie que les soumissionnaires n'étaient pas tenus de fournir une preuve de démodulation réelle de 32 canaux, puisque RTI affirme que la seule façon de démontrer une telle démodulation simultanée de 32 canaux est d'utiliser un simulateur. Le Tribunal estime que cette tentative d'établir une distinction entre les mots « peut » et « réelle » est sans importance. Il semble raisonnable que TPSGC s'attende à recevoir une preuve démontrant que le produit qu'il tente d'acheter est réellement capable d'accomplir la tâche pour laquelle il souhaite l'acheter. Par conséquent, il semble raisonnable de considérer que « peut » et « être capable » sont synonymes dans ce contexte. Les évaluateurs ont conclu que les éléments de preuve présentés par RTI ne démontraient pas cette capacité. Le Tribunal considère donc qu'il n'était pas inéquitable que TPSGC demande une preuve que le RLBA pouvait réellement démoduler simultanément 32 canaux et que RTI aurait pu raisonnablement s'attendre, à la lecture de la documentation relative à l'appel d'offres, à être évaluée de cette manière.

[33] Par ailleurs, il est difficile de dire si la seule façon acceptable de démontrer cette capacité était d'utiliser le simulateur dispendieux ou si TPSGC aurait accepté d'autres types de preuve démontrant que le RLBA pouvait démoduler simultanément 32 canaux. Encore une fois, la question en l'espèce est celle de savoir si RTI a supposé que le fait de démontrer la « capacité » serait suffisant.

[34] Par conséquent, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas utilisé de critères d'évaluation non divulgués pour évaluer la soumission de RTI.

DÉCISION

[35] Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte.

Peter Burn

Peter Burn

Membre président

²⁴ *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 RCF 292, 2001 CAF 241 (CanLII) au par. 43.

²⁵ *MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) et Fleetway Inc.* (6 mars 2000), PR-99-034 (TCCE) aux p. 19-20; *Sepritech Systems Inc. c. Peacock Inc.*, 2003 CAF 71 (CanLII) au par. 32.