



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier PR-2023-008

NJB Soft, LLC

*Décision prise
le mardi 2 mai 2023*

*Décision rendue
le jeudi 4 mai 2023*

*Motifs rendus
le mardi 9 mai 2023*

EU ÉGARD À une plainte déposée aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

PAR

NJB SOFT, LLC

CONTRE

L'AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA

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.

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure

Georges Bujold

Georges Bujold

Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (Loi sur le TCCE), tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*² (Règlement), 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.

[2] La présente plainte concerne une demande de proposition (DP) (appel d'offres 1000429434) publiée par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) en vue d'obtenir un système infonuagique, sécurisé et bilingue pour la gestion des données sur l'eau potable qui permettra aux employés de l'ASFC de gérer l'information relative aux installations et les données sur la qualité de l'eau pour tous les réseaux d'eau potable des installations de l'ASFC.

CONTEXTE

[3] Le 12 décembre 2022, l'ASFC a publié un préavis d'adjudication de contrat (PAC) faisant état de ses exigences et de son intention d'attribuer un contrat à WaterTrax au motif qu'elle était la seule entreprise capable de répondre à ces exigences³. Le PAC énumérait les exigences essentielles minimales⁴ de l'ASFC et invitait les fournisseurs qui se considéraient comme pleinement qualifiés à satisfaire à toutes ces exigences à soumettre un énoncé des capacités au plus tard le 28 décembre 2022⁵.

[4] Le 23 décembre 2022, la plaignante, NJB Soft, LLC (NJB), a fourni à l'ASFC un énoncé des capacités en réponse au PAC, dans lequel elle indiquait qu'elle serait en mesure d'effectuer les travaux prévus au contrat⁶. NJB a toutefois indiqué qu'elle ne pouvait pas se conformer au critère suivant⁷ parce qu'elle n'avait pas huit ans d'expérience de travail avec un laboratoire certifié par l'Association canadienne d'accréditation des laboratoires (CALA)⁸ :

Établir des ententes et des configurations de transfert de données pour un minimum de huit (8) ans avec des laboratoires environnementaux publics et privés certifiés par l'Association canadienne d'accréditation des laboratoires (CALA) partout au Canada. Cinq (5) arrangements et configurations de transfert de données doivent avoir été établis au cours des huit (8) dernières années;

¹ L.R.C. (1985), ch. 47 (4e suppl.).

² DORS/93-602.

³ Pièce PR-2023-008-01 à la p. 6.

⁴ *Ibid.* aux p. 150–152.

⁵ En ligne : <<https://canadabuys.canada.ca/fr/occasions-de-marche/appels-d-offres/pw-22-01016868>>.

⁶ Pièce PR-2023-008-01 aux p. 153–167.

⁷ *Ibid.* à la p. 150.

⁸ *Ibid.* à la p. 160.

[5] Le 23 janvier 2023, l'ASFC a avisé NJB que, compte tenu de l'énoncé des capacités qu'elle avait fourni, NJB ne répondait pas aux critères de l'appel d'offres et a indiqué qu'elle avait l'intention d'attribuer un contrat à WaterTrax⁹.

[6] Le 13 février 2023, l'appel d'offres 1000429434 a toutefois été publié sur AchatsCanada¹⁰. Le critère technique obligatoire auquel NJB a indiqué ne pas pouvoir satisfaire dans son énoncé des capacités a été légèrement modifié en supprimant l'exigence selon laquelle les soumissionnaires devaient avoir au moins huit ans d'expérience dans l'établissement d'ententes et de configurations de transfert de données. NJB a estimé qu'elle pouvait désormais répondre à toutes les exigences de l'appel d'offres.

[7] Le 8 mars 2023, NJB a présenté une soumission en réponse à l'appel d'offres. Le 23 mars 2023, l'ASFC a demandé, par l'entremise de la Politique sur le processus de conformité des soumissions en phases, que NJB fournisse des renseignements supplémentaires ou révisés concernant certains aspects de sa soumission technique¹¹. NJB a présenté une soumission technique révisée le 27 mars 2023¹².

[8] Le 24 avril 2023, l'ASFC a informé NJB que sa soumission avait été jugée non conforme en ce que la soumission ne fournissait pas de détails sur cinq ententes et configurations de transfert de données établies au cours des huit dernières années et, par conséquent, ne respectait pas le critère technique obligatoire 3¹³. Le même jour, NJB a écrit à l'ASFC pour lui indiquer qu'elle ne savait pas pourquoi sa soumission avait été jugée non conforme, que sa solution était moins coûteuse que celle du soumissionnaire retenu et qu'elle était disponible pour l'aider si le soumissionnaire retenu n'était pas en mesure d'accomplir le travail¹⁴.

[9] Le 28 avril 2023, NJB a déposé la présente plainte auprès du Tribunal.

[10] Comme premier motif de plainte, NJB allègue que sa soumission a été rejetée de manière subjective et affirme qu'elle ne comprend pas pourquoi. Selon elle, sa soumission démontrait clairement qu'elle répondait au critère technique obligatoire 3. Dans son deuxième motif de plainte, NJB s'inquiète du fait que les procédures d'évaluation ne prévoyaient pas de démonstration du logiciel demandé dans l'appel d'offres¹⁵.

⁹ *Ibid.* aux p. 8–9.

¹⁰ En ligne : <<https://canadabuys.canada.ca/fr/occasions-de-marche/appels-d-offres/pw-23-01025818>>.

¹¹ Pièce PR-2023-008-01 à la p. 140.

¹² *Ibid.* aux p. 109–138.

¹³ *Ibid.* à la p. 141.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 143. Bien que l'ASFC n'ait pas répondu au courriel de NJB du 24 avril 2023, le Tribunal ne considère pas que cette plainte est prématurée. En effet, il ne considère pas que le courriel de NJB constitue une opposition à l'autorité contractante étant donné que la plaignante n'a pas demandé de mesure corrective à l'ASFC. Tout au plus, NJB a réaffirmé qu'elle avait inclus suffisamment d'informations pour démontrer qu'elle aurait été en mesure de fournir les services requis et a proposé ses services si le soumissionnaire retenu n'était pas en mesure de le faire dans les délais serrés. En l'absence d'opposition présentée auprès de l'autorité contractante, le soumissionnaire potentiel doit immédiatement déposer une plainte auprès du Tribunal dans le délai prévu au paragraphe 6(1) du Règlement.

¹⁵ Pièce PR-2023-008-01 aux p. 8–9.

ANALYSE

[11] Aux termes des articles 6 et 7 du Règlement, le Tribunal peut enquêter sur une plainte si toutes les conditions suivantes sont satisfaites :

- i) la plainte a été déposée dans les délais prescrits¹⁶;
- ii) le plaignant est un fournisseur potentiel¹⁷;
- iii) la plainte porte sur un contrat spécifique¹⁸;
- iv) les renseignements fournis démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément aux accords commerciaux applicables¹⁹.

[12] Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur la plainte pour les motifs qui suivent.

Aucune indication raisonnable de manquement en ce qui a trait au premier motif de plainte

[13] En ce qui concerne la prétendue disqualification injustifiée de la soumission de NJB²⁰, le Tribunal est d'avis que les renseignements fournis ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que l'institution fédérale n'a pas suivi la procédure du marché public en conformité avec les accords commerciaux applicables. Plus précisément, le Tribunal ne relève aucune indication raisonnable selon laquelle l'ASFC n'a pas évalué la soumission de la plaignante en fonction des critères divulgués et ne voit aucun motif d'intervenir dans l'évaluation de la proposition de la plaignante par l'ASFC.

[14] La question en litige porte sur la réponse de NJB au critère technique obligatoire 3, lequel exigeait ce qui suit des soumissionnaires :

Le soumissionnaire doit être capable d'établir des ententes et des configurations de transfert de données avec des laboratoires environnementaux publics et privés certifiés par l'Association canadienne d'accréditation des laboratoires (CALA) partout au Canada. Le soumissionnaire doit présenter un justificatif démontrant clairement qu'il possède une expérience préalable de cinq (5) ententes et configurations de transfert de données établies au cours des huit (8) dernières années.

[15] La soumission de NJB contenait les renseignements suivants à ce propos :

Le SAMS²¹ dispose de plus de 25 millions de données sur la qualité de l'eau importées quotidiennement de plus de 50 laboratoires d'Amérique du Nord, notamment API Labs,

¹⁶ Paragraphe 6(1) du Règlement.

¹⁷ Alinéa 7(1)a) du Règlement.

¹⁸ Alinéa 7(1)b) du Règlement.

¹⁹ Alinéa 7(1)c) du Règlement.

²⁰ Pièce PR-2023-008-01 aux p. 8–9.

²¹ Scheduling, Analyzing and Management System (SAMS) (Système de planification, d'analyse et de gestion) est le nom du logiciel de NJB.

Eurofins, APL, ALS, SGS, Pace Analytical et bien d'autres encore. Le tableau ci-dessous présente quelques exemples de partenariats²² :

Nom du laboratoire	Années de partenariat	Méthode de transfert des données
API Labs	4	Courriel accepté par le SAMS
Eurofins	6	Transfert de fichiers FTP au SAMS
APL	3	Courriel accepté par le SAMS
ALS	2	Courriel accepté par le SAMS
SGS	4	Courriel accepté par le SAMS
Pace Analytical	10	Courriel accepté par le SAMS
Henderson	8	API

[Traduction]

[16] L'ASFC a déterminé que cette réponse ne répondait pas à l'exigence obligatoire et a rejeté la soumission de NJB pour cette raison.

[17] Les accords commerciaux applicables exigent que l'institution fédérale évalue et attribue les soumissions selon les critères précisés dans les documents d'appel d'offres²³.

[18] Le Tribunal fait généralement preuve d'une grande retenue à l'égard des évaluateurs dans leur évaluation des propositions. Dans *Excel Human Resources*, le Tribunal a réitéré qu'il intervient uniquement en cas d'évaluation déraisonnable et qu'il substitue son jugement à celui des évaluateurs uniquement lorsque ceux-ci ne se sont pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, ont ignoré des renseignements essentiels fournis dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas mené l'évaluation d'une manière équitable sur le plan de la procédure²⁴.

[19] En d'autres termes, si le Tribunal considère que les évaluateurs se sont appliqués à la tâche d'évaluer la soumission et ont appliqué les exigences d'évaluation conformément aux conditions de l'appel d'offres, il ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs.

[20] Il est également bien établi qu'il incombe aux soumissionnaires de démontrer qu'ils respectent les critères obligatoires. Le Tribunal a affirmé que la responsabilité de s'assurer qu'une proposition est conforme à tous les éléments essentiels d'un appel d'offres incombe en fin de compte au soumissionnaire²⁵.

²² Pièce PR-2023-008-01 à la p. 116. Le Tribunal fait remarquer que la réponse de NJB au critère technique obligatoire 3 contenait également des renseignements supplémentaires relatifs à la manière dont elle communiquait avec les laboratoires.

²³ Voir, par exemple, le paragraphe 4 de l'article XV de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce, l'un des accords commerciaux applicables en l'espèce.

²⁴ *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'Environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) [*Excel Human Resources*] au par. 33.

²⁵ Voir, par exemple, *Le Groupe de traduction Masha Krupp ltée* (25 août 2011), PR-2011-024 (TCCE); *Bell Canada* (26 septembre 2011), PR-2011-031 (TCCE); *Legacy Products Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 avril 2014), PR-2013-031 (TCCE).

[21] En l'espèce, le Tribunal conclut que rien n'indique que l'évaluation de la soumission de NJB par l'ASFC et sa conclusion selon laquelle la soumission n'était pas conforme au critère obligatoire 3 étaient déraisonnables. En fait, le Tribunal convient qu'à première vue, la soumission de NJB ne contenait pas suffisamment de renseignements pour démontrer la conformité à cette exigence.

[22] Dans le cadre de l'appel d'offres, il était demandé de fournir un justificatif démontrant clairement que le soumissionnaire avait une expérience préalable de cinq ententes et configurations de transfert de données établies au cours des huit dernières années. Cependant, le tableau de NJB indique seulement qu'elle a travaillé avec sept laboratoires et qu'elle a entre deux et dix ans d'expérience avec chacun de ces laboratoires. Par conséquent, sa soumission ne démontre pas spécifiquement que ces travaux ont eu lieu « au cours des huit dernières années », et elle n'offre pas non plus une description détaillée du type de travaux effectués. Il n'y a donc pas d'informations détaillées sur l'expérience de NJB dans l'établissement d'au moins cinq ententes et configurations de transfert de données au cours de la période visée. De plus, NJB n'a pas identifié les laboratoires canadiens certifiés dans sa liste de sept laboratoires, ni indiqué le nombre d'ententes de transfert de données qu'elle avait conclues avec chacun d'eux. Il est seulement possible de déduire, à partir des informations fournies par NJB dans son formulaire de plainte, que NJB a déjà travaillé avec trois laboratoires certifiés par la CALA²⁶, mais pas dans quel contexte le travail a été effectué. Ces informations sont insuffisantes pour démontrer la conformité aux critères d'évaluation obligatoires publiés.

[23] Ainsi, le Tribunal estime que la conclusion des évaluateurs selon laquelle la soumission de NJB ne précisait pas les cinq ententes et configurations de transfert de données établies au cours des huit dernières années était conforme aux critères formulés dans les documents d'appel d'offres et, par conséquent, raisonnable.

[24] Le Tribunal fait également remarquer que l'évaluation n'est pas jugée déraisonnable parce que NJB considère que la conclusion des évaluateurs ne prend pas véritablement en compte son expérience et l'étendue réelle des services qu'elle est en mesure de fournir. Les soumissionnaires doivent être évalués uniquement sur la base du contenu de leurs propositions. Une fois encore, la jurisprudence du Tribunal rappelle qu'il incombe aux soumissionnaires d'assumer la charge de démontrer comment ils répondent aux critères d'évaluation énoncés dans leurs propositions. D'après l'examen du Tribunal, il était possible et, en fait, justifiable pour l'ASFC de juger la soumission de NJB non recevable compte tenu des renseignements trop peu détaillés qu'elle avait fournis²⁷.

Le deuxième motif de plainte est prescrit

[25] Quant à l'allégation selon laquelle le processus de passation de marché était inéquitable parce qu'il n'a pas été demandé aux soumissionnaires d'effectuer une démonstration de leur logiciel²⁸, le Tribunal remarque que, dans la mesure où NJB considérait que l'absence d'une telle exigence constituait un vice du processus de passation de marché, elle aurait pris connaissance des faits à l'origine de sa plainte sur cette question au plus tard à la date de clôture de l'appel d'offres. Le 9 mars 2023, NJB savait ou aurait dû savoir qu'il n'y aurait pas de possibilité d'effectuer une telle démonstration dans le cadre de l'évaluation des propositions des soumissionnaires.

²⁶ Pièce PR-2023-008-01 à la p. 9.

²⁷ En outre, le Tribunal fait remarquer que, dans la mesure où NJB soutient que le critère technique obligatoire 3 est inéquitable, sa plainte auprès du Tribunal serait prescrite pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessous.

²⁸ Pièce PR-2023-008-01 aux p. 8-9.

[26] Le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont toujours considéré que les soumissionnaires sont tenus de rester vigilants et de réagir dès qu'ils prennent connaissance, ou auraient raisonnablement prendre connaissance, d'un vice dans la procédure. En d'autres termes, les plaintes fondées sur les conditions d'un appel d'offres (ou sur l'absence de conditions prétendument nécessaires) doivent être déposées dès que le problème allégué concernant les conditions de l'appel d'offres est devenu ou aurait raisonnablement dû devenir manifeste. La procédure d'examen des marchés publics ne prévoit pas que les griefs puissent être accumulés et présentés uniquement lorsqu'une proposition est rejetée²⁹.

[27] Plus précisément, l'article 6 du Règlement prévoit des délais stricts pour le dépôt d'une plainte. Un fournisseur potentiel doit soit présenter une opposition à l'institution fédérale contractante, soit déposer une plainte auprès du Tribunal, au plus tard dix jours ouvrables suivant la date à laquelle le fournisseur a pris connaissance ou aurait raisonnablement dû prendre connaissance des faits à l'origine de la plainte. Lorsqu'un fournisseur potentiel présente d'abord une opposition à l'institution fédérale et qu'il n'obtient pas gain de cause, il peut alors déposer une plainte auprès du Tribunal dans les dix jours ouvrables suivant la réception du refus de réparation.

[28] Ainsi, si NJB était d'avis que l'appel d'offres ne prévoyait pas de procédures d'évaluation adéquates ou équitables ou qu'il manquait une étape importante, elle devait présenter une opposition à l'ASFC ou déposer une plainte auprès du Tribunal dans les dix jours ouvrables suivant la date à laquelle elle avait pris connaissance des conditions de l'appel d'offres, soit au plus tard le 23 mars 2023, c'est-à-dire dix jours ouvrables suivant la date de clôture de l'appel d'offres, ce qu'elle n'a pas fait³⁰.

[29] Quoi qu'il en soit, le Tribunal fait également remarquer qu'une institution fédérale est en droit d'établir les critères d'évaluation et de sélection qu'elle juge appropriés, pour autant que les critères choisis soient raisonnables, qu'ils ne favorisent ni ne discriminent certains fournisseurs et qu'ils ne violent pas par ailleurs les exigences des accords commerciaux³¹. La plainte ne contenait aucune information convaincante indiquant que le fait que l'appel d'offres ne permettait pas aux soumissionnaires de faire la démonstration du logiciel qu'ils proposaient au cours de la phase d'évaluation était incompatible avec cette obligation.

²⁹ *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.* 2002 CAF 284 (Can LII) au par. 20; voir aussi, par exemple, *Kanter Marine Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 mars 2012), PR-2011-054 (TCCE); *Gestion Exen inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 mars 2022), PR-2021-078 (TCCE); *12363623 Canada Inc. c. Ministère de l'Emploi et du Développement social* (5 août 2022), PR-2022-025 et PR-2022-026 (TCCE).

³⁰ De plus, le Tribunal fait remarquer que pour ces mêmes raisons, dans la mesure où NJB soutient que le critère technique obligatoire 3 est inéquitable, NJB était tenue de présenter une opposition auprès de l'ASFC ou de déposer une plainte auprès du Tribunal au plus tard le 23 mars 2023.

³¹ Voir, par exemple, *Davtair Industries Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (22 février 2019), PR-2019-061 (TCCE) au par. 29; *Aviva Solutions Inc.* (29 avril 2002), PR-2001-049 (TCCE); *MTS Allstream Inc., Call-Net Enterprises Inc. et TELUS Communications Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (5 août 2005), PR-2004-061 (TCCE); *ISE Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 mai 2009), PR-2008-049 (TCCE).

DÉCISION

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

Georges Bujold

Georges Bujold

Membre président