

Ottawa, le mercredi 6 septembre 2000

Dossiers n^{os} : PR-2000-008 et PR-2000-021

EU ÉGARD À deux plaintes déposées par Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services 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;

ET EU ÉGARD À des décisions d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la Société canadienne des postes, dans la conduite de cette invitation à soumissionner, a contrevenu à l'*Accord de libre-échange nord-américain*, puisque la Demande de propositions, telle que modifiée : 1) n'indique pas la méthode d'évaluation et de pondération des exigences cotées ni leur importance relative; 2) ne fournit pas les critères pour le rejet de propositions ou pour la détermination de la proposition la plus avantageuse; 3) est ambiguë quant au régime de négociation qui s'appliquera. En conséquence, les plaintes sont fondées.

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, à la Société canadienne des postes de modifier la Demande de propositions ou de publier une nouvelle invitation à soumissionner qui soit conforme à la présente décision et aux exigences de l'*Accord de libre-échange nord-américain*.

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 Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de ces plaintes.

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre président

Peter F. Thalheimer
Peter F. Thalheimer
Membre

James A. Ogilvy
James A. Ogilvy
Membre

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

Les motifs de la décision du Tribunal seront publiés à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 6 septembre 2000
Date des motifs : Le 25 septembre 2000

Membres du Tribunal : Pierre Gosselin, membre président
Peter F. Thalheimer, membre
James A. Ogilvy, membre

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Gerry Stobo

Partie plaignante : Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services

Conseillers pour la partie plaignante : Gordon Cameron
Nancy K. Brooks

Institution fédérale : Société canadienne des postes

Conseillers pour l'institution fédérale : Randall J. Hofley
Justine M. Whitehead



Ottawa, le lundi 25 septembre 2000

Dossiers n^{os} : PR-2000-008 et PR-2000-021

EU ÉGARD À deux plaintes déposées par Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services 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;

ET EU ÉGARD À des décisions d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Le 25 mai 2000, Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services (BLJC) a déposé une plainte (dossier n^o PR-2000-008) 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 à l'égard du marché public (numéro d'invitation 6 NS 00 RS R1) de la Société canadienne des postes (Postes Canada) portant sur la prestation de services de gestion des installations, de services de gestion de projets et d'autres services connexes, relativement à divers édifices et propriétés exploités par Postes Canada dans l'ensemble du Canada, pour une période de cinq ans, et comprenant une option de renouvellement du contrat pour une période supplémentaire de cinq ans.

BLJC a allégué que, dans la réalisation de la procédure de passation de marché public, Postes Canada a contrevenu aux dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*². Plus précisément, BLJC a allégué ce qui suit :

- a) contrairement à l'article 1013, au paragraphe 1013(1) et à l'alinéa 1013(1)b) de l'ALÉNA, aux termes de la demande de propositions (DP), Postes Canada s'est réservé le droit de tenir compte de critères d'évaluation non énoncés dans la DP, de ne pas divulguer les critères d'évaluation aux fournisseurs potentiels, d'accepter ou de rejeter des propositions pour des motifs non prévus dans la DP et, en général, de passer le marché public d'une façon arbitraire;
- b) contrairement à l'alinéa 1013(2)b) de l'ALÉNA, Postes Canada n'a pas répondu dans les plus brefs délais à une demande raisonnable de la part de BLJC pour obtenir des renseignements pertinents concernant la procédure de passation de marché public;
- c) Postes Canada a indiqué son intention de mener des négociations afférentes à la procédure de passation de marché public d'une façon autre que celle prévue aux articles 1010 et 1014 de l'ALÉNA;
- d) la DP a décrit un processus de qualification en deux étapes qui n'est pas conforme aux procédures de qualification énoncées à l'article 1009 de l'ALÉNA;
- e) la DP a invité les fournisseurs potentiels à présenter des propositions qui ne sont pas conformes aux exigences obligatoires énoncées dans la DP et a permis à Postes Canada de se réserver le droit de prendre de telles propositions en considération et de les accepter, soustrayant de ce fait la totalité du marché public à l'application du chapitre 10 de l'ALÉNA;

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

2. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].

- f) les étapes de la procédure d'appel d'offres décrites dans la DP sont vagues et incertaines, ce qui fait que BLJC ne connaît pas ses droits et obligations à chaque étape de la procédure de passation de marché public, donnant ainsi lieu à une procédure permettant la discrimination à l'endroit des fournisseurs potentiels, contrairement au paragraphe 1008(1) et à l'article 1013 de l'ALÉNA.

BLJC a demandé, à titre de mesure corrective, qu'il soit ordonné à Postes Canada, en attendant l'examen de la plainte, de reporter l'adjudication du marché public jusqu'à ce que cette dernière ait fourni des réponses complètes et conformes à l'ALÉNA à ses oppositions. Comme mesure corrective de rechange, BLJC a demandé qu'il soit ordonné à Postes Canada de recevoir les propositions sans les ouvrir jusqu'à ce que le Tribunal se soit prononcé sur le bien-fondé de la procédure de négociation décrite dans la DP. Comme deuxième mesure corrective de rechange, BLJC a demandé que le Tribunal ordonne le report de l'adjudication de tout contrat relatif à la présente invitation à soumissionner jusqu'à ce qu'il détermine le bien-fondé de la plainte. BLJC a aussi demandé, si le Tribunal devait déterminer que la présente plainte, ou une partie de cette dernière, est fondée, qu'il soit ordonné à Postes Canada de lancer une nouvelle invitation à soumissionner pour le contrat spécifique qui soit conforme aux dispositions de l'ALÉNA. Si un contrat est adjugé à un soumissionnaire autre que BLJC, cette dernière a demandé de recevoir une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus en raison de l'irrégularité de la procédure de passation de marché public. Finalement, BLJC a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à sa réponse à la DP et au dépôt et au traitement de sa plainte.

Le 31 mai 2000, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de report d'adjudication de tout contrat relatif à l'invitation à soumissionner jusqu'à ce qu'il détermine le bien-fondé de la plainte. Le 7 juin 2000, Postes Canada a écrit au Tribunal pour certifier que le marché public était urgent et qu'un retard dans l'adjudication de ce contrat serait contraire à l'intérêt public. Par conséquent, le 8 juin 2000, le Tribunal a annulé son ordonnance de report d'adjudication du 31 mai 2000. Le 26 juin 2000, Postes Canada a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴.

Le 7 juillet 2000, BLJC a déposé une deuxième plainte (dossier n° PR-2000-021) portant sur la même invitation à soumissionner. Dans sa deuxième plainte, BLJC a allégué que, contrairement à l'article 1008 de l'ALÉNA, Postes Canada a appliqué la procédure de passation de marché public d'une façon discriminatoire à l'endroit des fournisseurs potentiels et que Postes Canada a énoncé des exigences obligatoires et des procédures nouvelles relativement à la DP, mais a refusé de remettre aux fournisseurs potentiels tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des offres recevables, contrairement à l'article 1013 de l'ALÉNA.

BLJC a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal reporte l'adjudication de tout contrat relatif à l'invitation à soumissionner jusqu'à ce qu'il détermine le bien-fondé de la plainte. BLJC a en outre demandé que le Tribunal recommande que Postes Canada lance un nouvel appel d'offres pour les services visés et que, dans le cadre de la procédure actuelle ou de toute procédure à venir, Postes Canada soit tenue de nommer une tierce partie indépendante pour contrôler l'équité de la procédure de passation de marché public, soit à l'occasion de la poursuite de la présente procédure, soit au moment du lancement d'un

3. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].

4. D.O.R.S./91-499.

nouveau marché public. Comme solution de rechange, BLJC a demandé, pour la procédure actuelle ou toute procédure à venir, que Postes Canada n'accepte pas de propositions en provenance de ProFac Facilities Management Services Inc. (ProFac), ni de toute société affiliée à ProFac, et qu'un certain gestionnaire de projet nommément désigné ne participe plus en aucune façon à la procédure de passation de marché public. Si le contrat devait être adjugé à un soumissionnaire autre que BLJC, cette dernière a demandé de recevoir une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus en raison de l'irrégularité de la procédure de passation de marché public. BLJC a aussi demandé de recevoir le remboursement des frais qu'elle a engagés relativement à la préparation d'une réponse à l'invitation à soumissionner ainsi qu'au dépôt et au traitement de sa plainte. En ce qui a trait au deuxième motif de plainte, BLJC a en outre demandé que Postes Canada fournisse des détails complets sur les exigences obligatoires relatives à l'établissement des prix et sur la procédure de négociation dont il est fait mention dans la lettre du 23 juin 2000 de Postes Canada, et accorde par la suite aux fournisseurs potentiels un délai raisonnable pour la préparation et la présentation d'offres.

Le 10 juillet 2000, BLJC a déposé auprès du Tribunal ses commentaires sur le RIF au sujet de la plainte au dossier n° PR-2000-008.

Le 13 juillet 2000, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la deuxième plainte visant l'invitation à soumissionner, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du Règlement. Le 28 juillet 2000, le Tribunal, à la demande des parties, a regroupé les deux plaintes et a demandé aux parties de présenter des observations sur celles-ci comme si elles constituaient des motifs différents d'une même plainte. Le 31 juillet 2000, Postes Canada a déposé le RIF au sujet de la deuxième plainte ainsi que ses commentaires sur la réponse de BLJC au RIF déposée auprès du Tribunal au sujet de la première plainte. Le 11 août 2000, BLJC a déposé ses commentaires en réponse auprès du Tribunal.

Les renseignements au dossier permettant de déterminer le bien-fondé des plaintes, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur les plaintes sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DE MARCHÉ PUBLIC

Le 25 avril 2000, Postes Canada a diffusé un avis de projet de marché (APM) par l'entremise du Service électronique d'appels d'offres canadien (MERX). L'APM indiquait que l'invitation à soumissionner était assujettie à l'ALÉNA. Il précisait aussi que Postes Canada recherchait un entrepreneur national pour fournir des services de gestion des installations, des services de gestion de projets et d'autres services connexes pour environ 1 100 installations au Canada, représentant une superficie d'environ 15 millions de pieds carrés. L'APM indiquait que Postes Canada avait l'intention de négocier le marché proposé avec les fournisseurs potentiels. Le même jour, Postes Canada a publié une DP afférente à l'invitation à soumissionner. Les fournisseurs potentiels pouvaient obtenir sur demande la version publique de la DP. Cependant, la version confidentielle de cette dernière, contenant des renseignements commerciaux confidentiels au sujet de Postes Canada, n'était accessible qu'aux fournisseurs potentiels ayant répondu à un questionnaire de sélection préalable et signé un accord de non-divulgaration. La date limite de présentation des propositions a d'abord été fixée au 19 juin 2000. Elle a ensuite été prorogée au 10 juillet 2000.

Selon le RIF, une fois l'accord de gestion des installations établi, aux termes de la DP, Postes Canada aura confié en sous-traitance presque toutes les responsabilités de gestion des installations, mis à part les plus stratégiques. Dans un tel contexte et afin d'être prête avant la saison de pointe du courrier à

Noël, Postes Canada a souligné qu'il importe de réaliser sans délai la transition de tous les services à l'entrepreneur choisi.

En réponse à l'APM, Postes Canada a fait parvenir la documentation complète relative à la DP (c.-à-d. les versions publique et confidentielle) à sept fournisseurs potentiels, y compris BLJC et ProFac. Le 3 mai 2000, BLJC a écrit à Postes Canada pour demander des éclaircissements des termes de la DP dans plusieurs domaines, par exemple, l'examen de solutions de rechange par Postes Canada, le « processus de qualification en deux étapes » des fournisseurs potentiels, la portée et la procédure des négociations, les critères d'évaluation et les lignes directrices sur l'évaluation, y compris la pondération et la cotation, la portée des travaux, la protection des renseignements confidentiels soumis par les soumissionnaires et la possibilité du rejet des propositions incomplètes. Le 11 mai 2000, Postes Canada a répondu à BLJC, apparemment à la satisfaction de cette dernière, au sujet de la protection des renseignements confidentiels et du rejet des propositions incomplètes. Cependant, le 15 mai 2000, BLJC a demandé des éclaircissements de la réponse de Postes Canada au sujet de la plupart des préoccupations qu'elle avait soulevées dans sa lettre du 3 mai 2000. Le 19 mai 2000, Postes Canada a avisé BLJC qu'elle espérait être en mesure de répondre au plus tard le 25 mai 2000. Dans une lettre du 25 mai 2000, le jour où BLJC a déposé sa plainte auprès du Tribunal, Postes Canada a informé BLJC qu'elle répondrait le 29 mai 2000.

Le 29 mai 2000, Postes Canada a publié la modification n° 1 de la DP. La modification se lit, notamment, comme il suit :

Point 2 : Objet — Clause 2.9.1 de la DP — Processus

Remplacer le texte actuel par ce qui suit :

« La Société évaluera toutes les réponses à la DP en fonction des critères d'évaluation et des conditions essentielles énoncées dans la DP. »

[Traduction]

La clause 2.9.1 indiquait auparavant ce qui suit :

La Société se réserve le droit d'évaluer toutes les réponses à la DP en fonction de critères spécifiquement liés à l'application de la Société. Cette dernière considère lesdits critères comme étant des renseignements exclusifs et, de ce fait, aucun des soumissionnaires n'y aura accès.

[Traduction]

La modification n° 1 indique en outre ce qui suit :

Point 3 : Objet — Clause 2.9.2 de la DP — Équipe d'évaluation de la Société

Remplacer le dernier paragraphe de la clause par ce qui suit :

Les soumissionnaires qui répondent aux exigences obligatoires passeront à la deuxième étape de l'évaluation. La deuxième étape cotera le reste de la réponse fournie.

[Traduction]

Les deux derniers paragraphes de la clause 2.9.2 se lisaient auparavant, notamment, comme il suit :

Les réponses à la présente DP seront évaluées et la réussite de tout soumissionnaire sera établie en fonction notamment, mais non exclusivement, des critères suivants :

[...]

La structure du processus d'évaluation de la Société est telle que les soumissionnaires seront évalués en fonction notamment, mais non exclusivement, des critères énoncés dans les présentes et des réponses connexes.

[Traduction]

La modification n° 1 poursuit, notamment, ainsi qu'il suit :

Point 4 : Objet — Clause 2.9.3 de la DP – Détermination d'un EGI [Entrepreneur en gestion des installations] potentiel

Remplacer tout le texte actuel par ce qui suit :

« Les EGI potentiels seront déterminés en fonction des pièces soumises dans une proposition conforme à la présente DP.

Toute obligation implicite de la part de la Société à l'égard de l'acceptation de la proposition la moins-disante ou de toute proposition est par la présente expressément niée. Lorsqu'il soumet une réponse, le soumissionnaire reconnaît que celle-ci ne dépend nullement de toute entente expresse ou implicite de la part de la Société quant à l'acceptation de la proposition la moins-disante ou de toute proposition. Toute sélection ultime sera fondée sur la valeur perçue et non pas nécessairement sur le prix le plus bas. Le soumissionnaire accepte que la présente clause régit les obligations de la Société au-delà de toute modalité contraire expresse ou implicite, conforme ou non aux pratiques courantes dans l'industrie [...] »

[Traduction]

La clause 2.9.3 indiquait auparavant ce qui suit :

Les EGI potentiels seront déterminés en fonction des pièces soumises dans une réponse conforme à la présente DP et des demandes identiques présentées à d'autres soumissionnaires et d'autres facteurs que la Société jugera pertinents dans les circonstances [...] La Société se réserve le droit d'arrêter son choix sur la foi de tout facteur pertinent à la Société, qu'il soit ou non énoncé dans la DP.

La Société se réserve le droit d'accepter ou de rejeter toute réponse soumise pour quelque motif qu'elle jugera bon. Une réponse peut ne pas être acceptée par la Société si cette dernière est d'avis que toute autre réponse, pour tout motif laissé à l'entière discrétion de la Société, est préférable pour la Société.

[...] le soumissionnaire reconnaît que sa proposition ne dépend nullement de toute acceptation expresse ou implicite de la part de la Société de la proposition la moins-disante ou de toute autre proposition, que sa décision soit fondée sur une politique ou un critère divulgué ou non divulgué, présent ou à venir de la Société [...]

Selon le nombre de réponses reçues, les soumissionnaires retenus pourront être retenus en sélection finale et devoir fournir des renseignements supplémentaires à la Société. La Société pourra demander la tenue d'entrevues avec chacun des soumissionnaires avant la fin du processus d'évaluation de la DP. La Société s'efforcera dans toute la mesure du possible de communiquer les résultats de l'évaluation des propositions dans les 180 jours suivant la date limite de présentation des propositions.

[Traduction]

Le 11 mai 2000, Postes Canada a écrit à BLJC, au sujet de l'examen de solutions de rechange par Postes Canada, ainsi qu'il suit :

La Société n'examinera les solutions de rechange, le cas échéant, qu'après avoir évalué les propositions en fonction des exigences obligatoires et fondamentales. La Société n'examinera que les solutions de rechange des soumissionnaires qui se conforment aux exigences obligatoires [...] Si la Société examine les propositions de rechange et considère qu'une d'entre elles offre une solution potentiellement viable, la possibilité de présenter une solution de rechange similaire sera alors donnée à tous les autres soumissionnaires qui auront présenté une proposition conforme.

[Traduction]

En réponse à une demande d'éclaircissement ultérieure, Postes Canada a avisé BLJC, dans une lettre du 29 mai 2000, ainsi qu'il suit :

Si la proposition d'un soumissionnaire répond à toutes les exigences obligatoires de la DP, qu'il est jugé apte à fournir les services qui y sont visés et qu'il a présenté une ou des propositions conformes à la DP, ces propositions seront évaluées en fonction des critères énoncés dans la DP. Si, en outre, le soumissionnaire présente une « solution de rechange » qui n'est pas conforme à la DP, [...] et que la Société conclut que cette dernière représente une alternative viable à la solution demandée dans le cadre de la DP et souhaite en tenir compte, la Société agira en conformité avec les dispositions du chapitre 10 de l'ALÉNA. S'il est nécessaire, de ce fait, de lancer une nouvelle DP, la Société agira en conséquence.

[Traduction]

Dans une lettre du 12 juin 2000, BLJC a présenté d'autres questions sur les critères d'évaluation et la procédure de négociation. Il a été répondu à ces questions dans une lettre à BLJC datée du 23 juin 2000 et au moyen de la diffusion de la modification n° 3 de la DP, datée du 23 juin 2000. La modification n° 3 apportait divers changements d'ordre mineur au libellé dans l'ensemble de la DP et, surtout, expliquait davantage le processus d'évaluation qu'entendait appliquer Postes Canada, par l'ajout du paragraphe suivant à la fin de la clause 2.9.2 (Équipe d'évaluation de la Société) :

Le processus d'évaluation peut inclure, au besoin, des demandes d'éclaircissement et/ou une demande de présentation et/ou de visite des installations, tel qu'il en est fait mention dans la DP. Au cours du processus d'évaluation, la Société déterminera si elle veut négocier un aspect quelconque de la DP, y compris le prix. Si elle mène des négociations sur un aspect quelconque de la DP et que de telles négociations amènent à réviser ou à modifier des exigences ou des critères, y compris le prix, la Société diffusera la totalité des exigences ou des critères modifiés et demandera une soumission finale à tous les fournisseurs encore en lice, y compris, le cas échéant, leur « meilleure offre finale » relativement au prix. La démarche pourra être reprise, au besoin. Toute soumission finale sera évaluée et cotée.

[Traduction]

POSITION DES PARTIES

Position de Postes Canada

Postes Canada a soutenu que la DP, y compris les critères et le processus d'évaluation qui y sont décrits, est pleinement conforme aux obligations prévues par l'ALÉNA. Plus précisément, Postes Canada a soutenu qu'elle n'a pas agi d'une façon contraire aux dispositions de l'alinéa 1013(2)b) de l'ALÉNA et qu'elle a répondu à toutes les demandes d'éclaircissement présentées par BLJC dans les 14 jours suivant la demande, comme il est énoncé à la clause 2.5.2 de la DP. De plus, Postes Canada a soutenu que, puisque BLJC n'a jamais présenté d'opposition ou de plainte concernant le fait que le délai prévu à la clause 2.5.2 était contraire à l'alinéa 1013(2)b), il est trop tard pour présenter ce motif de plainte maintenant puisque le délai prévu au paragraphe 6(2) du Règlement est échu depuis longtemps. Postes Canada a soutenu que BLJC n'a pas attendu le temps qu'il fallait pour examiner toutes les réponses de Postes Canada avant de déposer sa plainte et que, par conséquent, ladite plainte était prématurée.

En ce qui concerne l'allégation de BLJC selon laquelle, en omettant de divulguer, dans la DP, tous les critères d'évaluation, y compris la méthode de pondération et de cotation, Postes Canada s'est réservé le droit d'appliquer la procédure de passation de marché public d'une façon arbitraire, Postes Canada a soutenu qu'une lecture objective de l'ensemble de la DP démontrerait le contraire. De toute façon, Postes Canada a de plus soutenu que la question est maintenant sans objet, puisque les modifications apportées par

Postes Canada aux clauses 2.9.1, 2.9.2 et 2.9.3 de la DP indiquent clairement que tous les critères sur lesquels l'adjudication du marché sera fondée sont inclus dans la DP et qu'aucun autre ne sera considéré dans l'adjudication dudit marché. De même, Postes Canada a soutenu que le fait qu'aucun autre fournisseur potentiel n'a présenté de plainte à Postes Canada ou au Tribunal à l'égard de ces dispositions peut bien être considéré comme une preuve du fait que les dispositions ne donnent pas raisonnablement lieu à une crainte de conduite arbitraire de la part de Postes Canada.

Au sujet des lignes directrices sur l'évaluation, et plus précisément des lignes directrices sur la pondération et la cotation, Postes Canada a soutenu qu'elle n'est obligée par aucune des dispositions de l'ALÉNA de fournir de telles lignes directrices. De même, Postes Canada a contesté la prétention de BLJC selon laquelle, en ne fournissant pas les lignes directrices sur l'évaluation aux fournisseurs potentiels, Postes Canada contreviendra tôt ou tard au paragraphe 1015(1) de l'ALÉNA. Elle a soutenu que le paragraphe 1013(1) de l'ALÉNA ne prescrit pas, expressément ou implicitement, de fournir les lignes directrices sur la pondération et la cotation aux fournisseurs potentiels. Elle a ajouté que, contrairement au paragraphe 506(6) de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵ qui, en plus des critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions, prescrit expressément que « les méthodes de pondération et d'évaluation des critères » soient fournies, l'alinéa 1013(1)h) de l'ALÉNA et l'alinéa XII(2)h) de l'*Accord sur les marchés publics*⁶ prévoient simplement que « les critères d'adjudication » soient fournis. Dans un tel contexte, et après avoir fait observer la cohérence entre les obligations négociées du Canada aux termes des accords internationaux sur les marchés publics, Postes Canada a soutenu que l'écart par rapport à la formulation établie dans l'ACI dénote une intention d'exprimer un sens différent. Par conséquent, selon Postes Canada, il ne peut être dit qu'il existe une obligation en vertu de l'ALÉNA et de l'AMP qui soit similaire à l'obligation, en vertu de l'ACI, de fournir les méthodes de pondération et d'évaluation des critères. De plus, Postes Canada a soutenu que l'omission dans l'ALÉNA d'une disposition qui soit comparable à la disposition contenue dans l'ACI ne peut être considérée comme un oubli ou une erreur, mais doit plutôt être considérée comme une exclusion délibérée que le Tribunal doit respecter, comme il l'a fait dans le dossier n° PR-99-040⁷. Postes Canada a aussi soutenu que, bien que le Tribunal doive veiller à ce que les entités gouvernementales respectent leurs obligations aux termes des accords commerciaux, il doit prendre soin de ne pas étendre unilatéralement les obligations du Canada aux termes de l'ALÉNA. Elle a ajouté qu'en invoquant la décision du Tribunal dans le dossier n° PR-98-032⁸ à l'appui de son affirmation, BLJC a fait erreur, puisque la décision du Tribunal dans cette cause se rapportait à une entité assujettie à l'ALÉNA, à l'AMP et à l'ACI et ne peut s'appliquer au contexte de Postes Canada, qui n'est assujettie qu'à l'ALÉNA.

Postes Canada a dit qu'on ne peut conclure, comme BLJC l'a fait, qu'un fournisseur potentiel a besoin des lignes directrices sur la pondération et la cotation pour présenter une proposition valable et que de refuser de remettre aux fournisseurs potentiels de telles lignes directrices revient à violer le paragraphe 1013(1) de l'ALÉNA. Après avoir décrit le contenu de la DP, Postes Canada a soutenu que celle-ci contient déjà suffisamment de renseignements pour que les fournisseurs potentiels puissent présenter des soumissions valables. Cela, selon Postes Canada, est prouvé par le fait qu'aucun autre fournisseur potentiel n'a déposé de plainte. De même, a soutenu Postes Canada, BLJC est une entité commerciale sophistiquée qui offre des services de gestion des installations à Postes Canada depuis cinq ans et que son affirmation qu'elle ne peut présenter une soumission valable n'est ni raisonnable ni crédible. En guise de conclusion sur ce point, Postes Canada a souligné que le marché public ne vise pas un produit

5. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994 [ci-après ACI].

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

7. *Brent Moore* (4 mai 2000).

8. *Polaris Inflatable Boats* (8 mars 1999) [ci-après *Polaris*].

spécifique, facile à décrire, mais plutôt une proposition visant la prestation à Postes Canada de services importants, complexes et d'une importance clé.

Pour ce qui est des négociations, Postes Canada a soutenu que le paragraphe 1014(1) de l'ALÉNA permet clairement à une entité de mener des négociations si elle a avisé les fournisseurs potentiels de son intention de ce faire. Postes Canada l'a clairement fait dans l'APM et dans les clauses 2.9.4 et 4.9 de la DP. De plus, Postes Canada a soutenu que rien dans l'ALÉNA n'oblige à énoncer dans la DP le détail de la procédure ou des domaines de négociation. Cependant, Postes Canada a diffusé une modification de la DP pour fournir une description de la procédure de négociation et a soutenu que, puisque aucune négociation n'a encore eu lieu, toute affirmation de la part de BLJC que de telles négociations ne seront pas menées en conformité avec le paragraphe 1014(4) relève de la conjecture et ne doit pas être considérée par le Tribunal.

Postes Canada a soutenu que les mesures correctives demandées par BLJC ne sont pas indiquées parce que, même si le Tribunal devait déterminer que certains aspects de la DP ne sont pas, ou n'ont pas été, conformes à l'ALÉNA, de telles conclusions ne dénoteraient pas une irrégularité grave de la procédure de passation de marché public, ni ne causeraient un préjudice à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication en régime de concurrence. De plus, il n'est pas allégué que Postes Canada a agi de mauvaise foi et, de fait, Postes Canada a dit s'être donnée beaucoup de mal pour répondre à toutes les questions soulevées par BLJC. De plus, Postes Canada a soutenu que rien ne justifie d'accorder à BLJC le remboursement des frais qu'elle a engagés dans la préparation d'une réponse à la DP ou le versement d'une indemnité en reconnaissance de profits perdus si le contrat est adjugé à un autre fournisseur puisque BLJC participe toujours à l'invitation à soumissionner en cause et aura la possibilité de remporter le marché. Postes Canada a demandé la possibilité de présenter des exposés sur les frais, le cas échéant, et a aussi demandé au Tribunal de statuer sur l'affaire dans les plus brefs délais étant donné l'importance pour Postes Canada d'entreprendre la phase de transition dès que possible.

Dans ses observations du 26 juillet 2000, Postes Canada a demandé, en raison de l'urgence de la situation, que le Tribunal rende sa décision et ses recommandations concernant les deux plaintes au plus tard le 1^{er} septembre 2000.

En réponse aux commentaires de BLJC sur le RIF déposés en réponse à la première plainte, Postes Canada a soutenu que BLJC avait soulevé de nouvelles allégations de fait et de droit dans sa réponse au RIF. Plus précisément, Postes Canada a soutenu que, contrairement à l'affirmation de BLJC, elle n'a pas appliqué la procédure de passation de marché public d'une façon arbitraire ou injuste, ni n'a-t-elle l'intention de le faire. Selon Postes Canada, la rédaction d'une DP portant sur des services de l'ampleur de ceux qui sont visés est une énorme tâche et, forcément, il peut arriver que certains points soient obscurs ou, par ailleurs, il se peut que Postes Canada ait par inadvertance parfois mal exprimé son intention. Postes Canada a ajouté que c'est pour cette raison que les fournisseurs potentiels ont eu la possibilité de présenter des demandes d'éclaircissement, demandes auxquelles elle a répondu. Postes Canada a nié avoir tenté de se soustraire à l'ALÉNA à chaque étape de la procédure de passation de marché public et a soutenu que BLJC n'a pas produit une seule pièce probante qui démontrait que Postes Canada envisageait d'adjuger un contrat pour les services visés sans se conformer aux obligations de l'ALÉNA concernant les marchés publics.

Postes Canada a aussi soutenu que BLJC avait sensiblement nuancé, dans ses commentaires en réponse au RIF, l'allégation qu'elle avait faite selon laquelle la DP ne contient pas tous les critères d'adjudication du marché ou tous les renseignements nécessaires à la présentation d'offres valables. Par exemple, BLJC a affirmé pour la première fois dans ses commentaires sur le RIF que les critères d'évaluation, au sens où cette expression est utilisée dans l'ALÉNA, sont « les normes ou règles ou tests au moyen desquels l'entité acheteuse détermine la valeur relative des offres qu'elle reçoit » [traduction]. Postes

Canada a soutenu qu'il s'agit là d'une description de la question fondamentalement différente de celle qui était incluse dans la première plainte. Postes Canada a soutenu que l'analyse contextuelle de l'expression « critères d'évaluation » incluse dans le paragraphe 1013(1) de l'ALÉNA ne corrobore pas l'interprétation de BLJC de ladite expression, qui, selon Postes Canada, est une interprétation fondée sur des définitions du dictionnaire vagues et ambiguës. De plus, Postes Canada a souligné que l'énoncé, par BLJC, du principe selon lequel il n'y a pas d'inconvénients à informer les fournisseurs potentiels du facteur de pondération attribué à chacun des critères d'évaluation est dénué de fondement. En vérité, il existe certaines raisons de ne pas en informer les fournisseurs, des raisons qui n'ont rien à voir avec des visées arbitraires ou discriminatoires, par exemple le souci de ne pas limiter la portée de la proposition des fournisseurs potentiels ou leur ingénuité, qui justifient de ne pas faire connaître le facteur de pondération assorti à chaque critère d'évaluation.

Postes Canada a soutenu que, à condition qu'une entité assujettie à l'ALÉNA fixe, avant le début de l'évaluation des propositions, des lignes directrices objectives sur la cotation et la pondération, il n'existe pas de risque qu'une telle entité puisse agir de façon discriminatoire à l'endroit de l'un des fournisseurs potentiels, ou qu'elle favorise l'un des fournisseurs potentiels, en « biaisant » la pondération ou la cotation des propositions.

En ce qui concerne les observations de BLJC selon lesquelles il existerait, ou aurait existé, des critères d'évaluation non divulgués, Postes Canada a soutenu que, dans la mesure où elle existait, une telle situation a été redressée.

En ce qui a trait à l'affirmation de BLJC selon laquelle Postes Canada doit divulguer, dans la DP, comment sera déterminée la proposition la plus avantageuse, Postes Canada a soutenu qu'il s'agit là d'une nouvelle allégation, qui est produite en retard. Postes Canada a ajouté que BLJC n'a par ailleurs pas précisé de disposition de l'ALÉNA qui corrobore cette allégation.

Pour ce qui est des négociations, Postes Canada a dit avoir fourni, de bonne foi, des éclaircissements au sujet de la procédure de négociation applicable au marché public en cause, bien que rien dans l'ALÉNA ne l'oblige à fournir de tels détails. Elle a soutenu que, tout au plus, l'ALÉNA exige des entités qu'elles annoncent leur intention de négocier et, par la suite, qu'elles négocient en conformité avec l'article 1014.

Postes Canada a soutenu qu'une partie de l'allégation de BLJC au sujet de la procédure de négociation décrite dans la DP relève de la conjecture et que, pour ce seul motif, le Tribunal ne doit pas l'accueillir. De plus, Postes Canada a soutenu que cette allégation, telle qu'elle est structurée, est dénuée de fondement parce que, quel que soit le scénario éventuel, contrairement à l'affirmation de BLJC, les parties plaignantes auront accès à un recours en temps opportun. Postes Canada a en outre soutenu que, dans la mesure où l'allégation de BLJC sur ce point se rapporte aux critères d'évaluation, il s'agit là d'un nouveau motif de plainte fondé sur l'article 1013 de l'ALÉNA et non sur les articles 1010 et 1014 et que, par conséquent, le Tribunal ne doit pas en tenir compte dans le cadre de la première plainte.

Abordant les allégations que BLJC a présentées dans le cadre de sa deuxième plainte et, plus précisément, celles que, contrairement à l'article 1013 de l'ALÉNA, Postes Canada a exécuté la procédure de passation de marché public d'une façon qui défavorise les fournisseurs potentiels, Postes Canada a soumis les renseignements suivants. Depuis 20 ans, Postes Canada, en tant que société de la Couronne, a acquis un énorme bagage de connaissances spécialisées sur la mise en œuvre des progrès réalisés en services de gestion du courrier. La filiale à part entière de Postes Canada, Postes Canada internationale limitée

(PCIL)⁹, a commercialisé ces connaissances partout dans le monde et, dans les années 90, de sa propre initiative ou conjointement avec de nombreux autres organismes, a réalisé plus de 100 projets répartis dans 45 pays environ. Un de ces projets, présentement en cours, qui porte sur la remise en état du système postal du Liban, est mené en collaboration avec ProFac. Libanpost SAL (Libanpost), une société locale, a été incorporée pour effectivement fournir les services au gouvernement du Liban durant la période de 12 ans visée par le contrat. Postes Canada a affirmé que (information confidentielle omise).

Postes Canada a affirmé que, essentiellement, BLJC a allégué que, parce qu'une filiale de Postes Canada a un lien commercial avec ProFac, un fournisseur potentiel pour le marché public, et parce qu'un gestionnaire de projet nommément désigné de Postes Canada a fait certaines observations, qui indiquent censément un préjugé en faveur de ProFac, Postes Canada n'est pas capable d'évaluer objectivement et équitablement les propositions soumises en réponse à la DP.

Selon Postes Canada, les préoccupations de BLJC à cet égard sont totalement dénuées de fondement. Plus précisément, Postes Canada a soutenu que le gestionnaire de projet en question n'est qu'un des membres d'une grande équipe de personnes responsables de la réalisation de la procédure de passation de marché public. En outre, le gestionnaire de projet nommément désigné a démenti les observations que lui attribue BLJC. Postes Canada a soutenu que les remarques effectuées par le gestionnaire de projet nommément désigné durant la visite des installations de traitement du courrier, à Vancouver (Colombie-Britannique), ne représentaient qu'une simple tentative d'engager la conversation et de mettre les divers représentants à l'aise. Aucune tentative n'a été faite pour cacher ladite conversation, et ces faits ne démontrent aucune discrimination, perçue ou réelle.

Postes Canada a soutenu que les « éléments de preuve » avancés par BLJC dans le cadre de sa deuxième plainte ne suffisent pas pour établir une crainte, raisonnable ou non, de partialité et encore moins une partialité réelle. Postes Canada a soutenu qu'il est ridicule de prétendre que : 1) toute observation de nature générale concernant la récente acquisition de 100 p. 100 des actions de ProFac par une autre entreprise constitue un motif suffisant pour conclure que Postes Canada a déjà arrêté son opinion sur la convenance d'un fournisseur potentiel et ce, avant la démarche officielle d'évaluation; 2) Postes Canada favorisera un fournisseur potentiel avec lequel elle a un lien d'affaire; 3) Postes Canada a manifesté sa partialité en faveur d'un fournisseur potentiel et donc a découragé la participation à l'invitation à soumissionner. Postes Canada a soutenu que ses intérêts financiers ne sont pas « inextricablement liés » à ceux de ProFac, qu'il n'existe pas de lien commercial obligatoire entre ProFac et PCIL et Postes Canada, et que PCIL ne participe nullement aux décisions d'achat de Postes Canada. Postes Canada a aussi soutenu que la tentative de BLJC de recourir aux obligations procédurales de l'ALÉNA pour empêcher une entité gouvernementale de choisir la proposition d'un fournisseur potentiel, qui pourrait bien être considérée comme étant la plus avantageuse après une évaluation juste et impartiale, serait contraire à l'objet des principes concernant les marchés publics qui visent l'obtention de la meilleure valeur pour la population.

De plus, en ce qui a trait à la décision du Tribunal dans le dossier n° PR-98-040¹⁰, Postes Canada a soutenu que la crainte de partialité n'est pas fondée sur une violation d'une obligation quelconque de l'ALÉNA et que le Tribunal n'a donc pas compétence pour examiner la question. Postes Canada a aussi soutenu que l'allégation de partialité qu'a faite BLJC n'est pas présentée « dans le cadre des délais prescrits », puisque les faits à l'origine de l'allégation, c.-à-d. le lien commercial entre PCIL et ProFac, ont été découverts ou auraient dû vraisemblablement être découverts par BLJC au cours des premiers mois de 2000. En conclusion sur ce point, Postes Canada a soutenu que BLJC ne peut avancer d'éléments de

9. Auparavant connue sous l'appellation Postes Canada Gestion de systèmes Ltée.

10. *Cougar Aviation* (7 juin 1999) [ci-après *Cougar*].

preuve concrets que le processus d'évaluation est vicié par un élément de partialité, puisque celui-ci n'avait pas encore été amorcé au moment du dépôt de la deuxième plainte. Postes Canada a donc soutenu qu'une telle préoccupation relève de la conjecture et que le Tribunal ne doit pas en tenir compte, conformément à sa décision dans le dossier n° PR-95-024¹¹.

En ce qui concerne l'allégation de BLJC selon laquelle Postes Canada a introduit de « nouvelles » exigences obligatoires sur l'établissement des prix et une « nouvelle » procédure de négociation à l'occasion de la modification n° 3 de la DP, Postes Canada a soutenu que la modification susmentionnée ne contient aucun « nouveau » renseignement. De plus, Postes Canada a soutenu qu'il ressort clairement d'une lecture objective du document que ce dernier n'énonçait pas de nouvelles exigences « obligatoires » sur l'établissement des prix ni une nouvelle procédure de négociation, mais clarifiait et amplifiait simplement les renseignements déjà énoncés dans la DP. Selon Postes Canada, la légitimité d'une telle position peut être évaluée à la lumière du fait qu'elle a maintenant reçu un petit nombre de propositions en réponse à la DP et que personne, parmi les autres fournisseurs potentiels ou les nombreux autres entrepreneurs qui ont reçu la DP, n'a allégué que la DP ne transmet pas tous les renseignements nécessaires pour permettre aux fournisseurs de présenter une soumission valable ou que Postes Canada a introduit de nouvelles exigences obligatoires sur l'établissement des prix ou une nouvelle procédure de négociation à l'occasion de la publication de la modification n° 3. Postes Canada a soutenu que la DP énonce des exigences obligatoires claires sur l'établissement des prix, ces conditions ayant été précisées dans le cadre de la modification n° 2 publiée le 7 juin 2000. Quant à l'affirmation de BLJC selon laquelle un fournisseur potentiel aurait besoin de détails sur la procédure de négociation pour soumettre une offre conforme, Postes Canada a soutenu que BLJC n'a pas cité une seule disposition de l'ALÉNA ni une seule cause entendue par le Tribunal qui indique l'existence d'une telle obligation aux termes de l'ALÉNA. À titre d'argument de rechange, même si les renseignements sont « nouveaux », ce que Postes Canada a nié catégoriquement, ils sont clairs, sans équivoque et suffisants pour que les fournisseurs potentiels présentent des soumissions valables. Par conséquent, Postes Canada a soutenu ne pas avoir failli à ses obligations aux termes de l'ALÉNA.

Postes Canada a soutenu, si le Tribunal devait déterminer que la deuxième plainte est fondée, qu'aucune des mesures correctives demandées ne doit être accordée. Plus précisément, Postes Canada a soutenu que la demande de BLJC visant à ce que le Tribunal reporte l'adjudication de tout contrat relatif à l'invitation à soumissionner est non fondée, étant donné que le Tribunal a annulé l'ordonnance de report d'adjudication précédemment rendue. De plus, Postes Canada a soutenu que le lancement d'un nouvel appel d'offres n'est pas justifié, puisque BLJC n'a pas démontré comment les faits allégués peuvent d'une façon ou d'une autre justifier une nouvelle procédure de passation de marché public. De même, le Tribunal ne peut simplement supposer que la procédure sera appliquée d'une façon injuste et, pour un tel motif, recommander la nomination d'un « moniteur de l'équité » qui contrôlerait la procédure. Postes Canada a soutenu qu'il n'existe pas de raison contraignante de nommer un « moniteur de l'équité », étant donné que les fournisseurs potentiels peuvent toujours avoir recours au Tribunal si des éléments de preuve d'impartialité réelle lors de la procédure d'évaluation sont découverts. Quant à la demande de BLJC pour obtenir que, dans le cadre de la procédure actuelle ou de toute procédure à venir que pourrait recommander le Tribunal, Postes Canada n'accepte pas de propositions en provenance de ProFac ni d'une de ses filiales, Postes Canada a soutenu qu'il n'existe pas de motif qui justifie une telle recommandation. Une telle recommandation, selon Postes Canada, irait à l'encontre de l'objet des obligations commerciales internationales du Canada, à savoir l'obtention de la meilleure valeur possible pour la population. Les accords commerciaux, selon Postes Canada, n'ont pas pour objet d'aider à équilibrer les forces entre le gouvernement et les fournisseurs particuliers. De plus, Postes Canada a soutenu que la demande de BLJC, visant le retrait d'un gestionnaire de projet nommément désigné de la procédure actuelle et de toute

11. *Array Systems Computing* (25 mars 1996).

procédure à venir que pourrait recommander le Tribunal, est ridicule. Viser particulièrement cette personne est une attaque injustifiée contre son intégrité. Cette personne n'est qu'un des membres d'une équipe qui inclut des employés des Biens immobiliers, des Affaires juridiques, de la Gestion du risque, et de l'Approvisionnement et Assurance de la qualité de Postes Canada, dont le travail sera effectué sous la supervision de membres de la direction supérieure de Postes Canada.

Position de BLJC

BLJC a indiqué que tous les motifs qu'elle a soulevés dans sa plainte du 25 mai 2000, à l'exception des deux motifs mentionnés ci-dessous, ont été réglés à sa satisfaction et que, par conséquent, elle ne présentera pas de commentaires à leur propos dans son exposé. BLJC a en outre indiqué qu'elle appuie le désir de Postes Canada que la plainte soit traitée dans les plus brefs délais et, à cet égard, a demandé que le Tribunal rende sa décision, et les motifs à une date ultérieure.

Au sujet de l'argument présenté par Postes Canada dans le RIF, selon lequel la plainte de BLJC était prématurée, BLJC a soutenu que les éléments de preuve au dossier montrent qu'elle a fait tout ce qu'elle pouvait pour obtenir que la procédure de passation de marché public soit exécutée en conformité avec l'ALÉNA, avec comme résultat qu'elle s'est heurtée à une ferme résistance de la part de Postes Canada, et qu'elle a déposé sa première plainte auprès du Tribunal uniquement lorsque cela est devenu nécessaire et inévitable.

BLJC a soutenu qu'il reste deux questions à trancher :

- 1) si Postes Canada est tenue, aux termes de l'ALÉNA, de divulguer les critères d'évaluation qu'elle appliquera à l'évaluation des propositions et à l'adjudication du contrat;
- 2) si les dispositions sur les négociations contenues dans la documentation relative à l'appel d'offres sont conformes à l'ALÉNA.

Au sujet de la première question, BLJC a soutenu que Postes Canada contrevient à l'article 1013 de l'ALÉNA parce qu'elle a omis de divulguer, dans la DP, les critères d'évaluation des exigences cotées, la méthode ou les détails particuliers se rapportant à la cotation des diverses exigences, l'importance relative (facteur de pondération) des diverses exigences cotées et la façon dont elle choisira la soumission gagnante (la proposition la plus avantageuse) et adjugera le contrat.

BLJC a soutenu qu'il ressort clairement du RIF que Postes Canada dispose de renseignements sur l'évaluation qu'elle n'a pas divulgués, censément parce qu'aucune obligation en ce sens ne ressort des termes de l'ALÉNA et, plus particulièrement, à cause d'une différence entre les termes de l'ALÉNA et les termes de l'ACI.

Invoquant les termes des alinéas 1013(1)h) et 1015(4)c) et d) de l'ALÉNA ainsi que les définitions des mots « évaluation » et « critères »¹², BLJC a soutenu que l'expression « critères d'évaluation » utilisée dans l'ALÉNA désigne les normes, règles ou tests qui serviront à l'entité acheteuse pour déterminer la valeur relative des offres qu'elle reçoit. BLJC a soutenu que Postes Canada n'a pas tenté de définir l'un ou l'autre de ces aspects dans la DP, puisqu'en vérité il n'y a aucune mention. BLJC a fait valoir que les critères d'évaluation ne sont pas simplement la description des travaux ni des renseignements que les fournisseurs potentiels doivent inclure dans leurs propositions. Ce sont les facteurs que l'entité acheteuse

12. Commentaires de BLJC en réponse au RIF, 10 juillet 2000 à la p. 6.

appliquera pour évaluer les propositions, c'est-à-dire pour les juger et les classer, et pour retenir une soumission en vue de l'adjudication du contrat.

BLJC a soutenu que non seulement la DP ne définit pas les critères d'évaluation mais qu'elle ne dit rien non plus des « critères d'adjudication du contrat » prescrits à l'alinéa 1013(1)h de l'ALÉNA.

En ce qui a trait à l'affirmation de Postes Canada, selon laquelle l'information sur la cotation et la pondération ne fait pas partie des renseignements requis par les fournisseurs potentiels pour qu'ils puissent « présenter des soumissions valables », BLJC a non seulement soutenu qu'il n'est pas indiqué que le Tribunal détermine que la DP est conforme à l'ALÉNA d'après le nombre de parties plaignantes mais, surtout, a affirmé que, si les fournisseurs potentiels ne savent pas ce qui importe à Postes Canada et ce qui lui importe moins, ils ne peuvent répondre à ses besoins. À cet égard, BLJC a soutenu que l'information sur l'évaluation divulguée dans la lettre de Postes Canada du 23 janvier 2000 est totalement obscure et n'aide pas les soumissionnaires. En vérité, toutes les mentions de « *line items* », « *sections* », « *weighting* » et « *totals* » (« objets », « sections », « pondération » et « totaux »), dont il est fait mention dans la lettre du 23 juin 2000, ne se trouvent pas dans la DP et ne peuvent être reliées à quoi que ce soit dans la DP qui éclairerait les soumissionnaires sur la façon dont leur proposition sera évaluée.

Pour ce qui est de l'argument de Postes Canada, selon lequel l'ALÉNA ne prescrit pas la divulgation des critères de pondération et de cotation, BLJC a soutenu que, dans la mesure où un des objets de l'ALÉNA est d'éviter l'application de mesures arbitraires ou discriminatoires dans le cadre de procédures de passation de marché public, il est nécessaire que les entités acheteuses non seulement aient des critères d'évaluation, mais qu'elles les divulguent et les appliquent lors de l'adjudication des contrats. L'exigence selon laquelle les critères d'évaluation doivent être divulgués, selon BLJC, prévoit à la fois que les fournisseurs potentiels sauront comment préparer une soumission gagnante et que la sélection par l'entité acheteuse sera perçue comme étant objective, fondée sur les critères publiés. Quant à l'argument de Postes Canada se rapportant à l'interprétation des textes législatifs, BLJC a soutenu qu'il ne s'applique pas à des accords commerciaux distincts passés entre des parties différentes.

En ce qui a trait aux négociations, BLJC a soutenu que la question, au stade actuel, n'est évidemment pas que Postes Canada a déjà effectué des négociations d'une façon contraire à l'ALÉNA. Cependant, BLJC a soutenu que cela ne rend pas nécessairement ce motif de plainte prématuré. BLJC a soutenu que le Tribunal doit examiner ce motif de plainte maintenant parce que, si les fournisseurs potentiels devaient participer à la procédure de passation de marché public et attendre que se produise une violation de l'ALÉNA au cours des négociations, il n'y aurait alors pas de recours possible pour les fournisseurs potentiels qui ont refusé de participer au marché à cause de l'existence d'une procédure de négociation incorrecte. De plus, il n'y aurait probablement pas de recours possible dans un délai prescrit pour les fournisseurs qui, à la fin de la procédure de passation de marché public, l'adjudication du contrat étant imminente, seraient confrontés à une procédure de négociation incorrecte.

BLJC a soutenu que les dispositions de la procédure de passation de marché public visant les négociations, présentement énoncées dans la DP, portent à confusion et sont contradictoires, et que les fournisseurs potentiels ne savent pas comment la procédure de négociation présentement établie dans la DP fonctionnera. De plus, BLJC a soutenu que les soumissionnaires ne savent pas encore comment Postes Canada choisira, « durant le processus d'évaluation », le fournisseur potentiel avec qui elle négociera, puisque les négociations seront menées avant la sélection de la proposition la plus avantageuse. BLJC a soutenu que les renseignements relatifs à la procédure de négociation utilisée sont d'une importance critique pour permettre aux fournisseurs potentiels de présenter des soumissions valables. Par exemple, de savoir si le prix qu'elles proposent décidera de leur sort ou si on leur demandera de soumettre un meilleur prix peut

avoir une incidence importante sur l'aspect financier de leurs propositions. De même, BLJC a soutenu que, dans les circonstances actuelles, il serait pratiquement impossible de déterminer, par après, si Postes Canada s'est conformée aux termes de la procédure de négociation décrite dans la DP.

Dans ses commentaires du 11 août 2000, BLJC a soutenu que les plaintes regroupées peuvent se résumer en trois volets principaux, ainsi qu'il suit : 1) la non-divulgence des critères d'adjudication du contrat; 2) la confusion et la non-divulgence concernant la procédure de négociation; 3) le défaut de faire en sorte que la procédure de passation de marché public soit appliquée d'une façon non discriminatoire. BLJC a soutenu que les deux plaintes et les arguments présentés à l'appui de chacune se recoupent dans une certaine mesure, de telle sorte qu'il est impossible de traiter des plaintes de façon totalement séparée; le manque de précision des dispositions sur les négociations et des critères d'évaluation aggrave la confusion issue de chacun de ces éléments, laissant ainsi place à la subjectivité et aux mesures discriminatoires.

Au sujet de la divulgation des critères d'évaluation et d'adjudication, BLJC a affirmé que les fournisseurs potentiels ont le droit de savoir de quelle façon leur proposition sera évaluée, et la soumission gagnante, retenue. Cette affirmation, selon BLJC, se trouve confirmée dans le paragraphe 1013(1) et l'alinéa 1013(1)h de l'ALÉNA et encore plus lorsque ces dispositions sont lues en conjonction avec l'alinéa 1015(4)c). BLJC a fait valoir la symétrie manifeste des articles 1013 et 1015. L'article 1013 prescrit la divulgation, dans la documentation relative à l'appel d'offres, des critères qui seront appliqués pour évaluer les propositions et adjuger le marché, et l'article 1015 prescrit que l'adjudication des marchés sera conforme aux critères spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres. Rien dans les dispositions susmentionnées ne prévoit des renseignements connus uniquement de l'entité acheteuse sur la façon dont les propositions seront évaluées et dont les marchés seront adjugés, contrairement à ce qu'a avancé Postes Canada.

Pour ce qui est de l'argument de Postes Canada, selon lequel la divulgation des lignes directrices sur l'évaluation pourrait limiter « la portée » et « l'ingénuité » des solutions proposées, BLJC a soutenu que cet argument n'est pas pertinent à la lumière de l'affirmation de Postes Canada selon laquelle cette dernière a élaboré des lignes directrices sur la pondération et la cotation relativement au marché en cause. Par conséquent, BLJC a soutenu que Postes Canada a déjà une idée de ce qui lui importe et de ce qu'elle recherche.

En ce concerne l'argument de Postes Canada selon lequel l'ALÉNA prescrit qu'une entité ait des lignes directrices sur la pondération et la cotation dans le but d'empêcher toute discrimination, mais que l'ALÉNA n'en prescrit pas la divulgation, BLJC a soutenu qu'un tel argument est aussi indéfendable qu'il le semble. L'article 1013 de l'ALÉNA se rapporte à la divulgation de divers types de renseignements nécessaires pour que les fournisseurs potentiels puissent présenter des soumissions valables. De plus, BLJC a soutenu que les fournisseurs potentiels devraient être en mesure d'apprécier l'objectivité et l'équité de tels renseignements pendant la procédure de passation de marché public et, après l'adjudication, de déterminer s'ils ont été appliqués d'une façon juste, équitable et cohérente.

Au sujet de l'argument de Postes Canada sur l'obtention de la « meilleure valeur », BLJC a soutenu que le meilleur moyen pour atteindre un tel objectif est que Postes Canada informe les fournisseurs potentiels de ce qu'elle considère important et de la façon dont elle détermine la meilleure valeur (c.-à-d. les lignes directrices sur la pondération et la cotation ainsi que la méthode de détermination de la proposition la plus avantageuse). Sinon, selon BLJC, Postes Canada pourrait recevoir de nombreuses soumissions en réponse à son invitation à soumissionner, aucune n'offrant une aussi bonne valeur que Postes Canada aurait pu recevoir si elle avait divulgué l'importance relative des divers facteurs qu'elle prend en considération et de ses préférences ultimes pour l'adjudication du marché. En termes simples, BLJC a soutenu que le

gouvernement ne peut atteindre son objectif d'obtention de la meilleure valeur s'il ne dit pas aux fournisseurs potentiels à quoi il attache le plus de valeur.

BLJC a indiqué que, contrairement à l'affirmation de Postes Canada, la décision dans *Polaris* représente la proposition que les critères d'évaluation, y compris la « méthode de pondération et d'évaluation des critères », doivent être divulgués aux termes de l'ALÉNA, de l'AMP et de l'ACI. En outre, BLJC a soutenu que le nombre de causes traitant de ce point devant le Tribunal n'est pas élevé parce que, à sa connaissance, aucune entité assujettie à l'ALÉNA n'a tenté de défendre la position qu'elle n'est pas tenue de divulguer tous les critères qu'elle appliquera pour évaluer les propositions et adjuger le marché.

Pour ce qui est de divulguer la façon dont la soumission gagnante sera choisie, BLJC a soutenu que les termes de l'ALÉNA sur ce point sont clairs et d'une portée au moins aussi vaste que les termes de l'ACI. À cet égard, BLJC a soutenu qu'il ne suffit pas que Postes Canada énumère les exigences qui fonderont l'évaluation des propositions, mais il faut aussi que Postes Canada indique comment elle choisira le soumissionnaire retenu. Comment un soumissionnaire obtient-il des points pour une exigence cotée? Quel rapport y a-t-il entre les exigences cotées? Quel rapport y a-t-il entre le prix et les exigences cotées? Les renseignements de ce type, selon BLJC, sont ceux que les fournisseurs potentiels doivent connaître et auxquels ils ont droit.

En ce qui concerne la question des exigences obligatoires au plan des prix, BLJC a dit être satisfaite de la réponse de Postes Canada et ne pas poursuivre cet aspect de sa deuxième plainte.

Au sujet de la nouvelle procédure de négociation, BLJC a soutenu que non seulement Postes Canada a modifié fondamentalement la procédure de négociation décrite dans la DP au moyen de ce que Postes Canada appelle des éclaircissements mais, par surcroît, que la DP est maintenant, à cet égard, déroutante et contradictoire. En outre, BLJC a soutenu que le caractère vague et confus des dispositions sur les négociations énoncées dans la DP est exacerbé par l'absence de renseignements sur la façon dont les propositions seront évaluées et la soumission gagnante, déterminée. BLJC a soutenu que Postes Canada ne peut s'appuyer sur une interprétation de l'article 1014 de l'ALÉNA selon laquelle tout ce qu'une entité acheteuse doit faire en ce qui concerne les négociations est d'aviser les fournisseurs potentiels qu'elle a l'intention de négocier. Postes Canada a choisi d'aller au-delà de ce simple avis de son intention de négocier et, donc, doit faire en sorte que la procédure énoncée dans la DP soit conforme à l'article 1014 à tous égards, y compris aux dispositions qui renvoient aux critères d'évaluation indiqués dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres.

En ce qui a trait à la question de partialité, BLJC maintient cependant sa position initiale, tout en reconnaissant qu'il pourrait être difficile pour le Tribunal de déterminer ce qui a véritablement été dit à la visite des installations à Vancouver. De plus, après avoir indiqué ne pas comprendre pourquoi Postes Canada a de la difficulté à apprécier l'importance du lien commercial établi entre Postes Canada et ProFac dans le contexte de la présente invitation à soumissionner, BLJC a déclaré que la question qu'il faut poser est la suivante : quel aspect d'un marché public pourrait donner lieu à une plus grande crainte de partialité qu'une situation où l'agence gouvernementale qui passe un marché a des liens commerciaux secrets avec un des soumissionnaires?

Citant des faits à caractère public, BLJC a affirmé que PCIL, une filiale à part entière de Postes Canada, est entièrement sous le contrôle de Postes Canada et que les intérêts financiers de PCIL sont exclusivement ceux de Postes Canada. De plus, PCIL et ProFac ne sont pas que de simples parties contractantes; elles forment une véritable coentreprise, partageant l'investissement, les risques et les gains. BLJC a soutenu que, dans le cadre de la coentreprise libanaise, PCIL, et donc Postes Canada, fait de l'argent

uniquement lorsque, de fait, ProFac fait de l'argent. BLJC a soutenu que la nature et l'importance de ce lien sont évidentes dans le monde des affaires et que les personnes qui connaissent bien ces questions n'ont pas besoin d'en discuter en profondeur pour faire la différence entre un tel lien et la relation établie entre une entité gouvernementale et un fournisseur à contrat. BLJC a soutenu que le lien entre Postes Canada et ProFac est sans précédent dans le contexte des marchés publics et, étant donné que l'article 1008 de l'ALÉNA prescrit que les procédures de passation de marché doivent être appliquées de façon non discriminatoire, un tel lien exige, à tout le moins, des mesures exceptionnelles, comme la nomination d'un « moniteur de l'équité » ou des dispositions propres à établir une distance similaire ou la transparence.

En ce qui a trait à l'affirmation de Postes Canada selon laquelle l'allégation de BLJC au sujet de la partialité est à tout le moins anticipée, puisque les propositions n'ont pas encore été évaluées, BLJC a soutenu que sa plainte au sujet de la partialité et de la discrimination n'est pas prématurée. En vérité, elle a soutenu que Postes Canada, en refusant de reconnaître la nature et l'importance de sa relation avec ProFac et en omettant de prendre les mesures nécessaires pour en faire état, n'a pas fait en sorte que ses procédures d'appel d'offres soient appliquées de façon non discriminatoire et impartiale. De plus, BLJC a soutenu qu'il est hautement préférable de traiter de telles questions dès que le contexte qui donne naissance à la discrimination est découvert. Si le Tribunal refuse de traiter de la plainte maintenant, et si le contrat est adjugé à ProFac, BLJC a avancé l'hypothèse qu'elle pourrait poursuivre une plainte pour un tel motif à ce moment.

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 la validité de la plainte en fonction du respect des procédures et autres exigences établies 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 exigences de l'ALÉNA.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Le Tribunal traitera d'abord d'un certain nombre de questions préliminaires soulevées par Postes Canada au sujet de la compétence du Tribunal pour statuer sur les plaintes.

Postes Canada a soutenu que la première plainte de BLJC est prématurée, puisque BLJC n'a pas accordé à Postes Canada un délai suffisant pour répondre à ses oppositions. Le Tribunal conclut que la première plainte de BLJC a été présentée au moment opportun. BLJC a avisé Postes Canada de ses préoccupations au sujet de la procédure de passation de marché public le 3 mai 2000. Le 11 mai 2000, Postes Canada a répondu, mais, selon BLJC, sans dissiper toutes ses préoccupations. BLJC a donné suite en demandant des éclaircissements supplémentaires le 15 mai 2000 et a demandé que Postes Canada lui fasse parvenir une réponse au plus tard le 19 mai 2000, de peur qu'un délai plus long mette en péril son droit de déposer une plainte auprès du Tribunal. Postes Canada a répondu le 19 mai 2000, promettant une réponse au plus tard le 25 mai 2000. Aucune réponse n'avait été reçue avant la fermeture des bureaux le 25 mai 2000. BLJC, dans de telles circonstances, a imputé à Postes Canada un refus de réparation implicite et a déposé sa première plainte auprès du Tribunal tard l'après-midi du 25 mai 2000. Le Tribunal est convaincu, étant donné les circonstances, que BLJC a agi d'une façon raisonnable lorsqu'elle a déduit que Postes Canada refusait réparation et a déposé sa première plainte auprès du Tribunal le 25 mai 2000.

Postes Canada a allégué, invoquant à cet égard la décision prise par le Tribunal dans *Cougar*, que le Tribunal n'a pas compétence aux termes de l'ALÉNA pour décider des questions qui se rapportent à la

partialité réelle ou à la crainte de partialité. Le Tribunal note que sa décision dans cette affaire reposait exclusivement sur les dispositions de l'ACI et que, de ce fait, la décision ne dit rien au sujet de la partialité réelle, ou de la crainte de partialité, aux termes de l'ALÉNA. Le Tribunal fait aussi observer que Postes Canada n'a pas cité, à l'appui de son affirmation, de dispositions de la Loi sur le TCCE, du Règlement ou de l'ALÉNA. Le Tribunal est d'avis que la Loi sur le TCCE et le Règlement confèrent clairement au Tribunal le pouvoir de connaître des contestations concernant tous les aspects de la procédure de passation de marché public se rapportant à un contrat spécifique, y compris les questions de partialité. L'article 1017 de l'ALÉNA prévoit expressément que l'objet des procédures de contestation des offres est de favoriser « des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics » [soulignement ajouté], et plusieurs dispositions du chapitre 10 de l'ALÉNA prescrivent que les entités ne doivent pas agir d'une façon qui pourrait entraîner, de façon délibérée ou non, la création d'obstacles inutiles au commerce. De plus, selon le Tribunal, il n'existe pas de disposition dans les lois ou dans l'ALÉNA qui empêchent le Tribunal d'examiner les questions se rapportant à la discrimination et à la partialité qui découlent de sa compétence en matière d'examen des marchés publics.

Postes Canada a soutenu, relativement à la question de partialité, qu'elle est soit spéculative (au moment où la plainte de BLJC a été déposée, l'évaluation des propositions n'ayant pas encore commencé) soit tardive (le lien commercial entre Postes Canada et PCIL et ProFac étant un fait public) et que BLJC aurait dû connaître les faits au début de 2000, c.-à-d. plus de 10 jours ouvrables avant la date à laquelle BLJC a déposé sa deuxième plainte.

Le Tribunal conclut que le motif de la plainte de BLJC n'est ni spéculatif ni tardif. Manifestement, la contestation de BLJC ne porte pas sur l'objectivité de l'évaluation véritable des propositions, qui n'avait pas encore commencé au moment où elle a déposé sa plainte. Plutôt, la préoccupation de BLJC se rapporte au fait que les actions précédentes de Postes Canada à l'occasion d'une visite des installations à Vancouver, sa réaction aux observations de BLJC concernant les liens commerciaux établis entre PCIL et ProFac et, d'une façon générale, ses communications avec BLJC depuis le début de la procédure de passation de marché public en cause, révèlent un profil qui dénote la prédisposition de Postes Canada envers ProFac, et donc compromet Postes Canada en tant qu'« instrument objectif » pour l'évaluation des soumissions en l'espèce. Le Tribunal est d'avis qu'il s'agit là d'un motif de plainte présenté dans le délai prescrit. Par conséquent, le Tribunal en examinera le bien-fondé.

Dans l'ensemble de ses observations, Postes Canada a fait mention du fait, ou laissé entendre, que, parce qu'elle est une « entreprise publique », et non une entité « normale » du gouvernement fédéral, et parce qu'elle est assujettie à l'ALÉNA, mais non à l'ACI ni à l'AMP, elle a droit à une interprétation plus libérale des dispositions de l'ALÉNA. À l'exception du paragraphe 1010(5) de l'ALÉNA, concernant le type d'« invitation à participer » que les entreprises publiques peuvent utiliser, le Tribunal ne connaît pas de dispositions de l'ALÉNA qui corroborent l'affirmation de Postes Canada. En termes simples, le Tribunal est d'avis que Postes Canada n'a pas droit à un régime différent aux termes de l'ALÉNA.

BIEN-FONDÉ

Par accord des parties, il ne reste que trois questions sur lesquelles le Tribunal doit statuer :

- 1) si, aux termes de l'ALÉNA, Postes Canada est tenue de divulguer les critères qu'elle appliquera à l'évaluation des propositions, y compris à la fois la méthode de pondération et de cotation qui s'appliquera aux exigences cotées et à l'adjudication du contrat afférent à l'invitation à soumissionner ainsi que la méthode et la formule appliquées pour déterminer la proposition la plus avantageuse;

- 2) si les dispositions énoncées dans la DP, telle que modifiée, se rapportant aux « négociations » sont claires et conformes à l'ALÉNA;
- 3) si la procédure de passation de marché public en question a été et peut être appliquée d'une façon impartiale, non discriminatoire.

Un objectif fondamental de l'ALÉNA, énoncé à l'article 102, est de promouvoir la transparence. Dans un tel contexte, l'objet des contestations des offres, énoncé à l'article 1017, est de favoriser des « procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics ». Dans un tel contexte, l'article 1008 prescrit que les entités appliqueront les procédures de passation de marché public de façon non discriminatoire. Plus précisément, l'alinéa 1013(1)h) indique, notamment, que la documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs devra contenir « les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ». De plus, l'alinéa 1015(4)a) prévoit, notamment, que « pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres ». L'alinéa 1015(4)c) prévoit de plus que « l'entité l'adjugera [le marché] au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été jugée la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres ». Enfin, l'alinéa 1015(4)d) précise que « l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres ».

Pour ce qui est de la première question, le Tribunal est d'avis que l'alinéa 1013(1)h) de l'ALÉNA prescrit que l'entité doit transmettre, dans les documents d'invitation à soumissionner, non seulement les renseignements nécessaires pour permettre aux fournisseurs de présenter des soumissions valables, mais aussi les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des offres. Le Tribunal est d'avis que cela comprend la méthode de pondération et d'évaluation des critères, ainsi qu'un énoncé clair de la méthode et des critères qui seront appliqués pour déterminer la proposition la plus avantageuse et pour adjuger un marché.

Postes Canada a soutenu que l'invitation à soumissionner en question porte sur l'acquisition de services qu'il est difficile de décrire et d'évaluer avec autant de précision qu'un produit commercial offert en vente libre, par exemple. C'est pourquoi, selon Postes Canada, elle a utilisé en l'espèce, en tant qu'instrument privilégié d'invitation à soumissionner, une DP, et, par conséquent, elle doit avoir une certaine latitude quant à la façon dont elle énonce ses exigences et, d'une façon générale, quant à la façon dont elle applique les critères d'évaluation dans le cadre de ce marché. Le Tribunal ne trouve rien à redire sur l'utilisation d'une DP pour répondre à certains besoins, comme celui visé en l'espèce. Il s'agit là d'une méthode d'invitation à soumissionner éprouvée au fil de nombreuses années, qui n'est en aucune façon dommageable ou contraire aux dispositions de l'ALÉNA et qui convient bien à des situations comme celle visée en l'espèce. Le Tribunal est d'accord sur le principe que, lorsqu'une entité utilise correctement une DP en tant qu'instrument d'invitation à soumissionner, elle avise la communauté des fournisseurs qu'elle est à la recherche de la meilleure solution relativement à un besoin ou à un service particulier, et non d'un résultat spécifique prédéterminé. Dans ce contexte, le Tribunal reconnaît que les entités ont besoin d'une certaine latitude quant à l'expression de leurs besoins ainsi qu'à la réception et à l'évaluation des solutions proposées par les fournisseurs potentiels. La même latitude est nécessaire aux fournisseurs potentiels pour qu'ils puissent exprimer leur créativité et leur ingénuité lorsqu'ils proposent des solutions en réponse à la DP. Cependant, le Tribunal est d'avis qu'il ne ressort pas de ce qui précède que les entités peuvent négliger d'établir des règles pour la formulation des propositions, leur réception et leur évaluation, leur classement et la détermination de l'adjudicataire, ou que les entités peuvent tenir de telles règles secrètes. Au contraire, selon le Tribunal, moins le résultat attendu est décrit avec précision, plus l'encadrement du marché, y

compris les règles d'évaluation et d'adjudication, doit être transparent et bien articulé dans la DP. Une telle position découle du fait que, au moment de l'évaluation des propositions, la subjectivité joue un rôle plus grand si la solution attendue n'est décrite que dans les grandes lignes.

À partir de sa propre interprétation juridique, Postes Canada a soutenu que l'ALÉNA n'exige pas que les entités divulguent la méthode de pondération, les paramètres de cotation et la répartition générale des points attribués, qui serviront au moment de l'évaluation et du classement des propositions et de la détermination de la proposition la plus avantageuse. Ces renseignements, selon Postes Canada, ne sont pas nécessaires pour que les soumissionnaires présentent des soumissions valables. Postes Canada tire la conclusion susmentionnée, notamment, au moyen d'une comparaison des dispositions de l'ALÉNA avec celles de l'ACI, qui sont plus explicites en ce qui a trait à la divulgation de la méthode de pondération et des exigences cotées. Le Tribunal est d'avis que les arguments afférents à l'interprétation juridique qui ont été avancés par Postes Canada sont dénués de fondement. À l'étude des termes de l'article 1013 de l'ALÉNA, le Tribunal conclut qu'il convient de l'interpréter comme prescrivant la divulgation de la méthode de pondération et des paramètres de la cotation numérique. Dans son préambule, l'article 1013 indique, notamment, que « [l]a documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables ». Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités, un accord international doit être interprété suivant son objet et son but. Pour la passation d'un marché public équitable, ouvert et impartial, comme le prescrit l'ALÉNA, il faut, selon le Tribunal, que les documents d'appel d'offres comprennent la méthode de pondération et les critères de cotation. Cette information aidera à l'atteinte des objets et des buts globaux des dispositions sur les contestations des offres contenues dans l'ALÉNA.

De plus, le Tribunal est d'avis que, s'ils ne sont pas informés de la méthode de pondération et de cotation ainsi que de la répartition générale des points attribués aux divers critères et aux diverses sections de l'évaluation, les fournisseurs n'auront aucune notion de l'importance que Postes Canada attache aux diverses exigences énoncées dans la DP et, donc, ne pourront structurer leurs propositions pour qu'elles répondent le mieux possible aux exigences de Postes Canada. De même, en n'étant pas informés des « règles du jeu », les soumissionnaires ne peuvent maximiser leurs efforts pour remporter le marché. Ne pas révéler la méthode de pondération et de cotation est similaire à une situation où un professeur donnerait un test comprenant plusieurs questions, chacune ayant un pointage différent, mais sans informer l'élève de la valeur de chacune des questions. L'élève ne saurait pas où concentrer ses efforts. Une telle démarche est tout simplement injuste. En l'espèce, puisque Postes Canada a déjà élaboré des facteurs et des méthodes spécifiques de pondération, il est clair que les exigences n'ont pas toutes un poids uniforme. Cependant, à moins que Postes Canada ne divulgue les méthodes et les facteurs de pondération dans la DP, l'importance relative des critères d'évaluation demeurera inconnue, et les soumissionnaires seront entravés dans leurs efforts pour soumettre des propositions conformes aux exigences de Postes Canada. De plus, le Tribunal est convaincu que son interprétation de l'alinéa 1013(1)h) de l'ALÉNA est confirmée par le libellé de l'alinéa 1015(4)c), qui prévoit que la soumission est jugée la plus avantageuse selon « les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres ».

En ce qui a trait aux dispositions sur les négociations énoncées dans la DP, telle que modifiée, le Tribunal est d'avis que celles-ci demeurent ambiguës et ce, au point où il est difficile de déterminer si, considérées dans leur ensemble, elles sont conformes aux exigences de l'article 1014 de l'ALÉNA. Par exemple, le Tribunal ne sait pas très bien si certaines dispositions concernant les négociations ont été seulement clarifiées ou si elles ont été annulées ou remplacées par les éclaircissements ou si elles coexistent. En outre, il n'est pas clairement établi si les négociations seront menées avec tous les fournisseurs potentiels ni selon quels facteurs les soumissionnaires seront choisis en vue de telles négociations.

Postes Canada a indiqué que les négociations seront menées en conformité avec les dispositions de l'ALÉNA. Le Tribunal prend note de cet engagement. Cependant, pour une plus grande clarté, le Tribunal fait observer que la procédure de négociation à utiliser dans le présent cas doit se fonder, notamment, sur des critères d'évaluation, y compris une méthode de cotation et d'évaluation de critères, clairement spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres, comme le prescrit l'alinéa 1014(4)a) de l'ALÉNA. En bout de ligne, le Tribunal interprétera toutes et chacune des propositions de la DP concernant les négociations à la lumière de la norme juridique énoncée dans l'ALÉNA, et plus précisément, à l'article 1014.

En ce qui a trait à la question de partialité ou de discrimination, le Tribunal conclut qu'il n'y a pas d'élément de preuve au dossier qui appuie l'allégation de partialité présentée par BLJC. À cet égard, le Tribunal fait observer qu'il a compétence pour statuer sur la question de la partialité, puisque le traitement impartial des soumissionnaires est un élément essentiel d'une procédure de passation de marché public équitable.

Le Tribunal n'est pas convaincu que BLJC a démontré que, depuis le début de la procédure de passation de marché public en cause, Postes Canada a tenté d'octroyer le marché public à ProFac. De plus, le Tribunal n'est pas convaincu que les événements à l'occasion de la visite des installations à Vancouver (les parties ne sont pas d'accord sur ce qui s'est passé durant la visite des installations et le sont encore moins sur l'importance de ce qui s'est passé) prouvent que Postes Canada entretient une préférence à l'endroit de ProFac. Le Tribunal n'est pas convaincu non plus que Postes Canada se soit compromise en tant qu'instrument d'évaluation valable des propositions en l'espèce ni qu'il soit impossible qu'une proposition présentée par ProFac fasse l'objet d'une évaluation équitable par Postes Canada. Bien que le lien commercial établi entre Postes Canada et ProFac semble plus étroit que le lien plus courant qu'est la relation établie entre un entrepreneur et un sous-traitant, le Tribunal est d'avis que cela n'empêche pas Postes Canada d'évaluer équitablement toutes les propositions. Cela dit, le Tribunal peut comprendre comment l'absence de règles transparentes régissant l'évaluation des propositions, leur pondération et leur classement ainsi que la détermination de l'adjudicataire ont exacerbé la perception, par BLJC, de l'existence d'un traitement injuste ou partial. Le Tribunal est d'avis que, une fois la situation corrigée, ainsi qu'il est recommandé par après, un tel risque devrait être éliminé. Le Tribunal est d'avis que l'établissement et l'application par Postes Canada de règles transparentes, claires, cohérentes et détaillées pour la procédure de passation de marché, comme le prévoit l'ALÉNA, en garantira l'intégrité.

Une des mesures correctives demandées par BLJC dans ses plaintes était que le Tribunal ordonne à Postes Canada de lancer un nouvel appel d'offres pour le contrat spécifique, en conformité avec les dispositions de l'ALÉNA. Étant donné que le Tribunal a déterminé que la DP, ainsi qu'elle était structurée au moment où les plaintes ont été reçues, ne satisfaisait pas aux exigences de l'alinéa 1013(1)h) de l'ALÉNA, le Tribunal est d'avis que, à moins que les aspects susmentionnés de la documentation relative à l'appel d'offres soient modifiés pour être conformes à l'ALÉNA, la procédure de passation de marché public en cause demeurera viciée. Le Tribunal recommandera donc que Postes Canada modifie la documentation relative à l'appel d'offres pour éliminer les lacunes précisées dans sa décision.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA et que, par conséquent, les plaintes sont fondées.

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que Postes Canada, dans la conduite de cette invitation à soumissionner, a contrevenu à l'ALÉNA, puisque la DP, telle

que modifiée, n'indique pas la méthode d'évaluation et de pondération des exigences cotées ni leur importance relative. Elle ne fournit pas les critères pour le rejet de propositions ou pour la détermination de la proposition la plus avantageuse. De plus, la DP est ambiguë quant à la procédure de négociations qui s'appliquera dans la procédure de passation de marché public.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, s'il y a encore lieu, à Postes Canada de modifier la DP ou de publier une nouvelle invitation à soumissionner qui soit conforme à la présente décision et aux exigences de l'ALÉNA.

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

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre président

Peter F. Thalheimer
Peter F. Thalheimer
Membre

James A. Ogilvy
James A. Ogilvy
Membre