



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2006-026

Canadian North Inc.

c.

Ministère des Affaires indiennes et
du Nord canadien

*Décision et motifs rendus
le lundi 5 février 2007*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
PLAINTÉ	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC	2
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	3
Respect du délai	3
Équité procédurale	6
ANALYSE DU FOND DE LA PLAINTÉ PAR LE TRIBUNAL	12
Introduction	12
Analyse	18
Installations	18
Capacité de service	22
Exigences commerciales — Transporteurs aériens apparentés	27
MESURE CORRECTIVE	29
Frais	30
DÉCISION DU TRIBUNAL	30

EU ÉGARD À une plainte déposée par Canadian North Inc. 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 À LA SUITE D'une décision d'enquête sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**CANADIAN NORTH INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD
CANADIEN****Institution fédérale****DÉCISION DU TRIBUNAL**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien lance dans les plus brefs délais une nouvelle procédure de passation de marché public pour le transport des Aliments-poste. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande en outre que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien verse à Canadian North Inc. une indemnisation égale à 60 p. 100 des profits raisonnables qu'elle aurait réalisés relativement aux Aliments-poste entre la date à laquelle le contrat présentement en vigueur a été passé entre la Société canadienne des postes et Bradley Air Services Limited et la date de signature du contrat afférent au nouveau marché public. Si aucun nouveau contrat n'est passé, Canadian North Inc. devra recevoir une indemnisation au montant de 60 p. 100 des profits raisonnables qu'elle aurait réalisés relativement aux Aliments-poste pendant toute la durée du contrat passé entre la Société canadienne des postes et Bradley Air Services Limited. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que, en se fondant sur les renseignements qui précèdent, les parties élaborent une proposition conjointe d'indemnisation afin de la lui présenter dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision.

Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnisation, Canadian North Inc. devra déposer auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, dans les 40 jours suivant la date de publication de la présente décision, un exposé sur la question de l'indemnisation. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien disposera ensuite de 7 jours ouvrables après la réception de l'exposé de Canadian North Inc. pour déposer une réponse. Canadian North Inc. disposera ensuite de 5 jours ouvrables après la réception de l'exposé en réponse du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien pour déposer des observations supplémentaires.

La proposition conjointe d'indemnisation ou les observations sur l'indemnisation, selon le cas, devront tenir compte de la durée véritable du contrat entre Bradley Air Services Limited et la Société canadienne des postes, du volume véritable des Aliments-poste qui auront été livrés, du volume estimatif des Aliments-poste qui seront livrés d'ici à la passation d'un contrat afférent au nouveau marché public, des marges de profit applicables contenues dans la proposition de Canadian North Inc. et de la date et de la

méthode d'indemnisation. La proposition conjointe ou les observations comporteront une structure proportionnelle qui permettra aux parties de déterminer le montant de l'indemnisation correspondant à la durée entière du contrat entre Bradley Air Services Limited et la Société canadienne des postes, ou à une durée quelconque, de sorte que le montant de l'indemnisation puisse être rajusté en fonction de la durée véritablement écoulée au moment de la passation du contrat afférent au nouveau marché public. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve le droit de recommander, après le dépôt des observations, le montant de l'indemnisation que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien devrait verser à Canadian North Inc.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Canadian North Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. L'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 10 000 \$, car le degré de complexité de l'espèce dépasse le degré de complexité habituellement prévu au troisième degré de complexité. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations au Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Elaine Feldman
Elaine Feldman
Membre président

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre

Meriel V. M. Bradford
Meriel V. M. Bradford
Membre

Hélène Nadeau
Hélène Nadeau
Secrétaire

Membres du Tribunal :	Elaine Feldman, membre président Ellen Fry, membre Meriel V. M. Bradford, membre
Directeur :	Randolph W. Heggart
Enquêteur principal :	Michael W. Morden
Conseillers juridiques pour le Tribunal :	Dominique Laporte Reagan Walker
Partie plaignante :	Canadian North Inc.
Conseillers juridiques pour la partie plaignante :	Gordon Cameron Meghan Gardner
Partie intervenante :	Bradley Air Services Limited
Conseillers juridiques pour la partie intervenante :	Gerry H. Stobo Jack Hughes
Institution fédérale :	Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	Alexander Gay Karima Karmali

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7
Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS**PLAINTÉ**

1. Le 21 septembre 2006, Canadian North Inc. (Canadian North) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹. La plainte portait sur le marché (demande de propositions [DP] TCS 04/95) visant la prestation de services de transport aérien relativement à l'exécution du programme Aliments-poste (le Programme) dans le Nord du Canada.

2. Canadian North a allégué que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) et la Société canadienne des postes (Postes Canada) n'avaient pas divulgué tous les critères utilisés dans le cadre de l'évaluation des propositions. Elle a aussi allégué que les critères d'évaluation avaient été appliqués d'une façon discriminatoire, favorisant le fournisseur titulaire, Bradley Air Services Limited (faisant affaire sous le nom commercial de First Air) (First Air), à qui le contrat avait finalement été accordé.

3. À titre de mesure corrective, Canadian North a demandé que le contrat accordé à First Air soit résilié et qu'une nouvelle demande de propositions soit lancée pour le présent marché. À titre de solution de rechange, elle a demandé que lui soit versée une indemnisation pour les profits qu'elle a perdus à la suite de l'adjudication du contrat à First Air. Canadian North a en outre demandé le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation de sa soumission et de sa plainte. En réponse au rapport de l'institution fédérale (RIF), Canadian North a modifié sa demande de mesures correctives, indiquant qu'elle préférerait recevoir une indemnisation pour les profits perdus pendant toute la durée du contrat et, à titre de solution de rechange, qu'AINC lance une nouvelle demande de propositions et lui verse une indemnisation en reconnaissance des profits perdus jusqu'à la date de l'adjudication du contrat afférent à cette nouvelle demande de propositions.

4. Le 28 septembre 2006, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.13(1) 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*². Le 20 octobre 2006, First Air a demandé la permission d'intervenir dans l'affaire; sa demande a été accueillie le 23 octobre 2006.

5. Le 23 octobre 2006, AINC a déposé une requête auprès du Tribunal en vue d'obtenir que ce dernier rejette la plainte pour défaut de compétence. Postes Canada a déposé des observations sur la plainte le 23 octobre 2006, affirmant aussi que le marché public en question ne constituait pas un contrat spécifique aux termes de l'*Accord sur le commerce intérieur*³, le seul accord commercial applicable en l'espèce, et que la plainte n'entraînait donc pas dans le champ d'application de la compétence du Tribunal. Le 9 novembre 2006, après avoir examiné les exposés de toutes les parties, le Tribunal a rejeté la requête d'AINC. Le Tribunal a en outre décidé qu'AINC devait déposer le RIF et a ordonné que le RIF soit déposé au plus tard le 5 décembre 2006. Le 22 décembre 2006, le Tribunal a publié les motifs du rejet de la requête.

6. Le 8 décembre 2006, en même temps que ses observations sur le RIF, First Air a déposé une requête auprès du Tribunal en vue d'obtenir que ce dernier rejette la plainte au motif qu'elle avait été déposée après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North avait pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation ou, à titre d'argument subsidiaire, que la plainte avait été déposée après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North avait découvert ou aurait dû

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte. Le 18 décembre 2006, AINC et Canadian North ont déposé leurs observations respectives sur la requête. Le 20 décembre 2006, First Air a déposé ses observations en réponse aux observations d'AINC et de Canadian North. Le 11 janvier 2007, le Tribunal a rejeté la requête, ayant décidé que la plainte avait été déposée dans les délais prescrits.

7. Le 5 décembre 2006, AINC a déposé le RIF. Les 8 et 12 décembre 2006, First Air et Canadian North ont déposé leurs observations respectives sur le RIF. Le 13 décembre 2006, AINC a écrit au Tribunal pour lui demander de l'autoriser à présenter des observations en réponse aux observations de Canadian North sur le RIF. Le 14 décembre 2006, AINC a donné des éclaircissements sur les points précis au sujet desquels il voulait présenter des observations en réponse. Le 18 décembre 2006, le Tribunal a autorisé AINC et First Air à présenter des observations en réponse, uniquement au sujet de l'aspect de l'exposé de Canadian North concernant les mesures correctives. Le 21 décembre 2006, AINC et First Air ont déposé leurs observations en réponse au sujet de la nouvelle position de Canadian North concernant les mesures correctives. Le 4 janvier 2007, Canadian North a déposé ses observations finales au sujet de la question des mesures correctives.

8. Le 20 décembre 2006, le Tribunal a ordonné à Postes Canada de déposer une copie de la proposition soumise par First Air ainsi que tous les documents ayant trait à l'évaluation des propositions soumises par Canadian North et First Air. Postes Canada a déposé les documents le 10 janvier 2007. Le 16 janvier 2007, Canadian North, First Air et AINC ont tous déposé leurs observations sur les documents déposés par Postes Canada. Le 22 janvier 2007, Canadian North, First Air et AINC ont déposé leurs observations en réponse respectives sur les observations déposées par les autres parties le 16 janvier 2007.

9. Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a statué sur la plainte sur la foi de ces renseignements.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

10. Les services en question dans la présente plainte visent le transport aérien des Aliments-poste à partir du Nord du Québec en passant par le Nunavut, les Territoires du Nord-Ouest et les collectivités régionales. Le Programme est décrit comme suit dans une publication affichée sur le site Web d'AINC :

[...]

Dans le cadre du programme Aliments-poste, le gouvernement du Canada prend à son compte une partie des coûts associés au transport aérien d'aliments nutritifs périssables et d'autres produits essentiels vers les collectivités nordiques isolées qui ne sont pas accessibles toute l'année par camion, par train ou par bateau. Cette subvention aidant, les détaillants locaux sont en mesure de vendre des denrées fraîches à des prix raisonnables.

Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) gère le Programme et verse des fonds à Postes Canada pour couvrir une partie des coûts du transport des produits admissibles; pour sa part, Santé Canada offre conseils et orientation en matière de nutrition. Postes Canada assurent le programme Aliments-poste par le truchement de contrats conclus avec des transporteurs aériens.

Dans ces collectivités nordiques, les denrées fraîches abordables en provenance du sud constituent un complément d'importance à l'alimentation autochtone traditionnelle. En réduisant le coût des produits nutritifs – et, partant, en facilitant la « cuisine-santé » – le Programme met à la portée de tous un régime alimentaire sain.

[...]

11. Le programme existe depuis la fin des années 60 et était initialement appelé le programme du Service aérien omnibus du Nord. La relation entre AINC et Postes Canada concernant les modalités et le financement du Programme est établie dans une entente (l'Entente) datée du 7 octobre 1996, qui a été modifiée

plusieurs fois entre sa signature et la diffusion de la DP. Pour l'essentiel, Postes Canada passe des contrats pour des services de transport aérien nécessaires à l'exécution du Programme conformément à ces modalités convenues. Les utilisateurs paient le coût de la livraison des Aliments-poste directement à Postes Canada à un taux déterminé au préalable. AINC subventionne le reste du coût assumé par Postes Canada pour le transport aérien des Aliments-poste. -----

12. Le 20 mai 2005, le contrat de services de transport aérien devant bientôt expirer, Postes Canada a diffusé une DP en vue d'un nouveau contrat. Le contrat portait à la fois sur le transport aérien du courrier ordinaire et sur celui des Aliments-poste. La date limite de réception des propositions était fixée au 7 juillet 2005. La DP indiquait que la période du contrat s'étendrait sur un maximum de 65 mois. Elle précisait qu'un processus d'évaluation en quatre étapes serait appliqué, l'évaluation de la conformité des soumissionnaires aux critères obligatoires énumérés venant en premier lieu, suivie de l'évaluation des critères cotés, puis de l'examen des données sur les prix et, enfin, les résultats de l'évaluation des critères cotés et ceux des données sur les prix seraient combinés. Postes Canada devait ensuite négocier avec le soumissionnaire ayant obtenu le meilleur résultat à la suite du regroupement des points et des données sur les prix.

13. Après l'évaluation de la conformité aux critères obligatoires, seules les propositions de Canadian North et de First Air ont été déclarées recevables. L'équipe d'évaluation a poursuivi le processus d'évaluation de ces deux propositions. Cette étape du processus a comporté des visites sur place aux installations de chacun des soumissionnaires et une série de demandes d'éclaircissement adressées à chacun d'eux. L'équipe d'évaluation a classé la proposition de First Air avant celle de Canadian North et est donc entrée en négociation avec First Air.

14. Le 24 novembre 2005, Postes Canada a informé Canadian North qu'elle n'avait pas été retenue aux fins de l'adjudication du contrat.

15. Le 20 février 2006, Canadian North a participé à une réunion d'information avec des représentants de Postes Canada. Le 6 mars 2006, Canadian North a écrit au sous-ministre d'AINC pour présenter son opposition concernant la manière dont la procédure de passation du marché public avait été tenue. Le 7 septembre 2006, le personnel d'AINC a télécopié à Canadian North une lettre du sous-ministre d'AINC, datée du 22 août 2006, dans laquelle il répond à l'opposition de Canadian North. Le 21 septembre 2006, Canadian North a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Respect du délai

16. Avant d'examiner le fond de la plainte, le Tribunal traitera d'abord des motifs qui ont fondé son rejet de la requête de First Air. Dans cette requête, First Air demandait au Tribunal de rejeter la plainte au motif que Canadian North ne l'avait pas déposée dans les délais prescrits par l'article 6 du *Règlement*. Le 8 décembre 2006, en déposant ses observations sur le RIF, First Air a déposé une requête en vue d'obtenir que le Tribunal rejette la plainte au motif que Canadian North l'avait déposée après les délais prescrits par l'article 6. La requête invoquait les motifs suivants :

- 1) la plainte a été déposée bien après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation, tel que prescrit au paragraphe 6(2);
- 2) à titre subsidiaire, la plainte a été déposée bien après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte, tel que prescrit au paragraphe 6(1).

17. La requête demandant que le Tribunal rejette la plainte est fondée sur les délais prévus aux paragraphes 6(1) et 6(2) du *Règlement*, qui prévoient ce qui suit :

(1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal en vertu de l'article 30.11 de la Loi doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte.

(2) Le fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition concernant le marché public visé par un contrat spécifique et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition.

Premier motif — La plainte a été déposée bien après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation

18. Canadian North a présenté son opposition à AINC le 6 mars 2006. First Air et AINC ont soutenu que, étant donné qu'AINC a pris six mois⁴ (jusqu'au 7 septembre 2006) pour répondre, Canadian North avait pris connaissance par déduction du refus de réparation relativement à l'opposition qu'elle avait présentée bien avant d'avoir véritablement reçu la réponse d'AINC. First Air a soutenu que Canadian North savait, durant cette période, que First Air poursuivait l'exécution du contrat passé avec Postes Canada. First Air a soutenu que le fait que le contrat n'ait pas été résilié et que Canadian North n'ait pas été capable d'obtenir une réponse d'AINC équivalait à sa prise de connaissance par déduction du refus de réparation. Selon First Air, par le passé, le Tribunal a accepté qu'il n'est pas nécessaire qu'un refus de réparation soit établi par écrit⁵. First Air a en outre invoqué deux affaires où le Tribunal a accepté que l'écoulement d'une période de temps raisonnable (d'un à trois mois) suffisait pour juger qu'il a été pris connaissance par déduction du refus de réparation⁶. First Air et AINC ont soutenu qu'en attendant six mois une réponse à son opposition, Canadian North n'avait pas pris les mesures pour exercer ses droits prévues au paragraphe 6(2) du *Règlement*.

19. AINC a soutenu que Canadian North a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir qu'AINC n'assumerait pas la responsabilité du marché public de Postes Canada et, donc, qu'elle a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir, bien avant le 7 septembre 2006, que son opposition avait été rejetée.

20. AINC a soutenu que le *Règlement* a expressément été rédigé de façon à décourager les fournisseurs potentiels de temporiser avant de déposer leur plainte. Il a ajouté que la Cour d'appel fédérale, dans *IBM Canada Ltée c. Hewlett-Packard (Canada) Ltée*⁷, a déclaré qu'« [...] on s'attend [des fournisseurs potentiels] à ce qu'ils soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure [...] » First Air et AINC ont donc soutenu qu'il incombait à Canadian North de déposer sa plainte passablement plus tôt qu'elle ne l'a effectivement fait. Ils ont ajouté que Canadian North demande au Tribunal d'interpréter le paragraphe 6(2) du *Règlement* de telle

4. Après avoir demandé à AINC une télécopie de sa réponse, Canadian North l'a reçue, datée du 22 août 2006, par télécopieur, le 7 septembre 2006.

5. *Re plainte déposée par Joncas Postexperts, une division de Quebecor World Inc.* (8 décembre 2005), PR-2005-028 (TCCE); *Re plainte déposée par Cognos Incorporated* (29 novembre 2002), PR-2002-017 (TCCE).

6. *Re plainte déposée par Brymark Promotions Inc.* (1^{er} septembre 2004), PR-2004-030 (TCCE); *Re plainte déposée par Sweetman Consulting Associates* (7 octobre 2004), PR-2004-035 (TCCE).

7. 2002 CAF 284.

façon que le délai de « 10 jours ouvrables » ne commencerait que lorsque la partie plaignante prend « directement » connaissance du refus de réparation, éliminant de la sorte le critère « connaissance par déduction » énoncé dans le paragraphe.

21. First Air a aussi soutenu que Canadian North avait pris directement connaissance du refus de réparation par l'intermédiaire de pièces de correspondance qu'elle avait reçues d'AINC après l'adjudication du contrat, mais avant le 6 mars 2006, date à laquelle elle a présenté son opposition. First Air a fondé son argument sur une lettre datée du 6 janvier 2006 envoyée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à deux « intervenants de Canadian North⁸ » [traduction], le président de Nunavut Tunngavik Inc. et le président et directeur général de Inuvialut Regional Corporation; les lettres indiquaient que les propositions reçues avaient dûment et correctement fait l'objet d'une évaluation de Postes Canada, à qui était dévolue la responsabilité exclusive de la diffusion de la DP, de l'évaluation des propositions et de l'adjudication du contrat.

22. Canadian North, par contre, a soutenu avoir présenté son opposition à AINC dans les 10 jours ouvrables suivant la réunion d'information du 20 février 2006, où elle a pour la première fois découvert les faits à l'origine de la plainte, en envoyant à AINC sa lettre du 6 mars 2006. Elle a ajouté avoir donné suite à cette démarche sous forme de nombreux appels téléphoniques aux représentants d'AINC pour connaître où en était rendue la réponse à son opposition, et avoir déposé sa plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date à laquelle elle a reçu la lettre du 22 août 2006 d'AINC (reçue par télécopieur le 7 septembre 2006). Cette lettre, qu'elle a dit considérer être le refus de réparation, portait notamment que, d'après la réunion d'information que Postes Canada avait eue avec des représentants d'AINC et le rapport du surveillant de l'équité, AINC estimait que la procédure d'évaluation avait été tenue d'une manière équitable, objective, impartiale et cohérente et que les allégations présentées dans la lettre de Canadian North semblaient dénuées de tout fondement.

23. À la lumière des éléments de preuve et des exposés mis à sa disposition, le Tribunal est d'avis que Canadian North a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte le 20 février 2006. C'est à cette date que Canadian North a participé à une réunion d'information de Postes Canada où on lui a expliqué, dans une certaine mesure, les raisons pour lesquelles le contrat ne lui avait pas été adjugé. La lettre du 6 janvier 2006 à laquelle AINC a renvoyé ne constituait pas une réponse d'AINC sur le fond qui aurait décrit les faits précis de l'évaluation des propositions, mais était simplement une déclaration d'ordre général affirmant que Postes Canada avait évalué la proposition d'une manière équitable. À cette date, Postes Canada n'avait pas encore tenu de réunion d'information avec Canadian North au sujet de l'évaluation de sa proposition.

24. Le Tribunal conclut que le 6 mars 2006, 10 jours ouvrables après la réunion d'information avec Postes Canada, Canadian North a présenté une opposition à AINC au sujet de ses préoccupations quant à la manière dont Postes Canada avait tenu l'évaluation de propositions. Après de nombreuses communications entre Canadian North et AINC⁹, y compris une fois en juin 2006 lorsque AINC a avisé Canadian North qu'elle n'allait vraisemblablement pas recevoir de réponse avant la fin de l'été ou à l'automne en raison de la nomination récente d'un nouveau ministre, Canadian North a reçu une réponse à son opposition le 7 septembre 2006.

8. D'après AINC, Canadian North est la propriété de NorTerra Inc., cette dernière étant la propriété conjointe des Inuvialuit de l'Arctique de l'Ouest et des Inuits du Nunavut.

9. Exposé d'AINC du 18 décembre 2006, para. 9.

25. Le Tribunal est d'avis que Canadian North n'a pas temporisé entre le 6 mars 2006, date à laquelle elle a présenté son opposition à AINC, et le 7 septembre 2006, date à laquelle elle a reçu une réponse à sa lettre d'opposition. Au contraire, Canadian North a cherché d'une manière active à obtenir une réponse à son opposition. L'exposé même d'AINC révèle que Canadian North a fait de nombreuses demandes de renseignements au sujet de son opposition. AINC a participé de façon active à cet échange de communications, en présentant à Canadian North une raison valable expliquant le retard et une date estimative à laquelle cette dernière pouvait s'attendre à recevoir une réponse.

26. Le Tribunal conclut donc que Canadian North a pris directement connaissance du refus de réparation le 7 septembre 2006 et n'avait pas reçu, auparavant, une information susceptible de lui permettre de prendre connaissance par déduction de ce refus de réparation.

27. Le 21 septembre 2006, 10 jours ouvrables plus tard, Canadian North a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

Deuxième motif — La plainte a été déposée après les 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North a découvert ou aurait vraisemblablement dû découvrir les faits à l'origine de la plainte

28. First Air a invoqué un deuxième motif à l'appui de sa requête, à savoir, à titre d'argument subsidiaire, que la plainte avait été déposée après le délai de 10 jours ouvrables suivant la date où Canadian North a découvert ou aurait vraisemblablement dû découvrir les faits à l'origine de la plainte.

29. First Air a soutenu que Canadian North n'aurait pas dû présenter son opposition à AINC, puisqu'elle savait que Postes Canada était l'entité acheteuse et, donc, l'entité indiquée à qui présenter une opposition. Puisque Canadian North n'a pas présenté d'opposition à Postes Canada ni déposé une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant le 20 février 2006, la plainte a été déposée après le délai prescrit au paragraphe 6(1) du *Règlement*.

30. Le Tribunal a déjà traité cette question dans son rejet de la requête d'AINC et les motifs afférents, dans lesquels le Tribunal a déterminé qu'AINC est l'institution fédérale aux fins de la plainte dont il est saisi et, donc, l'entité indiquée à qui l'opposition aurait dû être présentée.

31. Le Tribunal a conclu que l'opposition et la plainte avaient toutes deux été déposées dans les délais prévus au paragraphe 6(2) du *Règlement*. Le Tribunal, par conséquent, a rejeté la requête dont il avait été saisi.

Équité procédurale

32. Le Tribunal traitera maintenant une autre question soulevée par les parties, à savoir celle de l'équité procédurale, avant d'examiner le fond de la plainte. Le 20 décembre 2006, le Tribunal a ordonné à Postes Canada, qui n'était ni une partie ni une partie intervenante à l'affaire, de produire des documents ayant trait à l'affaire dont il était saisi. Avant de déposer les documents en réponse à l'ordonnance du Tribunal, Postes Canada a demandé une prolongation du délai de sept jours. Le Tribunal a accordé une prolongation mais, étant donné les délais législatifs stricts du Tribunal, la prolongation n'a été accordée que jusqu'à midi le 10 janvier 2007 (une prolongation d'un peu moins de cinq jours). Postes Canada a déposé les documents dans le délai prescrit, désignant tous les documents déposés comme confidentiels. La date limite du dépôt, par les parties, de leurs observations sur l'exposé de Postes Canada a été fixée au 16 janvier 2007, et celle du dépôt de leurs observations respectives en réponse aux observations des autres parties, au 22 janvier 2007.

33. Étant donné les délais serrés qu'il avait imposé pour les deux cycles d'observations et le fait qu'elles traitaient toutes de renseignements confidentiels provenant de Postes Canada, le Tribunal a suspendu l'application de l'exigence normale portant sur le dépôt d'une version publique des observations.

34. Les conseillers juridiques des parties s'opposant à la plainte ont exprimé leurs préoccupations du fait de la désignation confidentielle de l'exposé du 16 janvier 2007 de Canadian North, puisqu'une telle désignation les empêchait de consulter leurs clients respectifs dans le but d'obtenir leurs directives sur la position à défendre en leur nom. Les conseillers juridiques d'AINC et de First Air ont de plus exprimé leurs préoccupations du fait que l'exposé contenait de nouveaux motifs de plainte qui n'étaient pas inclus dans la plainte initiale.

35. Ces préoccupations, combinées aux courts délais fixés par le Tribunal pour répondre aux observations des autres parties sur les documents de Postes Canada, ont sous-tendu les déclarations des conseillers juridiques des parties opposées à la plainte selon lesquelles, en établissant les deux cycles d'observations comme il l'a fait, le Tribunal avait violé le principe de l'équité procédurale¹⁰.

36. Le Tribunal n'est pas d'accord sur le fait que les circonstances susmentionnées aient donné naissance à une iniquité procédurale, compte tenu des règles législatives qu'il doit suivre quant au respect du délai et au caractère confidentiel.

Fondement juridique de l'équité procédurale

37. Un principe de droit général veut que tout tribunal administratif qui rend une décision ayant une incidence sur les droits, privilèges ou intérêts d'une personne a une obligation d'équité procédurale¹¹. Les règles de justice naturelle comprennent des règles fondamentales de procédure qui ont été formulées pour garantir un seuil minimum d'équité procédurale dans les procédures dont les tribunaux quasi judiciaires sont saisis¹². Toutefois, il est bien établi que la *manière* dont les tribunaux administratifs ou quasi judiciaires appliquent les règles de justice naturelle dépend du contexte de la procédure qu'ils tiennent¹³.

38. La Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'examiner la procédure que le Tribunal doit suivre pour tenir ses enquêtes dans *GRK Fasteners c. Leland Industries Inc.*¹⁴, dans laquelle elle a déclaré ce qui suit :

[...]

[8] [...] Le paragraphe 17(2) de la [Loi sur le TCCE] confère au Tribunal, pour toute question liée à l'exercice de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives. En outre, ses règles de procédure [...] précisent les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la loi. Ainsi, l'article 5 des Règles prévoit que les questions de procédure non visées par les Règles sont résolues de la manière ordonnée par le Tribunal. L'article 6 permet au Tribunal de modifier les règles, notamment par adjonction, ou d'exempter une partie de leur application si, *en vue du règlement plus expéditif ou moins formel d'une question*, les circonstances et l'équité le permettent.

[9] Les demanderesse font essentiellement valoir qu'en raison des procédures préalables à l'audience dont a décidé le Tribunal, les participants ont *appris si tardivement quelles seraient les catégories de produits faisant l'objet de l'enquête qu'il ne leur a pas été possible de présenter des observations utiles*. Ce qui est donc en fait reproché au Tribunal, c'est la manière dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire résiduel pour administrer la procédure visant la plainte déposée par Leland.

10. Lettre du conseiller juridique de First Air datée du 18 janvier 2007, à la p. 2; lettre du conseiller juridique d'AINC datée du 19 janvier 2007, à la p. 1.

11. *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 R.C.S. 311.

12. *Canada Post Corp. c. Workers Compensation Board (Sask.)* (1988), 174 Sask. R. 284.

13. *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869.

14. 2006 CAF 118.

[10] [...] En l'espèce, l'équité procédurale obligeait le Tribunal à informer les parties suffisamment à l'avance de la preuve qui serait invoquée contre elles afin qu'elles puissent présenter des observations utiles [...]

[...]

[Soulignement ajouté]

39. Autrement dit, le Parlement a conféré au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour adapter ses procédures aux circonstances particulières de ses enquêtes, dans le cadre des paramètres prévus par la loi relativement à ses enquêtes, sous réserve qu'il satisfasse à un seuil général d'équité.

40. Le Tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire afin d'atteindre cet objectif dans les procédures afférentes à l'espèce en dépit de circonstances exigeantes du point de vue des dispositions réglementaires qui fixent le délai dans lequel le Tribunal doit rendre sa décision et des exigences particulières sur le traitement des renseignements confidentiels. Ces circonstances exigeantes ont été dans une grande mesure le fait des parties, de la partie intervenante et de Postes Canada et feront l'objet d'examen dans l'ordre suivant : premièrement, le délai fixé par le Tribunal pour le dépôt des observations des deux cycles; deuxièmement, la désignation par Postes Canada de la totalité de son évaluation comme confidentielle; troisièmement, les prétendus nouveaux motifs de plainte soulevés dans les observations de Canadian North du 16 janvier 2007.

Le délai fixé par le Tribunal pour le dépôt des observations des deux cycles

41. L'article 12 du *Règlement* traite du délai de la publication de la décision du Tribunal et prévoit ce qui suit :

12. Le Tribunal communique ses conclusions et ses recommandations à l'égard d'une plainte au plaignant, à l'institution fédérale concernée ou à toute autre partie qu'il juge intéressée :

- a) sous réserve des alinéas b) et c), dans les 90 jours suivant le dépôt de la plainte;
- b) dans le cas où il agrée une demande de procédure expéditive selon les règles établies en vertu du paragraphe 39(1) de la Loi, dans les 45 jours après avoir agréé cette demande;
- c) dans le cas où il autorise une procédure prolongée selon les règles établies en vertu du paragraphe 39(1) de la Loi, dans les 135 jours suivant le dépôt de la plainte.

Étant donné que le Tribunal avait autorisé une procédure prolongée, il disposait de 135 jours après la date du dépôt de la plainte pour rendre ses conclusions et recommandations. Les autres délais dans les procédures sont fixés par les *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*¹⁵, une forme de législation subordonnée approuvée par décret : 25 jours pour déposer le RIF, à partir de la date de réception de la plainte par l'institution fédérale, et 7 jours ouvrables pour déposer les observations sur le RIF.

42. Le Tribunal fait observer que tous les conseillers juridiques ont disposé du même délai pour présenter leurs observations sur les documents de Postes Canada et répondre aux observations des autres parties. Le tableau ci-après montre la chronologie de la procédure suivie en l'espèce, y compris les dates des étapes clés et le nombre de jours restants, dans chaque cas, avant la date limite réglementaire à laquelle le Tribunal devait rendre ses conclusions et recommandations. Il y a lieu de prendre note que les dates suivies d'un astérisque avaient été reportées à la demande de la partie qui devait déposer les pièces en question.

15. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

Document	Date	Nombre de jours restants
Plainte déposée par Canadian North auprès du Tribunal	21 septembre 2006	135 ¹⁶
Réception de la plainte par AINC et Postes Canada	28 septembre 2006	128
Requête d'AINC en rejet de la plainte au motif de défaut de compétence (y compris une demande de prolongation du délai de dépôt du RIF si la requête devait être rejetée); observations de Postes Canada demandant le rejet de la plainte	23 octobre 2006	103
Ordonnance du Tribunal rejetant la requête après avoir reçu les exposés de toutes les parties sur cette requête	9 novembre 2006	90
Dépôt du RIF par AINC (le délai normal est de 25 jours suivant la réception de la plainte en vertu du paragraphe 103(1) des <i>Règles</i> , c.-à-d. le 23 octobre 2006). Dans la présente affaire, 26 jours suivant l'ordonnance du 9 novembre 2006 du Tribunal	5 décembre 2006	60
Observations sur le RIF par la partie intervenante, First Air, et requête en rejet au motif de respect du délai	8 décembre 2006	57
Observations en réponse d'AINC et de Canadian North à la requête de First Air	18 décembre 2006	47
Observations finales de First Air relativement à sa requête	20 décembre 2006	45
Ordonnance du Tribunal visant la production de documents par Postes Canada	20 décembre 2006	45
Dépôt des documents, conformément à l'ordonnance du Tribunal, par Postes Canada (qui n'était pas une partie à la procédure)	midi, 10 janvier 2007*	24
Ordonnance du Tribunal rejetant la requête de First Air	11 janvier 2007	23
Observations de Canadian North, First Air et AINC sur les documents de Postes Canada	16 janvier 2007	18
Observations de Canadian North, First Air et AINC en réponse à leurs observations respectives sur les documents de Postes Canada	22 janvier 2007*	12
Date limite pour la décision du Tribunal	3 février 2007**	
<p>* Date limite reportée à la demande de la partie devant déposer les pièces. ** La date limite, établie à 135 jours en vertu de l'alinéa 12c) du <i>Règlement</i>, était le samedi 3 février 2007. Le premier jour ouvrable suivant cette date a été le lundi 5 février 2007.</p>		

16. Article 12 du *Règlement*.

43. Comme le montre le tableau ci-dessus, lorsque AINC a déposé son RIF (qu'elle devait, selon les *Règles*, déposer dans les 25 jours suivant la réception d'une copie de la plainte), il restait 60 jours civils avant la date limite à laquelle le Tribunal devait rendre ses conclusions. Dans une affaire habituelle, les observations sur le RIF (et parfois une réponse) sont déposées dans un délai de 10 à 20 jours civils, ce qui laisse au Tribunal de 40 à 50 jours civils pour satisfaire au délai réglementaire prescrit. Toutefois, lorsqu'il a reçu le RIF, les documents d'évaluation de Postes Canada manquaient au dossier, empêchant le Tribunal de rendre une décision réfléchie et suffisamment motivée. Le Tribunal, dans sa lettre du 9 novembre 2006, a invité Postes Canada à déposer des observations sur le RIF au plus tard le 8 décembre 2006, à condition de demander l'autorisation d'intervenir dans l'affaire. Il est devenu manifeste une fois le 8 décembre 2006 passé, que Postes Canada avait décidé de ne pas demander l'autorisation d'intervenir dans l'affaire. Si Postes Canada était intervenue dans l'affaire, le Tribunal n'aurait vraisemblablement pas eu besoin de rendre l'ordonnance de production de tous les documents connexes à l'évaluation des propositions, puisque Postes Canada aurait vraisemblablement déposé la plupart ou la totalité des documents en question dans le cours normal de la procédure.

44. Un autre défi quant au respect des délais réglementaires a été que, trois jours après le dépôt du RIF, le 8 décembre 2006, First Air a déposé une requête en rejet de la plainte au motif qu'elle avait été déposée en retard. Le Tribunal a voulu examiner les observations sur la requête de First Air avant de décider d'ordonner ou non la production de documents par Postes Canada, puisqu'aucun document n'aurait été nécessaire si le Tribunal avait rejeté la plainte au motif qu'elle n'avait pas été déposée dans les délais prescrits. Les dernières observations sur cette requête ont été déposées le 18 décembre 2006. Après avoir examiné les observations sur la requête, le Tribunal a ordonné à Postes Canada de produire les documents pertinents à la plainte qu'AINC avait sans succès tenté d'obtenir de Postes Canada aux fins de l'enquête¹⁷. Le Tribunal a rendu son ordonnance de production de document deux jours après le dépôt des dernières observations, le 20 décembre 2006.

45. Initialement, le Tribunal a ordonné à Postes Canada de produire les documents d'évaluation le 5 janvier 2007, mais Postes Canada a demandé une prolongation. Après avoir examiné la question avec soin, le Tribunal a accepté de reporter la date limite du dépôt desdits documents à midi le 10 janvier 2007, accordant le délai maximum qu'il pouvait accorder à Postes Canada pour rassembler les documents en question tout en conservant le temps nécessaire pour délibérer de façon éclairée et produire ses conclusions et recommandations.

46. Le tableau montre qu'en accordant aux parties le droit de présenter des observations et des réponses aux observations relativement aux documents d'évaluation de Postes Canada, le Tribunal avait réduit à 15 jours son propre délai de délibération et de prise de décisions, par rapport au délai normal de 40 à 50 jours. En raison d'une autre demande de prolongation d'un délai présentée par First Air et AINC, ce délai a été écourté encore davantage à seulement 12 jours.

47. Autrement dit, le Tribunal a accordé aux parties le meilleur délai pour l'examen de leurs observations et la présentation de leurs observations en réponse qu'il pouvait leur accorder sans compromettre sa capacité de satisfaire aux délais législatifs prescrits pour rendre sa décision. Le Tribunal fait observer que la *Loi sur le TCCE* n'accorde pas au Tribunal le pouvoir discrétionnaire de prolonger ce délai.

17. Lettre d'AINC à Postes Canada datée du 23 novembre 2006, qui porte ce qui suit : « Vous nous avez avisé que SCP n'a pas l'intention de transmettre à AINC quelque information que ce soit ou de lui venir en aide. Nous avons compris que les procédures appliquées par SCP relativement à la DP satisferaient à toute norme d'examen et nous nous interrogeons donc quant à la sagesse de la position de votre client » [traduction], RIF, onglet 1.

Désignation par Postes Canada de la totalité de son évaluation comme confidentielle

48. Le paragraphe 45(1) et l'alinéa 46(1)b) de la *Loi sur le TCCE* énoncent des critères rigoureux pour empêcher la divulgation de renseignements déposés auprès du Tribunal au titre de renseignements confidentiels. Le paragraphe 45(1) prévoit ce qui suit :

45. (1) Les agents de l'administration publique fédérale et les membres qui ont en leur possession, au cours de leur emploi ou de leur mandat, selon le cas, des renseignements désignés comme confidentiels aux termes de l'alinéa 46(1)a) ne peuvent, si la personne qui les a désignés ou fournis n'a pas renoncé à leur caractère confidentiel, sciemment les communiquer ou laisser communiquer de manière à ce qu'ils puissent être vraisemblablement utilisés par un concurrent de la personne dont l'entreprise ou les activités sont concernées par les renseignements. Cette interdiction s'applique même après que l'agent ou le membre a cessé ses fonctions.

49. L'alinéa 46(1)b) de la *Loi sur le TCCE* prévoit qu'une personne qui fournit des renseignements confidentiels fournit en même temps que les renseignements :

b) [...] soit une version ne comportant pas les renseignements désignés comme confidentiels ou un résumé ne comportant pas de tels renseignements suffisamment précis pour permettre de les comprendre, soit une déclaration accompagnée d'une explication destinée à la justifier, énonçant, selon le cas :

(i) qu'il est impossible de faire la version ou le résumé en question,

(ii) qu'une version ou un résumé communiquerait des faits qu'elle désire valablement garder confidentiels.

50. Comme il a déjà été mentionné, en déposant ses documents auprès du Tribunal, Postes Canada a choisi de désigner tous ses documents comme confidentiels et n'a pas fourni une version publique contrairement aux dispositions de l'alinéa 46(1)b) de la *Loi sur le TCCE*. Le Tribunal fait observer que le temps qu'il aurait fallu à Postes Canada pour revoir ses documents, en retirer les passages désignés confidentiels et préparer une version publique ou, à titre de solution de rechange, rédiger un résumé public de ses documents, aurait entraîné un retard de plusieurs autres jours. Chaque jour nécessaire à Postes Canada pour la révision de ses documents aurait réduit encore davantage le délai disponible pour la présentation des observations des parties et la prise de décisions du Tribunal, un délai déjà réduit à son minimum. Après avoir pesé les avantages et les inconvénients d'obliger Postes Canada à fournir une version publique de ses documents, le Tribunal a décidé d'accepter les documents de Postes Canada tels qu'ils avaient été déposés. De l'avis du Tribunal, les défis, quels qu'ils soient, suscités par la nature confidentielle des documents de Postes Canada (et des observations sur ces documents) étaient justifiés, étant donné la durée du processus de révision-rédaction susmentionné. Exiger de Postes Canada qu'elle satisfasse à son obligation de fournir une version publique aurait eu pour conséquence que le Tribunal n'aurait pas rendu sa décision et ses motifs dans le délai réglementaire prescrit.

51. En outre, le Tribunal fait observer que le conseiller juridique de Canadian North avait demandé à Postes Canada la permission, qui lui a été refusée, de montrer les documents de Postes Canada à son client¹⁸. Par conséquent, le Tribunal n'a pas été d'avis qu'une version ne comprenant pas les renseignements désignés comme confidentiels aurait fourni une quantité notable de renseignements que les conseillers juridiques auraient pu utilement partager avec leurs clients respectifs.

52. Le Tribunal a donc décidé qu'il serait dans le meilleur intérêt de l'équité procédurale de garder intactes les désignations confidentielles et d'imposer des délais stricts aux parties pour le dépôt de leurs observations sur les documents. Il s'est aussi ensuivi que, puisque les documents de Postes Canada avaient

18. Lettre du conseiller juridique de Canadian North datée du 16 janvier 2007, para. 3.

été désignés comme confidentiels, toutes les observations sur ces documents devaient également l'être. Par conséquent, l'exposé du 16 janvier 2007 de Canadian North a été désigné comme confidentiel, ce dont les parties opposées à la plainte se sont plaintes dans leurs lettres du 18 janvier 2007, au motif qu'elles ne pouvaient s'entretenir avec leurs clients au sujet des « nouvelles » allégations.

53. Le Tribunal est d'avis que, bien que les détails de l'évaluation étaient peut-être impossibles à connaître sans l'accès aux documents confidentiels de Postes Canada, les deux principaux chefs de plainte et les six allégations illustrant ces chefs avaient un caractère public et connu durant toute la procédure. Le préjudice, le cas échéant, causé aux parties s'opposant à la plainte parce qu'elles n'avaient pas accès à une version publique remaniée de l'évaluation de Postes Canada était donc minime et ne l'emportait pas sur le besoin de permettre au Tribunal de terminer son enquête dans le délai prescrit par la loi pertinente.

Prétendus nouveaux motifs de plainte soulevés dans les observations de Canadian North

54. Les parties s'opposant à la plainte ont allégué que les observations de Canadian North sur l'évaluation de Postes Canada, déposées le 16 janvier 2007, comprenaient de nouveaux motifs de plainte et qu'un préjudice leur était porté par l'inclusion de ces prétendus nouveaux motifs dans la présente procédure. Le Tribunal n'est pas d'accord sur ces allégations, pour plusieurs raisons.

55. Comme il l'a déclaré dans sa lettre du 19 janvier 2007, le Tribunal est d'avis que les questions soulevées ne constituaient pas de nouveaux motifs de plainte, mais plutôt de nouveaux arguments et des allégations à l'appui des deux motifs de plainte initiaux.

56. De plus, les parties s'opposant à la plainte ont eu accès aux éléments de preuve concernant l'évaluation de Postes Canada en même temps que Canadian North, c.-à-d. le 10 janvier 2007, date à laquelle Postes Canada a déposé ses documents auprès du Tribunal et des parties. Toutes les parties ont eu l'occasion de se servir de ces éléments de preuve pour étayer leur position. Le Tribunal ne voit pas comment les parties s'opposant à la plainte auraient pu subir un préjudice du fait que Canadian North a profité de la même possibilité qui leur était offerte.

57. Le Tribunal a donc admis l'exposé du 16 janvier 2007 de Canadian North au titre d'appui complémentaire à ses deux principaux motifs de plainte. Toutefois, comme il sera expliqué ci-après, le Tribunal ne retiendra pas les nouvelles allégations parce que, par souci d'économie judiciaire, il a choisi de statuer à partir des six allégations initiales à l'appui de la plainte.

ANALYSE DU FOND DE LA PLAINTÉ PAR LE TRIBUNAL

Introduction

58. Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si la procédure du marché public a été suivie conformément aux accords commerciaux applicables, à savoir, en l'espèce, l'*ACI*.

59. Canadian North allègue que la procédure de passation du marché public a contrevenu aux dispositions de l'*ACI* de la façon suivante :

- la DP ne divulguait pas les critères d'évaluation qui ont été appliqués dans l'évaluation des propositions;
- les critères d'évaluation n'ont pas été appliqués d'une manière cohérente aux deux propositions concurrentes, ce qui a donné lieu à l'exercice de discrimination entre les fournisseurs potentiels.

60. Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit ce qui suit :

[...] Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

61. Dans sa plainte initiale du 21 septembre 2006, Canadian North a présenté six allégations à l'appui de sa plainte. Ces allégations étaient fondées sur les explications que les représentants de Postes Canada ont données à Canadian North à la réunion d'information du 20 février 2006 au sujet des raisons pour lesquelles sa proposition n'avait pas été choisie.

62. La DP contenait les dispositions générales suivantes concernant l'évaluation des critères cotés :

[...]

On évaluera les réponses des répondants par rapport aux exigences cotées selon le degré auquel elles satisfont à ces exigences.

La proposition du répondant doit donc contenir des réponses détaillées et, le cas échéant, renvoyer aux pièces justificatives qui sont jointes. Les réponses et les pièces justificatives doivent être claires, concises, groupées ensemble et accompagnées d'un index pour permettre aux évaluateurs de trouver aisément une réponse en particulier ou une pièce justificative donnée.

Les propositions sans réponse pour telle ou telle exigence cotée obtiendront la note zéro pour l'exigence en question. Quand les évaluateurs auront du mal à trouver les réponses pour une exigence cotée, un zéro risque d'être attribué pour l'exigence en question.

La proposition de chaque répondant invité à passer à l'étape 2 sera examinée par la Société, qui donnera une note à l'information communiquée en réponse aux exigences cotées qui sont présentées à l'**annexe 3** de la DP.

Jusqu'à cinq (5) répondants ayant fait l'objet d'une notation seront invités à passer à l'étape 3 du processus d'évaluation et de sélection. Les propositions qui n'obtiennent pas la note minimum exigée (40 points) seront éliminées sans autre évaluation et ne passeront pas à l'étape 3.

La note totale attribuée à la proposition à la fin de cette étape est la « note de l'étape 2 ».

[...]

[Traduction]

63. Le tableau ci-après montre une ventilation de la pondération des critères d'évaluation appliqués dans le classement général de propositions¹⁹ :

Critères d'évaluation et pondération :

Exigences cotées	
Format de la réponse à la DP	10
Exigences obligatoires	14
Volet commercial	19
Capacités de service	11
Installations	4
Volet financier (à l'exclusion des prix)	4
Établissement des prix	20
Total	82

[Traduction]

19. DP à la p. 17.

64. Le Tribunal fait observer que seulement 20 des 82 points possibles se rapportaient à l'établissement des prix. Les représentants de Postes Canada ont affirmé aux représentants de Canadian North, à la réunion d'information de février, que l'établissement des prix étaient importants mais que la capacité d'offrir le service était le facteur clé. Le Tribunal fait également observer que sur les 62 autres points, seulement 15 points, c.-à-d. ceux attribués pour les capacités de service (11 points) et les installations (4 points), étaient directement liés à la prestation concrète des services requis. Les 47 autres points ont été attribués pour des exigences tangentiellles. Par exemple, 10 points ont été accordés pour le format de la réponse à la DP, p. ex. ----- Le Tribunal fait observer que les propositions de Canadian North et de First Air ont reçu ----- une question dont le Tribunal traitera dans son examen du motif « Transporteurs aériens apparentés » soulevé par Canadian North.

65. Les 15 points directement liés à la prestation véritable des services voulus ont été au cœur de l'évaluation des propositions. La DP élaborait davantage au sujet des exigences concernant les capacités de service et les installations à l'annexe 3, Exigences cotées, comme suit :

Exigences liées aux capacités de service

5. Le répondant doit montrer qu'il est en mesure de satisfaire à l'Énoncé des exigences de la pièce jointe 1 de la présente DP. Répondez paragraphe par paragraphe en utilisant le même article, la même clause, le même alinéa, le même sous-alinéa et le même numéro de page dans la réponse. Si vous ne pouvez satisfaire à une exigence en particulier, précisez le numéro de la page, du paragraphe et de la sous-section et expliquez la raison de votre incapacité à remplir l'exigence. Une incapacité importante pourrait être considérée comme une non-conformité.

Exigences liées aux installations du répondant

6. Donner des renseignements détaillés sur l'emplacement et la taille des bureaux et installations et précisez si vous les possédez ou les louez. Fournir des renseignements détaillés sur les congélateurs et chambres froides, s'il y a lieu, y compris leur taille et leur volume.

[Traduction]

66. L'Énoncé des exigences, dont il a été question ci-dessus, est la pièce jointe 1 de la DP et comprend quatre pages, sous forme de tableaux, indiquant les points de départ, les points de destination, la distance, le volume annuel d'Aliments-poste (estimatif), le volume annuel de courrier ordinaire (estimatif) et la fréquence des départs pour le transport du courrier ordinaire et des Aliments-poste (voir les extraits ci-dessous). La cinquième et dernière page contient d'autres renseignements sur la prestation des services requis. Comme le Tribunal l'a fait observer dans ses motifs relativement à la question de sa compétence, la pièce 1 montre que plus de 80 p. 100 du volume annuel (en poids) du fret à transporter se rapporte aux Aliments-poste. La plupart des autres points inclus à la page 5 de la pièce jointe 1 (voir l'extrait ci-dessous) se rapportent au transport des Aliments-poste.

EXTRAIT DE LA PIÈCE JOINTE 1 — ÉNONCÉ DES EXIGENCES

1) Transport aérien de courrier et d'aliments-poste entre les points de départ/de destination suivants :

POINT(S) DE DÉPART	POINT(S) DE DESTINATION	DISTANCE (km)	VOLUME ANNUEL ALIMENTS (kg) (estimatif)	VOLUME ANNUEL COURRIER ORDINAIRE (kg) (estimatif)
Val-d'Or YVO	Qikiqtarjuaq YVM	2 299	155 000	
	Clyde River YCY	2 540	256 000	
	Cape Dorset YTE	1 797	341 000	
	Hall Beach YUX	2 308	136 250	
	Igloolik YGT	1 477	390 500	
	Iqaluit YFB	1 835	2 613 000	
	Kimmirut YLC	1 713	121 000	
	Kuujuaq YVP	1 374	1 513 500	
	Nanisivik YSR	2 788	182 000	
	Pond Inlet YIO	2 736	395 000	
	Pangnirtung YXP	2 127	375 000	
	Resolute YRB	2 736	132 000	
[...]				
Yellowknife YZF	Cambridge Bay YCB	849	68 000	50 690
	Fort Simpson YFS	360		5 425
	Gjoa Haven YHK	1 089	219 098	61 002
	Hay River YHY	191	0	8 863
	Holman YHI	933	113 000	21 113
	Iqaluit YFB	2 260		34 225
	Kugluktuk YCO	596	268 422	57 443
	Nanisivik YSR	1 869	1 338	112
	Kugaaruk (Pelly Bay) YBB	1 308	133 123	25 877
	Resolute YRB	1 557	72 434	14 266
	Rankin Inlet YRT	1 135		14 750
	Taloyoak YYH	1 216	186 775	24 010
	Whitehorse YXY	2 584		7 930
[...]				

3. La fréquence des départs pour les services demandés ci-dessus sera la suivante :

FRÉQUENCE DES DÉPARTS

POINT(S) DE DÉPART	POINT(S) DE DESTINATION	Fréquence du service
[...]		
Yellowknife YZF	Cambridge Bay YCB	1,2,3,4,5
	Fort Simpson YFS	1,2,3,4,5
	Gjoa Haven YHK	1,2,3,4,5
	Hay River YHY	1,2,3,4,5
	Holman YHI	2,4,6
	Iqaluit YFB	1,3,5
	Kugluktuk YCO	1,2,3,4,5
	Nanisivik YSR	1,3,5
	Kugaaruk (Pelly Bay) YBB	2,3,5,6,7
	Resolute YRB	1,3,5
	Rankin Inlet YRT	1,3,5
	Taloyoak YYH	1,3,4,6,7
	Whitehorse YXY	1,3,5
[...]		

Nota – Postes Canada s’attend à ce que tout soit mis en œuvre pour que le courrier arrive par avion durant les heures normales de travail (approximativement entre 9 h et 17 h).

- 4) Outre ce qui précède, des **EXIGENCES PORTANT SUR LES INSTALLATIONS AÉROPORTUAIRES** s’appliquent. Il faut savoir qu’il existe des points d’entrée pour les Aliments-poste et que, de ce fait, plusieurs collectivités sont admissibles à recevoir ces Aliments-poste. Il faut disposer d’un espace suffisant, à l’aéroport, pour recevoir des stocks d’envois d’Aliments-poste. Des installations à température contrôlée pertinente sont nécessaires (p. ex. congélateurs et chambres froides) pour garantir la préservation de la qualité des produits. La manutention des Aliments-poste, etc., devra être conforme aux dispositions de l’« **annexe L** » des modalités énumérées à la pièce jointe 2.
- 5) L’entrepreneur (ou les entrepreneurs) fourniront, s’il est disponible, un calendrier imprimé du service indiquant en détail le vol ou les vols et les types d’avion qu’utilisera l’entrepreneur pour répondre aux exigences spécifiées dans la présente DP.
- 6) Étant donné les conditions météorologiques et les exigences de service de Postes Canada, les transporteurs aériens doivent pouvoir offrir le service des règles de vol aux instruments (IFR).
- 7) La Société examinera les recommandations de s’écarter des exigences lorsque de telles recommandations seront étayées d’avantages ou de réductions de coût manifestes ne débouchant pas sur une réduction afférente des services.
- 8) Le contrat pourra s’étendre sur une période de **65** mois à compter de la date de sa prise d’effet. La Société, selon son bon vouloir, pourra exercer son option de prolongation ou de réduction de la durée du contrat.
- 9) Une proposition distincte visant la gestion des stocks d’Aliments-poste, jusqu’au « niveau des commandes » y compris, doit être soumise. Ce système devra décrire, en conformité avec l’annexe « L » à la section 2 des modalités (page 68), de quelle façon le suivi et le contrôle des

articles embarqués sur l'avion par le transporteur aérien seront vérifiés et confirmés sur livraison au destinataire désigné. Les propositions relatives aux sections 1 et 2 de l'annexe « L » peuvent être soumises séparément ou dans un format combiné. Veuillez ne pas oublier de préciser quelle forme de présentation vous avez retenue.

[Traduction]

67. En plus de l'information susmentionnée incluse dans la DP, l'onglet 1 de l'exposé confidentiel de First Air, déposé le 27 octobre 2006, comporte une série de 43 questions et réponses que Postes Canada avait communiquées aux soumissionnaires. Même si Postes Canada a désigné ce document comme confidentiel au moment de sa distribution initiale aux soumissionnaires, il y a lieu de croire que tous les soumissionnaires y ont eu accès avant la clôture des soumissions.

68. Dans l'évaluation des propositions, toutefois, Postes Canada a appliqué une grille d'évaluation qui intégrait de nombreux sous-critères (assortis de l'attribution de points connexes) qui n'ont pas été divulgués aux soumissionnaires. Le Tribunal doit donc examiner la question de savoir si l'application des critères et de la ventilation de points prévus dans la grille d'évaluation à l'intention des évaluateurs, mais non pas dans la DP, a donné naissance à une violation de la disposition de l'ACI selon laquelle « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ».

69. Le Tribunal a pris note des arguments de toutes les parties invoquant des affaires précédentes où le Tribunal²⁰ et la Cour d'appel fédérale²¹ ont statué sur une comparaison entre les critères d'évaluation énumérés dans les documents d'appel d'offres et le mécanisme de notation. Habituellement, les évaluateurs avaient reçu une grille d'évaluation à l'intention des évaluateurs qui s'écartait du plan de notation décrit dans les documents d'appel d'offres. La grille à l'intention des évaluateurs est normalement plus explicite et précise que le plan de notation énoncé dans la DP et, d'une façon générale, comporte une ventilation des points de façon à préciser le nombre de points à attribuer dans le cas d'une satisfaction partielle à un critère, lorsqu'un critère n'est pas simplement noté par le résultat « réussite » ou « échec ». Lorsqu'il conclut que de tels sous-critères soit sont énoncés dans la DP soit peuvent être valablement déduits de la DP, le Tribunal n'intervient pas dans l'évaluation au motif de non-divulgaration des critères d'évaluation.

70. Par contre, lorsqu'il conclut que les sous-critères, le mécanisme de notation ou tout autre aspect de la grille à l'intention des évaluateurs qui n'a pas été divulguée ne peuvent être valablement prévus par les soumissionnaires à partir de l'information énoncée dans la DP, le Tribunal conclut à la présence de critères d'évaluation non divulgués, en violation des exigences des accords commerciaux.

71. Pour déterminer les raisons pour lesquelles Canadian North a perdu des points, le Tribunal n'a pas pu s'appuyer sur les exposés de Postes Canada et, donc, a dû se fonder sur sa propre interprétation des documents d'évaluation fournis par Postes Canada, compte tenu des exposés des autres parties sur l'interprétation indiquée en l'espèce et des explications censément communiquées à Canadian North à

20. *Re plainte déposée par Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management* (6 septembre 2000), PR-2000-008 et PR-2000-021 (TCCE); *Re plainte déposée par Siemens Westinghouse Incorporated* (19 mars 2001), PR-2000-039 (TCCE); *Re plainte déposée par Med-Emerg International Inc.* (15 juin 2005), PR-2004-050 (TCCE); *Re plainte déposée par P&L Communications Inc.* (22 décembre 2005), PR-2005-026 (TCCE); *Re plainte déposée par Deloitte & Touche LLP* (11 mai 2006), PR-2005-044 (TCCE).

21. *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministres des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292.

l'occasion de la réunion d'information. De l'avis du Tribunal, les exposés des parties faisaient état de motifs d'attribution des points par les évaluateurs qui, dans certains cas, n'étaient pas confirmés par le contenu des documents d'évaluation.

Analyse

72. Le Tribunal examinera maintenant les six allégations initialement avancées par Canadian North et déterminera le bien-fondé du motif de plainte selon lequel la DP ne divulguait pas les critères d'évaluation qui allaient être appliqués dans l'évaluation des propositions. Le Tribunal a eu l'avantage de prendre connaissance de la grille d'évaluation appliquée par les évaluateurs de Postes Canada, y compris des raisons donnant lieu à une déduction de points dans le cadre de l'évaluation de la proposition de Canadian North.

Installations

Installations — Généralités

73. Durant la réunion d'information, Postes Canada a informé Canadian North qu'elle avait perdu des points au sujet des installations, affirmant ce qui suit : _____

_____ ²² Dans sa plainte, ces articles étaient tous regroupés sous la rubrique « Installations clés en main » [traduction]. Le Tribunal examinera d'abord ces allégations dans la mesure où elles sont liées aux exigences de la DP concernant les installations, ces exigences étant assorties de quatre points à la notation. D'après les documents produits par Postes Canada, la proposition de Canadian North a perdu des points parce que _____

_____ ²³ .

74. La DP prévoit ce qui suit au sujet des « installations » :

Exigences liées aux installations du répondant

6. Donner des renseignements détaillés sur l'emplacement et la taille des bureaux et installations et précisez si vous les possédez ou les louez. Fournir des renseignements détaillés sur les congélateurs et chambres froides, s'il y a lieu, y compris leur taille et leur capacité²⁴.

75. L'annexe « L » énonce les normes et spécifications à appliquer dans la manutention ou l'entreposage des Aliments-poste. Des spécifications distinctes étaient énoncées relativement à deux types de points de destination, comme il suit :

Destinations :

Grandes collectivités/points de transbordement (p. ex., Iqaluit, Kuujuaq)

Les transporteurs aériens devraient avoir accès (par possession ou sous-traitance) aux installations suivantes, dont la capacité doit correspondre à une pleine cargaison aérienne (fondée sur le plus gros aéronef exploité dans les environs respectifs), en prévision d'un envoi, en cas de retard ou d'annulation de vols.

22. Plainte, onglet 1 à la p. 4.

23. L'annexe « L » englobe tous les articles du paragraphe. Il est impossible de les ventiler en fonction de la formulation de la plainte.

24. DP à la p. 21.

- Une chambre froide maintenue de 0 et 4 degrés Celsius
- Une chambre froide maintenue de 10 et 12 degrés Celsius
- Un congélateur à moins 18 degrés Celsius

Les transporteurs aériens doivent prendre les mesures suivantes pour protéger les boîtes pendant les opérations terrestres :

- chargement recouvert d'une enveloppe en matière plastique blanche (protection en cas de basse température ou de température élevée, pluie, neige et soleil),
- chargement recouvert d'une couverture isolante s'il doit demeurer plus de 15 minutes dans l'aire de trafic (non exigé si l'aéronef est chargé directement à partir d'une installation de chargement latéral ou frontal)

Tous les autres points de destination

Les transporteurs aériens doivent prendre les mesures nécessaires pour protéger les boîtes pendant les opérations terrestres si les marchandises ne sont pas livrées à leur destinataire à la porte de l'aéronef :

- chargement recouvert d'une enveloppe en matière plastique blanche (protection en cas de basse température ou de température élevée, pluie, neige et soleil),
- chargement recouvert d'une couverture isolante s'il doit demeurer plus de 15 minutes dans l'aire de trafic (non exigé si l'aéronef est chargé directement à partir d'une installation de chargement latéral ou frontal)

[Traduction]

76. Canadian North a soutenu que [REDACTED] « [...] correspondre à une pleine cargaison aérienne (fondée sur le plus gros aéronef exploité dans les environs respectifs), en prévision d'un envoi, en cas de retard ou d'annulation de vols »²⁵. Canadian North a soutenu que les [REDACTED]

77. Au paragraphe 41 du RIF, AINC a soutenu ne pas pouvoir formuler un RIF qui traiterait du bien-fondé de la plainte, n'ayant pas accès aux dossiers de Postes Canada sur l'évaluation des propositions. Toutefois, AINC a été en mesure d'offrir des observations sur les documents que Postes Canada a communiqués au Tribunal le 10 janvier 2007. AINC a fait observer que les soumissionnaires étaient également tenus de donner des renseignements détaillés sur leurs congélateurs et chambres froides, y compris sur leur taille et leur capacité. AINC a soutenu que Canadian North [REDACTED]

78. First Air a soutenu que, [REDACTED]

79. Le Tribunal fait observer que, d'après la grille à l'intention des évaluateurs, dans l'évaluation du critère « emplacement et taille des bureaux et installations, y compris la précision à savoir si elles sont possédées ou louées », prévu dans la DP, un sous-critère distinct [REDACTED]

25. DP aux pp. 67-70.

Le Tribunal est d’avis que l’introduction de ce sous-critère montre que des critères non divulgués ont été appliqués dans le cadre de l’évaluation.

Installations — Clés en main

80. Canadian North a soutenu avoir été informée à la réunion d’information que le personnel de Postes Canada avait pénalisé sa proposition à cause du « risque » parce que ses installations n’étaient pas des installations « clés en main » au moment de la présentation de sa proposition. Elle a soutenu que, bien que la DP demandait des renseignements détaillés sur l’emplacement et la taille des bureaux et des installations, y compris si elles étaient possédées ou louées, rien dans la DP n’indiquait que le soumissionnaire serait pénalisé s’il rénovait des installations en place ou construisait d’autres installations pour satisfaire aux exigences portant sur les installations énoncées dans la DP. Canadian North a ajouté que, dans sa proposition et dans ses réponses aux questions d’éclaircissement de Postes Canada, elle s’était clairement engagée à disposer de six installations de ce genre, dont l’une devait être nouvellement construite. Canadian North a aussi fait valoir que,

[Redacted text block]

Canadian North a soutenu que

Elle a dit avoir affirmé dans

81. AINC a soutenu que la DP exigeait expressément que le soumissionnaire fournisse des renseignements sur l’emplacement et la taille des bureaux et que Canadian North

[Redacted text block]

AINC a soutenu que Postes Canada

82. First Air a soutenu que Canadian North

[Redacted text block]

First Air a soutenu que

83. Le Tribunal ne peut trouver d’exigence quelconque dans la DP selon laquelle l’installation de Kuujjuaq, ou en vérité de toute installation, devait exister à la date de la présentation de la proposition. Le Tribunal fait observer que les évaluateurs ont la liberté de tenir compte du risque qu’une installation pourrait ne pas être complètement construite au moment nécessaire, sous réserve que le libellé de la DP comporte une disposition en ce sens. En l’espèce, le Tribunal n’a pas pu trouver de telle disposition dans la DP. Le Tribunal conclut donc qu’il existait un critère non divulgué concernant l’évaluation des installations d’un soumissionnaire — à savoir que les installations devaient exister à la date de la proposition.

84. Le Tribunal fait également observer qu'il semble que les évaluateurs se soient fondés sur l'hypothèse erronée que

Même si ce fait indique que les évaluateurs n'ont pas valablement examiné les renseignements contenus dans la proposition, il n'indique pas qu'un critère non divulgué a été appliqué dans l'évaluation et, donc, il n'est pas compris dans la plainte.

Installations — Transbordements intercompagnies

85. Canadian North a soutenu que le personnel de Postes Canada a pénalisé sa proposition à cause du risque associé au cas d'un soumissionnaire proposant de recourir aux services d'un transporteur aérien tiers pour l'exploitation de l'une ou l'autre des routes prévues. Elle a soutenu que la DP ne précisait pas que les soumissionnaires étaient tenus de proposer l'utilisation de leur propre aéronef exclusivement. Canadian North a souligné que la convention type, incluse au titre de pièce jointe 2 à la DP, énonçait expressément que l'entrepreneur devait fournir des services intercompagnies et des transbordements intercompagnies au besoin, ce qui établit que de tels transbordements seraient acceptables, ou obligatoires, sous certaines circonstances. Elle a soutenu s'être engagée dans sa proposition à livrer 97,7 p. 100 du courrier et des Aliments-poste elle-même, sans transbordement.

86. Canadian North a soutenu que l'absence de plan d'urgence visant ses partenaires intercompagnies avait eu une incidence sur ses résultats (voir les

Elle a dit avoir traité de

Canadian North a également souligné que

87. AINC a soutenu que Canadian North

AINC a soutenu qu'il aurait dû être

88. First Air a soutenu que Canadian North

First Air a dit être d'accord avec

Canadian North sur le fait que

89. Au sujet des expéditions « intercompagnies », la pièce jointe 2 comprend ce qui suit²⁶ :

Expédition « intercompagnies » s’entend du transbordement de courrier par l’entrepreneur de l’un (1) de ses vols à un vol exploité par un autre transporteur aérien.

2.1 L’entrepreneur acceptera tout le courrier remis par [Postes Canada] et le transportera (ou entreprendra les dispositions pour que soit transporté en son nom) tout ledit courrier postal entre les points de départ et les points de destination et livrera ledit courrier aux points de destination particuliers dans les délais prescrits par la présente convention [...]

[Traduction]

90. L’annexe « A » inclut un exemple de « Feuille de transbordement de ligne aérienne » qui était définie comme le document dont se servirait Postes Canada et l’entrepreneur « [...] au sujet du courrier en cas de transbordements intercompagnies [...] » [traduction].

91. En conséquence, il est clair que les soumissionnaires avaient le droit d’inclure les transbordements intercompagnies dans le cadre de leurs propositions. Les documents d’évaluation n’indiquent pas que l’inclusion des transbordements intercompagnies ait, en soi, fait perdre des points à Canadian North.

92. D’après les résultats de l’évaluation de Postes Canada, la proposition de Canadian North a [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]

93. Comme il a déjà été discuté, les évaluateurs ont appliqué un critère non divulgué [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted] le Tribunal est d’accord avec Canadian North sur le fait que [redacted]
[redacted]
[redacted]

[redacted] Il semble que, dans ce cas, les évaluateurs n’aient pas correctement évalué la proposition soumise par Canadian North; toutefois, cela n’indique pas que des critères non divulgués ont été appliqués dans l’évaluation et, donc, ce point n’entre pas dans le champ d’application de la plainte.

94. Le Tribunal conclut donc à l’existence de critères d’évaluation des propositions non divulgués en ce qui concerne le recours aux transporteurs aériens intercompagnies.

Capacité de service

95. Le Tribunal examinera maintenant les exigences de la DP liées à la « capacité de service », qui représentaient un total possible de 11 points d’après les critères d’évaluation et la grille de pondération communiqués aux soumissionnaires dans la DP. La grille de pondération appliquée par les évaluateurs de Postes Canada révèle que ce critère a été [redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]
[redacted]

26. DP à la p. 30.

96. Dans son exposé initial du 21 septembre 2006, Canadian North a présenté trois allégations concernant ces exigences.

Capacités de service — Plan d'urgence

97. Canadian North a soutenu que sa proposition avait été évaluée sur la base du contenu d'un plan d'urgence qui n'était pas un produit à livrer selon le libellé de la DP. Elle a soutenu que lorsque les représentants de Postes Canada avaient effectué une visite de ses installations, ils avaient demandé, et elle avait fourni, une copie de son plan d'urgence. Canadian North a soutenu qu'elle n'avait pas été informée que ce plan d'urgence ferait l'objet d'une évaluation. Cependant, à la réunion d'information, elle a appris que sa proposition avait perdu des points à cause de certains renseignements contenus dans ce plan d'urgence.

98. Après avoir examiné les documents de Postes Canada, Canadian North a soutenu que sa proposition [redacted] Elle a soutenu que la DP [redacted]

99. AINC a soutenu qu'il est clair, d'après les notes des évaluateurs, que Canadian North [redacted] [redacted] AINC a soutenu [redacted] AINC a en outre soutenu que [redacted] AINC a soutenu qu' [redacted] [redacted]

100. First Air a soutenu que Canadian North [redacted] Elle a soutenu que Canadian North [redacted] First Air a soutenu que Canadian North [redacted] First Air a aussi soutenu que [redacted]

101. Comme il a déjà été fait observer au sujet des transbordements intercompagnies, [redacted] [redacted] [redacted] [redacted]

102. Le Tribunal ne peut trouver, dans la DP, d'exigence d'inclusion dans les propositions des soumissionnaires d' [redacted], ou de tout plan d'urgence. La section 5.2 de la pièce jointe 2, la convention type à laquelle les soumissionnaires devaient indiquer leur

conformité paragraphe par paragraphe dans leurs propositions, exigeait expressément que le plan d'urgence soit fourni par l'*entrepreneur* « au plus tard à la date de la signature de la Convention » [traduction], et le Tribunal n'est pas d'avis qu'un soumissionnaire pouvait valablement prévoir en se fondant sur la DP qu'un sous-critère lié à la planification d'urgence serait appliqué avant cette date, à savoir au moment de l'évaluation. Le Tribunal est donc d'avis que l'exigence liée au plan de contingence, y compris _____, est un critère d'évaluation non divulgué.

Capacités de service — Fréquence d'utilisation des aéronefs

103. Canadian North a soutenu que Postes Canada a pénalisé sa proposition parce que plusieurs petits aéronefs seraient utilisés plusieurs fois en une même journée, pour satisfaire au calendrier requis, par opposition à l'utilisation d'un moins grand nombre d'aéronefs ayant une plus grande capacité de fret. Elle a soutenu que la DP ne contenait aucune exigence visant l'utilisation de plus gros aéronefs. Elle a soutenu avoir proposé l'utilisation d'un aéronef plus fiable que ceux proposés par First Air, mais qu'aucune valeur n'avait été reconnue à cet avantage.

104. AINC a soutenu que Canadian North _____
_____ AINC a soutenu que Canadian North _____
_____ AINC a soutenu que, _____
_____ AINC a soutenu que les évaluateurs
pouvaient valablement _____

105. First Air a soutenu que Canadian North _____
_____ Elle a soutenu que, _____
_____ First Air a
soutenu que les évaluateurs _____
_____ De plus, _____ First Air a ajouté que les évaluateurs _____

106. D'après les résultats à l'évaluation soumis par Postes Canada, la proposition de Canadian North _____

107. Bien que la DP énonce les besoins de livraison aux divers emplacements en termes de volume annuel tant des Aliments-poste que du courrier ordinaire²⁷, ainsi que les jours où le service est requis²⁸, elle ne dit rien quant à la fréquence requise de l'utilisation de l'aéronef ou à la taille de l'aéronef. Il n'est pas manifeste que davantage de points seront attribués à l'utilisation une seule fois d'un aéronef plus gros par rapport à l'utilisation plusieurs fois le même jour d'un aéronef plus petit, ou que l'une ou l'autre de ces

27. DP aux pp. 22-24.

28. DP aux pp. 24-25.

façons de procéder comporte nécessairement des avantages du point de vue de la minimisation des risques. Le Tribunal fait observer que, par exemple, si un aéronef plus gros devait avoir une panne mécanique, son incidence pourrait toucher l'expédition des envois de toute une journée, tandis qu'une panne mécanique d'un, parmi plusieurs, plus petits aéronefs pourrait signifier qu'une partie de la livraison de ce jour pourrait toujours être livrée. Le critère lié à la fréquence des vols d'un même avion ne peut être valablement déduit du libellé de la DP et, par conséquent, le Tribunal conclut qu'un critère non divulgué a été appliqué dans le cadre de l'évaluation.

Capacités de service — Calendrier des vols

108. Canadian North a soutenu avoir été informée que sa proposition avait perdu des points parce que son calendrier de vols ne comportait pas uniquement des vols arrivant durant les heures normales de travail. Elle a soutenu que la DP n'exigeait pas que tous les vols arrivent durant les heures normales de travail; plutôt, la DP demandait aux soumissionnaires de s'engager à s'efforcer d'arriver à peu près durant les heures de travail. Elle a soutenu que, parmi les 121 vols que comportait sa proposition, seulement trois vols transportant des Aliments-poste devaient, selon son calendrier des vols proposé, ne pas arriver entre 8 h et 18 h. Canadian North a soutenu qu'il était impossible pour un soumissionnaire de déterminer

_____ Elle a dit _____

109. Canadian North a soutenu que, d'une façon générale, _____

_____ Elle a soutenu que si _____

110. AINC a soutenu _____ n'avait rien d' _____

Elle a soutenu que, _____

111. AINC a soutenu que Canadian North _____

_____ ²⁹ _____

_____ AINC a soutenu que, _____

_____ AINC a soutenu que, d'une manière valable, _____

112. First Air a soutenu que _____

_____ Elle a ajouté _____

29. Postes Canada, au moment du dépôt de ses documents, _____

First Air a soutenu qu'il existait une [redacted]
Elle a soutenu qu'on pouvait valablement penser que [redacted]
Elle a souligné que l'énoncé des exigences joint à la DP contenait une [redacted]
First Air a soutenu que Canadian North, [redacted]
D'après First Air, [redacted]

113. Le plan de notation de Postes Canada relativement à la capacité de service était le suivant :

Exigences liées aux capacités de service [possibilité de 11 points]		
	Points	Notes
[redacted]	1	Voir l'Évaluation technique
[redacted]	1	Voir l'Évaluation technique
TOTAL PARTIEL	11	
[redacted]		
[redacted]	1	[redacted]
[redacted]	1	[redacted]
[redacted]	1	[redacted]

114. Le Tribunal fait observer que, d'après l'information fournie par Postes Canada, la proposition de Canadian North [redacted]

115. Le Tribunal fait observer qu'il a, dans des décisions précédentes³⁰, examiné la question de savoir si des systèmes de notation étaient valablement prévisibles à partir de la DP. En l'espèce, le Tribunal conclut que le système de notation relatif aux calendriers, en ce qui a trait à un soumissionnaire qui ne pouvait pas satisfaire totalement au seuil de pleine capacité, ne pouvait valablement être prévu en se fondant sur la DP.

116. La pièce jointe 1 à la DP énonce, sous la forme de quatre pages de tableaux, le volume annuel à la fois des Aliments-poste et du courrier ordinaire³¹, ainsi que les exigences de service quotidien³². La note suivante suit immédiatement ces tableaux :

Nota – Postes Canada s'attendrait à ce que tout soit mis en œuvre pour que le courrier arrive par avion durant les heures normales de travail (approximativement entre 9 h et 17 h).

30. *Re plainte déposée par P&L Communications Inc.* (22 décembre 2005), PR-2005-026 (TCCE); *Re plainte déposée par Prudential Relocation Canada Ltd.* (30 juillet 2003), PR-2002-070 (TCCE).

31. DP aux pp. 22-24.

32. DP aux pp. 24-25.

117. Le Tribunal est d'accord avec Canadian North sur le fait qu'il n'aurait pas été raisonnable de croire, à la lumière du libellé de la DP, que le défaut de livrer la totalité du courrier entre 9 h et 17 h entraînerait la perte d'autant de points qu'il ne l'a fait. La note ci-dessus comprend les mots « *s'attendrait* » et « *tout soit mis en œuvre* » et qualifie les heures normales de travail par l'expression « *approximativement* entre 9 h et 17 h ». Nous sommes bien loin de l'énoncé clair qu'il est extrêmement important que la totalité du courrier soit livrée entre 9 h et 17 h.

118. [Redacted]

119. Le Tribunal est d'avis que les critères d'évaluation énoncés dans la DP n'amènent en aucune façon un soumissionnaire à logiquement déduire qu'il pourrait perdre une pleine [Redacted] des points possibles à cause de la livraison du courrier ordinaire liée à [Redacted] vols se produisant en dehors des heures normales de travail. Ce résultat était particulièrement important pour le résultat final de l'évaluation de Canadian North, puisque ce [Redacted] des 11 points possibles pour les exigences liées à la « Capacité de service », contrairement [Redacted]

Exigences commerciales — Transporteurs aériens apparentés

120. La dernière allégation comprise dans l'exposé du 21 septembre 2006 de Canadian North concernait un élément des exigences « commerciales » énoncées dans la DP, et dont les soumissionnaires avaient appris qu'elles représentaient un total possible de 19 points.

121. Canadian North a soutenu que Postes Canada avait pénalisé sa proposition parce qu'elle n'avait pas établi, lorsqu'elle avait énuméré ses sociétés affiliées, qu'elle était commercialement liée à d'autres quelconques transporteurs aériens offrant des services complémentaires. Elle a soutenu [Redacted]

Elle a soutenu que la DP [Redacted]

[Redacted] Canadian North a dit faire partie du plus grand réseau de transporteurs aériens dont les Autochtones sont propriétaires en commun et, si on avait exigé qu'elle établisse, avec preuve à l'appui, quelle était sa structure corporative et quelles étaient les sociétés affiliées d'une telle manière, elle aurait répondu en conséquence.

122. AINC a soutenu que [Redacted] AINC a affirmé qu' [Redacted] AINC a fait observer que Canadian North [Redacted] AINC a ajouté que Canadian North [Redacted]

123. First Air a soutenu que [REDACTED]
[REDACTED] Elle a soutenu que Canadian North,
[REDACTED]
[REDACTED] First Air a soutenu qu'
[REDACTED] Elle a
ajouté que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

124. Relativement aux sociétés affiliées et aux transporteurs aériens liés, la DP comprenait ce qui suit à la rubrique « Exigences commerciales »³³ :

2. Le répondant doit donner un sommaire qui résume sa réponse à la présente demande de propositions. Ce sommaire devrait inclure :
 - Un aperçu général des principales forces du répondant dans la mesure où elles ont trait aux besoins de Postes Canada
 - Des renseignements sur l'entreprise de l'entrepreneur principal et, lorsqu'il y a lieu, sur chacun des principaux sous-traitants de l'entrepreneur principal
 - Les domaines de compétence et le rôle de chacun des sous-traitants relativement à ce projet
 - Veuillez donner des renseignements suivants au sujet de votre entreprise :
 - a) propriété;
 - b) nombre d'employés; (syndiqués et non syndiqués, affiliations syndicales);
 - c) personnalité juridique;
 - d) sociétés affiliées;
 - e) type d'entreprise;
 - f) licence détenue (y compris le numéro de licence par catégorie de service, les territoires visés par la licence);
 - g) renseignements détaillés sur l'équipement (type; taille; capacité; propriété);
 - h) énumérer les plus récents contrats visant des services similaires (inclure les noms, adresses et numéros de téléphone pertinents à chaque contrat énuméré).

[Traduction]

125. La DP définit les « sociétés affiliées » comme il suit³⁴ :

L'expression « sociétés affiliées » se définit comme dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, telle que modifiée, et dans toute loi appelée à la remplacer.

[Traduction]

126. D'après les résultats de la notation par Postes Canada, la proposition de Canadian North [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

33. DP à la p. 20.

34. DP à la p. 29.

127. Le Tribunal est d'accord avec Canadian North sur le fait que le contexte dans lequel est donnée l'exigence d'énumérer les sociétés affiliées n'indique pas aux soumissionnaires qu'ils doivent fournir des renseignements au sujet de sociétés affiliées de quelque façon, si ce n'est de nommer les sociétés affiliées au sens juridique du terme. Par conséquent, le Tribunal n'est pas d'avis qu'un soumissionnaire pouvait être justifié de conclure, à partir de la DP, que des points seraient accordés _____ des sociétés affiliées. Le Tribunal est d'avis que pour obtenir le total des points, tout ce que la DP semble exiger est de donner le nom des sociétés affiliées. Le Tribunal conclut qu'à la lumière du libellé de la DP, les soumissionnaires ne pouvaient valablement deviner l'information recherchée par Postes Canada. Le Tribunal conclut donc que la plainte de Canadian North à ce motif est fondée.

128. Ayant conclu que les motifs invoqués par Canadian North dans sa la plainte du 21 septembre 2006 établissent que des critères d'évaluation non divulgués dans les documents d'appel d'offres ont été appliqués à l'évaluation des propositions, le Tribunal est d'avis que les éléments de preuve suffisent pour établir qu'AINC, par l'intermédiaire de Postes Canada, a contrevenu au paragraphe 506(6) de l'ACI. Même si les éléments de preuve l'amènent à croire que le deuxième motif de plainte puisse également être fondé, au nom de l'économie judiciaire, le Tribunal ne traitera pas de la question de savoir si les critères d'évaluation ont été appliqués d'une manière incohérente à l'évaluation des deux propositions concurrentes. Pour la même raison, le Tribunal ne traitera pas des autres allégations soulevées par Canadian North dans son exposé du 16 janvier 2007.

MESURE CORRECTIVE

129. Ayant conclu que la plainte est fondée, le Tribunal doit maintenant recommander un moyen convenable de réparer le préjudice porté à Canadian North du fait des lacunes de la procédure d'évaluation.

130. À cet égard, la partie pertinente du paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit :

- (3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants
 - a) la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
 - b) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;
 - c) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
 - d) la bonne foi des parties;
 - e) le degré d'exécution du contrat.

131. Le Tribunal estime que l'application de critères qui n'étaient pas divulgués dans la DP et ne pouvaient valablement être déduits de la DP est une irrégularité grave dans la procédure de passation du marché public. En outre, il ne s'agit pas ici d'un cas où un critère de la DP aurait été mal interprété ou d'un cas où un seul critère aurait été irrégulièrement appliqué. En l'espèce, au moins trois des six exigences cotées ne portant pas sur les prix énoncées dans la DP – « Exigences commerciales », « Capacités de service » et « Installations » ont été touchées par les lacunes de l'évaluation. Les cas où les critères d'évaluation ont été fautivement appliqués sont tellement omniprésents que, de l'avis du Tribunal, ils équivalent à une absence générale de prise en compte des critères de la DP. Le Tribunal est également d'avis qu'une irrégularité d'une telle gravité dans l'évaluation des propositions cause un préjudice à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication. Toutefois, les éléments de preuve concernant le motif de plainte examiné par le Tribunal n'indiquent pas qu'AINC ou Postes Canada ait agi de mauvaise foi en l'espèce.

132. Le marché public en question a débouché sur un contrat entre Postes Canada et First Air, fondé sur l'Entente conclue entre Postes Canada et AINC qui régissait l'attribution du contrat. La nature omniprésente des erreurs d'évaluation laisse hautement croire que la DP n'a pas été rédigée d'une manière qui reflétait fidèlement les besoins visés par le marché public. Par conséquent, le Tribunal n'est pas d'avis qu'il serait indiqué de recommander une réévaluation des propositions et d'ainsi déterminer quelle partie aurait dû remporter le contrat à la lumière des critères d'évaluation indiqués. Dans le but de réparer effectivement le tort causé à Canadian North, le Tribunal recommande qu'AINC lance une nouvelle procédure de passation de marché public pour le transport des Aliments-poste, dans les plus brefs délais, et qu'AINC verse une indemnisation financière à Canadian North sur la base décrite ci-après.

133. Le Tribunal est d'avis que le préjudice qui est susceptible d'avoir été causé à Canadian North est suffisamment grave pour justifier une indemnisation financière importante. La valeur du contrat dépasse les 150 millions de dollars et il s'applique sur une longue période. Même s'il est impossible de savoir clairement quels auraient été les résultats si la proposition de Canadian North avait été évaluée d'une manière régulière, l'information au dossier amène à conclure à une probabilité supérieure à 50 p. 100 que Canadian North aurait remporté le contrat. Même si les points perdus n'étaient pas importants en termes absolus, ils l'ont été en termes relatifs compte tenu de l'ensemble de l'évaluation. Le Tribunal recommande donc que soit versée à Canadian North une indemnisation d'un montant égal à 60 p. 100 du profit qu'elle aurait réalisé pour le transport des Aliments-poste à compter de la date à laquelle le contrat présentement en vigueur a été passé entre Postes Canada et First Air (selon Postes Canada, le 24 janvier 2006,) et la date de signature d'un contrat de remplacement. Advenant qu'aucun nouveau contrat ne soit passé, Canadian North devrait recevoir une indemnisation au montant de 60 p. 100 des profits raisonnables qu'elle a perdus relativement aux Aliments-poste pour la durée du présent contrat entre Postes Canada et First Air.

Frais

134. Le Tribunal accorde à Canadian North le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Il a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public (Ligne directrice)*. En l'espèce, le Tribunal est d'avis que la complexité de la procédure était particulièrement grande, puisqu'il y a eu, notamment, une partie intervenante, une autre partie en cause, plus de 15 requêtes et d'autres demandes liées à la procédure présentées au Tribunal, des répliques à ces requêtes et demandes et des exposés complémentaires présentés par les autres parties dans le cadre de cette procédure. Le degré inhabituellement élevé de complexité exige du Tribunal qu'il dépasse les seuils prévus dans sa *Ligne directrice*. Par conséquent, le Tribunal accorde à Canadian North un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

DÉCISION DU TRIBUNAL

135. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

136. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande qu'AINC lance dans les plus brefs délais une nouvelle procédure de passation de marché public pour le transport des Aliments-poste. Le Tribunal recommande en outre qu'AINC verse à Canadian North une indemnisation égale à 60 p. 100 des profits raisonnables qu'elle aurait réalisés relativement aux Aliments-poste entre la date à laquelle le contrat présentement en vigueur a été passé entre Postes Canada et First Air et la date de signature du contrat afférent au nouveau marché public. Si aucun nouveau contrat n'est passé, Canadian North devra recevoir une indemnisation au montant de 60 p. 100 des profits raisonnables qu'elle

aurait réalisés relativement aux Aliments-poste pendant toute la durée du contrat passé entre Postes Canada et First Air. Le Tribunal recommande que, en se fondant sur les renseignements qui précèdent, les parties élaborent une proposition conjointe d'indemnisation afin de la lui présenter dans les 30 jours suivant la publication de la présente décision.

137. Si les parties ne peuvent s'entendre sur le montant de l'indemnisation, Canadian North devra déposer auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de publication de la présente décision, un exposé sur la question de l'indemnisation. AINC disposera ensuite de 7 jours ouvrables après la réception de l'exposé de Canadian North pour déposer une réponse. Canadian North disposera ensuite de 5 jours ouvrables après la réception de l'exposé en réponse d'AINC pour déposer des observations supplémentaires.

138. La proposition conjointe d'indemnisation ou les observations sur l'indemnisation, selon le cas, devront tenir compte de la durée véritable du contrat entre First Air et Postes Canada, du volume véritable des Aliments-poste qui auront été livrés, du volume estimatif des Aliments-poste qui seront livrés d'ici à la passation d'un contrat afférent au nouveau marché public, des marges de profit applicables contenues dans la proposition de Canadian North et de la date et de la méthode d'indemnisation. La proposition conjointe ou les observations comporteront une structure proportionnelle qui permettra aux parties de déterminer le montant de l'indemnisation correspondant à la durée entière du contrat entre First Air et Postes Canada, ou à une durée quelconque, de sorte que le montant de l'indemnisation puisse être rajusté en fonction de la durée véritablement écoulée au moment de la passation du contrat afférent au nouveau marché public. Le Tribunal se réserve le droit de recommander, après le dépôt des observations, le montant de l'indemnisation qu'AINC devrait verser à Canadian North.

139. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Canadian North le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par AINC. L'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 10 000 \$, car le degré de complexité de l'espèce dépasse le degré de complexité habituellement prévu au troisième degré de complexité. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations au Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Elaine Feldman
Elaine Feldman
Membre président

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre

Meriel V. M. Bradford
Meriel V. M. Bradford
Membre