



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2007-008

Northrop Grumman Overseas
Services Corporation

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le jeudi 30 août 2007*

*Motifs rendus
le mercredi 12 septembre 2007*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	1
PLAINTE	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	2
QUESTION PRÉLIMINAIRE — COMPÉTENCE DU TRIBUNAL	2
ANALYSE DU TRIBUNAL	8
Critère coté R44	9
Critère coté R13	11
Critère coté R39	13
Mesure corrective	14
DÉCISION DU TRIBUNAL	15

EU ÉGARD À une plainte déposée par Northrop Grumman Overseas Services Corporation 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'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE

**NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES
CORPORATION**

Partie plaignante

ET

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

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 en partie.

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, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dans les 30 jours de la date de publication de la présente décision, réévalue les propositions des trois soumissionnaires en ce qui concerne les critères cotés R13 et R44 de la demande de propositions. Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande en outre que, aux termes du plan d'évaluation : 1) en ce qui concerne le critère coté R13, le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux permette l'utilisation du terme « écart moyen quadratique » et de toute autre définition techniquement justifiable du terme « erreur »; 2) en ce qui concerne le critère coté R44, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux accorde des points seulement aux charges externes qui étaient approuvées ou certifiées avant la clôture des soumissions et à l'égard desquelles une documentation suffisante était fournie. Si cette réévaluation entraîne la désignation d'un soumissionnaire retenu différent, le contrat existant devrait être annulé et adjugé à ce soumissionnaire.

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 Northrop Grumman Overseas Services Corporation 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 Travaux publics et des Services gouvernementaux. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 2 400 \$. 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 l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du 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.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Serge Fréchette

Serge Fréchette

Membre

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membres du Tribunal :	Ellen Fry, membre président Pierre Gosselin, membre Serge Fréchette, membre
Directeur :	Randolph W. Heggart
Enquêteur principal :	Michael W. Morden
Conseillers juridiques pour le Tribunal :	Reagan Walker Nick Covelli
Partie plaignante :	Northrop Grumman Overseas Services Corporation
Conseillers juridiques pour la partie plaignante :	Barbara A. McIsaac, c.r. R. Benjamin Mills
Parties intervenantes :	Lockheed Martin Corporation Raytheon Company
Conseiller juridique pour Lockheed Martin Corporation :	Richard A. Wagner
Conseiller juridique pour Raytheon Company :	Ronald D. Lunau
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	David M. Attwater Susan D. Clarke Christianne M. Laizner Ian McLeod

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 17 avril 2007, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (Northrop) 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 (invitation n° W8475-02BA01/C) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN) pour la fourniture initiale de 36 nacelles de désignation d'objectif comportant des capteurs infrarouges multirôles de pointe (CIMP) pour les CF-18 du MDN et de 13 ans de soutien en service des nacelles.

2. Northrop a allégué que les soumissions n'avaient pas été évaluées conformément aux dispositions du plan d'évaluation publié. Elle a prétendu que sa proposition n'avait pas reçu les points auxquels elle avait droit pour les critères cotés R13 et R39. Elle a également allégué que, dans sa proposition, le soumissionnaire gagnant, Lockheed Martin Corporation (Lockheed), avait reçu pour le critère coté R44 des points auxquels il n'avait pas droit. À titre de mesure corrective, Northrop a demandé que le contrat soit résilié, les soumissions réévaluées et le marché adjugé à Northrop s'il s'avérait que sa soumission était jugée gagnante. Subsidiairement, si le Tribunal ne recommandait pas la résiliation du contrat, Northrop a demandé à être reconnue comme soumissionnaire qui aurait dû gagner le contrat et à être indemnisée pour perte de profit. À titre de mesure corrective de rechange, Northrop a demandé le remboursement des frais qu'elle avait engagés pour la préparation de sa soumission. Elle a aussi demandé le remboursement des frais qu'elle avait engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

3. Le 25 avril 2007, 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. Les 1^{er} et 21 mai 2007 respectivement, Lockheed et Raytheon Company (Raytheon) ont demandé le statut de partie intervenante dans la présente procédure. Le Tribunal a fait droit aux deux requêtes. Le 3 juillet 2007, TPSGC a déposé le rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 13 juillet 2007, Northrop et Lockheed ont déposé leurs observations sur le RIF³. Le 19 juillet 2007, TPSGC a demandé la permission de déposer d'autres observations en alléguant que Northrop avait présenté de nouveaux arguments dans ses observations sur le RIF. Le 23 juillet 2007, Northrop a déposé ses observations finales.

4. Étant donné qu'il y avait suffisamment de renseignements au dossier pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

5. Le marché public en question est assujéti aux obligations de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴ uniquement.

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Raytheon n'a déposé aucun exposé au cours de l'enquête.

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

6. Le marché en question porte sur la fourniture initiale de 36 nacelles de désignation d'objectif comportant des CIMP pour les CF-18 et de 13 ans de soutien en service (pièces de rechange, matériel et formation) des nacelles. La procédure de passation du marché public est en cours depuis novembre 2002, mois où une lettre d'intérêt (LI) a été diffusée par l'intermédiaire du MERX⁵. À l'époque, quatre sociétés se sont dites intéressées, dont trois, à savoir Lockheed, Northrop et Raytheon, ont fourni des renseignements au MDN sur leur produit. Une autre LI a été diffusée en novembre 2005; on y annonçait qu'une demande de propositions (DP) en version provisoire était disponible à des fins d'examen et de commentaires. Selon TPSGC, en fonction des observations reçues des trois soumissionnaires potentiels restants, « de nombreux changements ont été apportés à la DP pour que les trois entrepreneurs principaux puissent s'y conformer »⁶ [traduction]. La DP a été publiée le 16 mai 2006 et la période de soumission a pris fin le 15 septembre 2006, trois sociétés ayant produit des propositions.

7. D'après TPSGC, les soumissions ont été évaluées entre le 2 octobre et le 3 novembre 2006 et un examen des évaluations a eu lieu. Le 10 novembre 2006, TPSGC a calculé l'ensemble des points pour les trois propositions conformes et a déterminé que, suivant la méthode d'évaluation prescrite dans la DP, la proposition de Lockheed offrait la meilleure valeur. Le 22 mars 2007, TPSGC a adjugé le contrat à Lockheed.

8. D'après Northrop, le 22 mars 2007, elle a reçu un courriel l'avisant de l'adjudication du contrat. Le 30 mars 2007, un entretien final avec TPSGC a eu lieu. Northrop a déposé sa plainte auprès du Tribunal le 17 avril 2007.

QUESTION PRÉLIMINAIRE — COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

9. Une question préliminaire s'est posée dans cette affaire, à savoir si Northrop avait qualité pour déposer une plainte en vertu de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE* pour violation du paragraphe 506(6) de l'*ACI*.

10. Dans sa lettre du 25 avril 2007 à TPSGC, le Tribunal a demandé que TPSGC fournisse un exposé au sujet de la compétence du Tribunal, étant donné que le seul accord commercial pertinent était l'*ACI* et qu'il semble que Northrop est une société dont le siège social est aux États-Unis. Le 2 mai 2007, TPSGC a fourni ses observations au Tribunal et a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de la plainte, puisque, à son avis, Northrop n'avait pas qualité pour déposer une telle plainte en vertu de l'*ACI*. Le 7 mai 2007, Northrop a déposé ses observations sur l'exposé de TPSGC. Le 9 mai 2007, TPSGC a déposé ses observations finales sur la question. Le 8 juin 2007, le Tribunal a décidé qu'il avait compétence pour enquêter sur la plainte et a rendu une ordonnance qui rejetait la requête de TPSGC.

11. Le Tribunal est une création du législateur. Les articles 30.1 à 30.19 de la *Loi sur le TCCE* énoncent la compétence du Tribunal en ce qui concerne les plaintes en matière de marchés publics. Ces dispositions instituent un mécanisme de règlement des différends en ce qui concerne les dispositions en matière de marchés publics de divers accords commerciaux, dont celles de l'*ACI*, et elles incorporent dans le droit canadien les droits et les obligations en vertu de ces accords.

5. Service électronique d'appel d'offres du Canada.

6. RIF à la p. 2.

12. La méthode fondamentale adoptée pour l'interprétation des lois, tel qu'approuvée par la Cour suprême du Canada, a été exprimée comme suit : « Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur⁷. »

13. Le paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE* décrit les paramètres généraux applicables au dépôt d'une plainte en matière de marchés publics et prévoit ce qui suit :

Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte.

14. Les termes « fournisseur potentiel » et « contrat spécifique » sont des termes clés de cette disposition. L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* les définit comme suit :

« fournisseur potentiel » Sous réserve des règlements pris en vertu de l'alinéa 40f.1), tout soumissionnaire — même potentiel — d'un contrat spécifique.

« contrat spécifique » Contrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale — ou pourrait l'être —, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d'une catégorie réglementaire.

15. Tel que discuté ci-dessous, le terme « fournisseur potentiel » désigne les personnes qui ont qualité pour déposer une plainte en matière de marchés publics en vertu du mécanisme de règlement. Le terme « contrat spécifique » désigne l'objet de la plainte qui peut être déposée.

16. Le paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE* prévoit ce qui suit : « [...] sous réserve des règlements, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter [...] » après avoir décidé qu'une plainte remplit certaines conditions techniques énoncées au paragraphe 30.11(2). Parmi les conditions à remplir, il y a la nécessité de préciser le nom de la partie plaignante et le contrat spécifique qui est visé par la plainte.

17. Ainsi que le prévoit la *Loi sur le TCCE*, le *Règlement* précise les paramètres d'exercice de la compétence du Tribunal.

18. Les paragraphes 3(1) et 7(1) du *Règlement* sont fondamentaux au moment de circonscrire la compétence du Tribunal lorsqu'il décide d'enquêter sur une plainte en vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le TCCE*. Le paragraphe 3(1) du *Règlement* prévoit ce qui suit :

Pour l'application de la définition de « contrat spécifique » à l'article 30.1 de la Loi, est un contrat spécifique tout contrat ou catégorie de contrats relatif au marché passé par une institution fédérale pour des produits ou des services, ou pour toute combinaison de ceux-ci, visé [...] à l'article 502 de l'Accord sur le commerce intérieur [...].

19. L'article 502 de l'*ACI* limite pour l'essentiel l'application du chapitre de l'*ACI* sur les marchés publics à certaines valeurs monétaires et exclut certaines entités acheteuses du champ d'application.

7. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 à la p. 41.

20. Le paragraphe 7(1) du *Règlement* assigne d'autres limites à la compétence du Tribunal. Il énonce trois conditions à remplir pour que le Tribunal puisse décider d'enquêter ou de ne pas enquêter sur une plainte. Ces conditions étant remplies, le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'enquêter. Le paragraphe 7(1) prévoit ce qui suit :

Dans les cinq jours ouvrables suivant la date du dépôt d'une plainte, le Tribunal détermine si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le plaignant est un fournisseur potentiel;
- b) la plainte porte sur un contrat spécifique;
- c) les renseignements fournis par le plaignant et les autres renseignements examinés par le Tribunal relativement à la plainte démontrent, dans une mesure raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément [...] au chapitre cinq de l'Accord sur le commerce intérieur [...].

21. Comme Northrop est un soumissionnaire du marché en question, elle répond à la définition de « fournisseur potentiel » à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* si le marché est un « contrat spécifique ». Comme celui-ci relève de la description que donne l'article 502 de l'*ACI*, il s'ensuit qu'il s'agit d'un « contrat spécifique » aux fins de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*. Northrop est donc un « fournisseur potentiel ».

22. Rien dans le libellé de la définition de « fournisseur potentiel » ou de « contrat spécifique » n'impose en soi un critère de nationalité à la partie plaignante. Cependant, le Tribunal doit aussi se demander s'il n'y a pas d'autres dispositions établissant un tel critère, explicitement ou implicitement, compte tenu du contexte, de l'objet et de la finalité de la loi.

23. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* impose comme condition d'exercice de la compétence du Tribunal que les renseignements démontrent, dans une mesure raisonnable, qu'il y a eu violation du chapitre cinq de l'*ACI*. Ainsi, dans le cas où une disposition imposerait un critère de nationalité à la disposition pertinente du chapitre cinq, le Tribunal n'aurait pas compétence sauf si, entre autres, les renseignements démontraient dans une mesure raisonnable que le critère de nationalité était respecté.

24. TPSGC semble indiquer que, comme la définition de « contrat spécifique » vise, dans ce cas, un contrat décrit à l'article 502 de l'*ACI*, l'implication nécessaire en est que le Tribunal peut seulement étudier une plainte déposée par un fournisseur canadien. Pour l'essentiel, l'argumentation de TPSGC paraît être que le paragraphe 101(3) et l'article 501 limitent l'exercice de la compétence du Tribunal, quant au chapitre cinq, aux plaintes déposées par des fournisseurs canadiens.

25. Le paragraphe 101(3) prévoit ce qui suit :

Les principes suivants guideront les Parties dans l'application du présent accord :

- a) les Parties n'érigeront pas de nouveaux obstacles au commerce intérieur et elles faciliteront la circulation des personnes, des produits, des services et des investissements entre les provinces au Canada;
- b) elles traiteront sur un pied d'égalité les personnes, les produits, les services et les investissements, indépendamment de leur lieu d'origine au Canada;
- c) elles concilieront leurs normes et leurs mesures réglementaires pertinentes, en vue d'assurer la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada;
- d) elles veilleront à ce que leurs politiques administratives favorisent la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada.

26. L'article 501 de l'ACI prévoit ce qui suit :

[...] le présent chapitre vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficience.

27. Il ressort du libellé du paragraphe 101(3) et de l'article 501 de l'ACI qu'il ne s'agit pas là de dispositions de fond. Ces articles ne font qu'exprimer ce que les parties à l'ACI désiraient réaliser et doivent être considérés dans ce contexte.

28. Le paragraphe 101(3) de l'ACI énonce des principes qui donnent des directives quant à l'application de l'ACI. Une analyse des quatre principes mentionnés dans l'article ne révèle en rien l'intention de limiter la capacité d'une partie privée — canadienne ou non — de donner suite aux droits et aux obligations créés en vertu de l'ACI dans le cadre des dispositions de règlement des différends établies sous son régime.

29. De même, l'article 501 de l'ACI ne dit en rien si les parties, dans leur volonté d'accorder un accès égal à tous les fournisseurs canadiens, entendent exclure les fournisseurs non canadiens de l'application de la procédure de protection instituée en vertu de l'ACI.

30. En fait, dans les cas où l'ACI favorise les fournisseurs canadiens, il le fait à titre d'exception et selon des critères étroits, tel qu'il est discuté ci-dessous. L'application des quatre principes du paragraphe 101(3) de l'ACI n'exige pas nécessairement que les parties non canadiennes soient exclues de l'application des dispositions de règlement des différends. De même, l'atteinte de l'objectif d'un accès égal pour tous les fournisseurs canadiens, selon l'article 501, ne signifie pas nécessairement que les droits des fournisseurs non canadiens doivent être restreints. Au contraire, on peut faire valoir, d'un point de vue économique, qu'une limitation d'accès aux fournisseurs canadiens pourrait nuire en fait à la réalisation des objectifs consistant « [...] à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficience ».

31. Le Tribunal a aussi étudié les dispositions de fond du chapitre cinq de l'ACI dans l'ensemble en vue de déterminer si le contexte global du chapitre montre l'intention de limiter le champ d'application aux fournisseurs canadiens. De l'avis du Tribunal, tel que discuté ci-dessous, les dispositions de fond du chapitre cinq indiquent clairement que les parties à l'ACI n'avaient pas l'intention de limiter son champ d'application de cette façon, puisque certaines dispositions de fond du chapitre cinq révèlent l'intention nette d'inclure les fournisseurs non canadiens.

32. L'article 504 de l'ACI énonce diverses règles fondamentales pour un traitement non discriminatoire.

33. Selon le paragraphe 504(6) de l'ACI, les parties à l'ACI n'avaient pas l'intention au départ de limiter l'exercice des droits institués par le chapitre cinq aux seuls fournisseurs canadiens. Leur démarche est beaucoup plus nuancée à ce paragraphe.

34. Le paragraphe 504(6) prévoit ce qui suit :

Sauf disposition contraire nécessaire pour assurer le respect d'obligations internationales, une Partie peut limiter l'appel d'offres à des produits canadiens, à des services canadiens ou à des fournisseurs canadiens, sous réserve des conditions suivantes :

- a) la Partie qui lance l'appel d'offres doit être convaincue de l'existence d'une concurrence suffisante entre les fournisseurs canadiens;

- b) tous les fournisseurs qualifiés doivent être informés, dans l'appel d'offres, de l'existence de la préférence et des règles qui seront appliquées pour déterminer le contenu canadien;
- c) l'exigence en matière de contenu canadien ne doit pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour que le produit ou le service visé par le marché public soit qualifié de produit ou de service canadien.

35. Cette disposition impose nettement un devoir d'action positive à la partie qui désire limiter son appel d'offres aux fournisseurs canadiens. Pour imposer une telle limitation, la partie doit indiquer que le projet de marché est ainsi limité et satisfaire aussi à l'exigence à l'alinéa 504(6)c) de l'ACI en ce qui concerne le niveau requis de contenu canadien. Ces dispositions indiquent que, plutôt que d'imposer une limitation générale frappant au départ les fournisseurs non canadiens, les parties voulaient que toute limitation repose sur une analyse particulière des facteurs de concurrence.

36. Si le chapitre cinq de l'ACI voulait accorder une protection aux seuls fournisseurs canadiens, et non pas à l'ensemble des fournisseurs, le paragraphe 504(6) serait inutile, puisqu'il n'y aurait pas lieu de limiter les situations où l'appel d'offres ne vise que les fournisseurs canadiens. Le paragraphe 504(6) prévoit plutôt deux niveaux bien distincts de protection des fournisseurs, à savoir un niveau fondamental de protection applicable à l'ensemble des fournisseurs et un niveau supérieur de protection applicable seulement aux fournisseurs canadiens.

37. De même, le paragraphe 506(2) de l'ACI prévoit divers niveaux de protection pour les fournisseurs canadiens et les autres fournisseurs dans les appels d'offres. L'alinéa 506(2)c) protège tous les fournisseurs en permettant qu'un appel d'offres soit lancé par la méthode suivante :

- c) le recours à des listes de fournisseurs pourvu que, à l'égard de toute liste de fournisseurs, les conditions suivantes soient réunies :
 - (i) les conditions d'inscription sur la liste de fournisseurs sont compatibles avec l'article 504,
 - (ii) tous les fournisseurs inscrits dans une catégorie donnée sont invités à répondre à tous les appels d'offres dans cette catégorie,
 - (iii) les fournisseurs qui satisfont aux conditions d'inscription sur la liste de fournisseurs ont la possibilité de s'inscrire en tout temps.

38. Les fournisseurs canadiens reçoivent une protection additionnelle en vertu du paragraphe 506(2) de l'ACI pour ce qui est de l'accès aux renseignements de soumission :

L'appel d'offres doit être lancé selon l'une ou plusieurs des méthodes suivantes :

- a) le recours à un système électronique d'appel d'offres auquel tous les fournisseurs canadiens ont également accès;
- b) la publication de l'appel d'offres dans un ou plusieurs quotidiens préalablement désignés et auquel tous les fournisseurs canadiens ont facilement accès [...].

39. De plus, partout dans le chapitre cinq de l'ACI, « fournisseur » et « fournisseur canadien » sont utilisés comme termes distincts. De fait, dans les articles 504 et 506, les deux termes sont utilisés dans le même article.

40. L'article 518 de l'ACI définit les deux termes ainsi :

« **fournisseur** » Personne qui, après évaluation de ses capacités financières, techniques et commerciales, est jugée en mesure d'exécuter un marché public donné. [...]

« **fournisseur canadien** » Fournisseur qui a un établissement au Canada.

41. Ainsi, la définition de « fournisseur » est plus générale que celle de « fournisseur canadien ». Elle ne fait aucune référence à un établissement au Canada ou à toute autre caractéristique ayant à voir avec la nationalité canadienne.

42. Selon une règle d'interprétation bien connue, si le rédacteur emploie des termes différents, c'est qu'il veut désigner des choses différentes⁸. De l'avis du Tribunal, l'utilisation de deux termes distincts au chapitre cinq de l'ACI indique que les parties entendaient distinguer les « fournisseurs canadiens » de l'ensemble des « fournisseurs » plutôt que de faire en sorte que « canadien » soit sous-entendu chaque fois qu'apparaissait le terme « fournisseur ».

43. Concluant ainsi qu'il n'y a aucune exigence générale voulant que les droits institués par le chapitre cinq de l'ACI soient limités aux fournisseurs canadiens, le Tribunal doit juger si le paragraphe 506(6), la disposition qui se trouve à la base même de la plainte, comporte des dispositions propres à restreindre l'exercice des droits aux fournisseurs canadiens.

44. Northrop a allégué que l'évaluation des soumissions n'était pas conforme au plan d'évaluation publié, en violation de l'article 506 de l'ACI, qui prévoit ce qui suit :

1. Chaque Partie veille à ce que les marchés publics visés par le présent chapitre soient passés conformément aux procédures prévues au présent article.

[...]

6. [...] 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.

45. L'article 518 de l'ACI définit ainsi les termes « soumission », « appel d'offres » et « offre » :

« **soumission** » Offre présentée en réponse à un appel d'offres.

« **appel d'offres** » Une procédure d'appel à la concurrence entre des *fournisseurs* [...].

« **offre** » Réponse à un appel d'offres.

[Nos italiques]

46. Lorsqu'on regarde le paragraphe 506(6) de l'ACI à la lumière des définitions de « fournisseur » et de « fournisseur canadien » citées ci-dessus, il est clair que les parties à l'ACI n'entendaient pas limiter aux seuls fournisseurs canadiens l'application du droit substantiel créé par cette disposition. Le paragraphe 506(6) parle de « fournisseurs » et non pas de « fournisseurs canadiens », et, par conséquent, ne prescrit pas qu'une partie plaignante doit être un fournisseur canadien. Le Tribunal conclut donc que le paragraphe 506(6) a pour objet de protéger l'ensemble des fournisseurs.

8. Ruth Sullivan, 4^e éd., Markham (Ontario), Butterworths, 2002, à la p. 64.

47. Vu l'analyse qui précède, le Tribunal est d'avis que la partie plaignante n'a pas à être « fournisseur canadien » pour que le Tribunal ait compétence pour enquêter sur une plainte déposée en vertu du paragraphe 506(6) de l'*ACI*. Avant de rendre sa décision, le Tribunal a soigneusement passé en revue ses décisions antérieures qui concernent la question préliminaire en l'espèce, en notant que, dans leurs exposés, les parties ont traité de cette question plus en détail que pour la plupart ou la totalité des décisions antérieurement prises par le Tribunal⁹. Le Tribunal se rend compte que sa décision en l'espèce semble aller à l'encontre de ses décisions antérieures sur la même question. Cependant, pour retenir la position prise par TPSGC, il aurait fallu que le Tribunal conclut, à la lumière du libellé, du contexte, de l'objet et du but des dispositions de la loi, que les parties à l'*ACI* avaient l'intention de limiter aux seuls fournisseurs canadiens l'application du mécanisme de règlement des différends. Comme il l'explique dans l'analyse qui précède et après avoir examiné attentivement les arguments avancés par les parties, le Tribunal n'a pu relever d'indices de cette intention, et il n'a donc pu conclure autrement.

ANALYSE DU TRIBUNAL

48. 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, il 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 le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents qui, en l'espèce, est l'*ACI*.

49. L'extrait pertinent du 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.

50. Comme il l'a dit par le passé, le Tribunal ne substituera généralement pas son jugement à celui des évaluateurs sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à l'évaluation de la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence ou ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués¹⁰.

51. L'article 5.2.2.2 du plan d'évaluation présenté à la partie 6 de la DP imposait la responsabilité suivante aux soumissionnaires :

Il incombe au soumissionnaire de fournir des données suffisantes pour **démontrer la conformité** et la **capacité** de répondre à toutes les exigences cotées. L'évaluation sera uniquement fondée sur les données livrées par le soumissionnaire dans sa réponse à la DP.

[Traduction]

9. *Re plainte déposée par Eurodata Support Services Inc.* (30 juillet 2001), PR-2000-078 (TCCE); *Re plainte déposée par Winchester Division—Olin Corporation* (2 avril 2004), PR-2003-064 (TCCE); *Re plainte déposée par EFJohnson* (26 avril 2006), PR-2006-006 (TCCE); *Re plainte déposée par Computer Label Worldwide Co. Ltd.* (22 août 2006), PR-2006-023 (TCCE); *Re plainte déposée par Europe Displays, Inc.* (16 janvier 2007), PR-2006-039 (TCCE).

10. *Re plainte déposée par K-W Leather Products Ltd.* (3 septembre 2002), PR-2002-012 (TCCE).

Critère coté R44

52. Le critère R44 de la DP se lit ainsi :

Les CIMP ne devraient pas abaisser la capacité de transport, d'emploi ou de largage (TEL) de charges externes ou de matériel consommable à tout poste du CF-18, y compris au poste n° 3, sous les limites que présente un tel aéronef en charge muni du système spécifié de désignation d'objectif.

[Traduction]

53. L'article 5.2.11 du plan d'évaluation s'applique au critère coté R44 et se lit ainsi :

5.2.11.1 **Généralités**

Les Forces canadiennes désirent que les caractéristiques TEL d'une charge externe au poste armé n° 3 d'un CF-18 (ECP-583 modifié), s'il y a un CIMP au poste armé n° 4, ne soient pas plus restrictives que les limitations actuellement imposées par le transport du système spécifié de désignation d'objectif. Les soumissionnaires devraient avoir produit tous les rapports d'essai ou d'analyse justifiant entièrement les critères qu'ils présentent. Si une charge externe est acceptée ou certifiée par modèle analytique, ils devraient expliquer comment ce modèle a été validé.

5.2.11.2 **Attribution d'une cote**

5.2.11.2.1 Le soumissionnaire doit démontrer la compatibilité de toutes les charges externes que décrit la feuille de travail TEL de la Matrice de gestion des risques (MGR) pour le poste n° 3 d'un aéronef F/A-18 A/B/C/D avec le CIMP du poste n° 4 selon les exigences du manuel MIL-HDBK 1763 pour le transport, l'emploi et le largage de chacune des charges. Voici comment sont attribuées les cotes TEL :

5.2.11.2.1.1 **Transport**¹¹

5.2.11.2.1.1.1 Pour chaque charge externe que décrit la feuille de travail TEL de la MGR et qui est approuvée ou certifiée pour le poste armé n° 3 d'un aéronef F/A-18 A/B/C/D avec le CIMP au poste n° 4 selon le régime de vol indiqué par cette feuille de travail et dans le cas où le soumissionnaire a fourni à l'appui les rapports d'essai ou d'analyse nécessaires, la charge en question reçoit une cote de six points.

5.2.11.2.1.1.2 Pour chaque charge externe que décrit la feuille de travail TEL de la MGR et qui a été approuvée ou certifiée pour le poste armé n° 3 d'un aéronef F/A-18 A/B/C/D avec le CIMP au poste n° 4 selon un régime inférieur au régime de vol indiqué par cette feuille de travail et dans le cas où le soumissionnaire a produit à l'appui les rapports d'essai ou d'analyse nécessaires, la charge en question reçoit une cote de deux ou quatre points selon l'état complet.

5.2.11.2.1.1.3 Pour chaque charge externe que décrit la feuille de travail TEL de la MGR et qui n'a pas été approuvée ni certifiée pour le poste armé n° 3 d'un aéronef F/A-18 A/B/C/D avec le CIMP au poste n° 4, la charge en question reçoit une cote nulle; dans le cas où le soumissionnaire n'a pas fourni à l'appui les rapports d'essai ou d'analyse nécessaires, la cote attribuée est également nulle.

NOTA

5.2.11.2.1.1.4 Si les rapports d'analyse ou d'essai en question ne peuvent être produits parce qu'ils ne peuvent être diffusés, le soumissionnaire doit avoir fourni au moins une description sommaire des documents avec le titre, le numéro et la date, de sorte que la charge externe en question reçoive la cote appropriée.

11. Les mêmes libellés ont été utilisés sous les rubriques « emploi » et « largage », mais les échelles d'évaluation étaient différentes. Par souci de concision, nous ne reproduisons pas ces libellés ici.

5.2.11.2.1.3.5 La méthode de contrôle de conformité peut être l'inspection, l'analyse, la comparaison ou l'essai (en soufflerie ou en vol).

[Traduction]

54. Il est aussi question de ce critère dans la modification n° 12 datée du 1^{er} septembre 2006 qui se lit en partie ainsi :

Question 35. Le MDN adoptera-t-il une méthode de différenciation de l'analyse et de l'essai en vol comme moyen de vérification TEL à cause des différences de degré de risque?

Réponse : Rappelons que, pendant l'élaboration du plan d'évaluation, on a soigneusement pris en considération l'évaluation de toutes les exigences cotées. En ce qui concerne la certification TEL, nous pensons, aujourd'hui comme hier, qu'il est possible d'approuver certaines charges externes purement par analyse et que, si l'évaluateur juge l'analyse suffisante, il n'y a pas lieu de ne pas attribuer les points destinés à cette charge. En revanche, si l'analyse demeure douteuse par rapport aux exigences énoncées de régime de vol, l'évaluateur n'attribuera qu'une partie des points destinés à la charge en question. Comme des spécialistes des Forces canadiennes et du MDN participeront à cette évaluation TEL, on a l'assurance entière que l'attribution d'une cote sera équitable à tous égards.

[Traduction]

55. Northrop a allégué que, en se contentant de produire des rapports d'essai et d'analyse, sans aucune preuve d'approbation ou de certification au moment de la présentation d'une soumission, on ne satisfaisait pas au critère coté R44. Northrop a fait valoir que Lockheed s'était clairement vu attribuer des points en fonction d'une *possibilité* et non pas d'une *réalité* d'approbation ou de certification de ses charges externes. Elle a allégué que sa plainte n'avait jamais porté sur la preuve d'une approbation ou d'une certification en provenance d'une « autorité gouvernementale », comme l'a prétendu TPSGC, mais plutôt sur la non-production par Lockheed d'une approbation ou d'une certification dans sa soumission. Elle a aussi prétendu que la DP indique que le gouvernement avait l'intention d'exercer des activités d'intégration et de certification pour la *nacelle* même, suivant le critère coté R45, mais qu'on ne pouvait en dire autant de la question des *charges externes*, ce que visait le critère coté R44.

56. TPSGC a allégué que les évaluateurs ont interprété les termes « approbation » et « certification » comme signifiant une preuve d'état de navigabilité pour les diverses armes au poste armé 3 du CF-18 et pour le TEL du régime indiqué de vol si la nacelle du soumissionnaire se trouvait au poste 4 du CF-18. Il a allégué que rien dans la DP ou ailleurs n'indique que le critère coté R44 requiert une preuve d'une approbation ou d'une certification existant par une autorité gouvernementale. Il a noté que tant Lockheed que Northrop avaient, dans leur soumission, produit des rapports d'analyse et d'essai à l'appui de la cote que s'attribuaient ces sociétés¹². TPSGC a fait observer que Northrop avait allégué dans sa plainte que sa nacelle CIMP avait été certifiée par une autorité gouvernementale avant la clôture des soumissions, mais TPSGC n'a pas pu trouver une telle certification dans la soumission de Northrop.

12. Dans le cadre de l'évaluation, les soumissionnaires ont reçu un plan d'évaluation et devaient attribuer eux-mêmes une cote à leur proposition. Dans l'évaluation officielle, TPSGC a dit avoir recouru à trois évaluateurs pour chacun des critères en question. Les cotes individuelles des évaluateurs avec les justifications ont été soumises à un chef d'équipe d'évaluation (CEE). Si les cotes individuelles des évaluateurs différaient par moins de deux points, on en faisait la moyenne pour, par consensus, dégager une cote commune pour ce critère coté. Si la différence était de plus de deux points, le CEE réunissait les évaluateurs, les laissait se prononcer et confirmer que la méthode d'évaluation avait été appliquée en toute équité et uniformité et leur faisait réexécuter l'évaluation. TPSGC a aussi allégué que, si les écarts étaient importants entre les cotes attribuées et/ou que l'évaluation initiale était difficile ou suspecte, le CEE passait en revue, par mesure de précaution, les cotes attribuées pour un critère.

57. Lockheed a allégué que sa proposition était conforme aux exigences du critère coté R44. Elle a fait valoir que sa nacelle CIMP avait accumulé des dizaines de milliers d'heures de vol et ne présentait aucun risque supérieur à ceux de tout autre des produits des soumissionnaires. À son avis, le plan d'évaluation prévoyait diverses méthodes par lesquelles un soumissionnaire serait en mesure de démontrer que sa nacelle CIMP ne limitait pas la capacité TEL des charges externes. Lockheed a précisé avoir inclus dans sa proposition les rapports requis d'analyse et d'essai. Lockheed a en outre fait valoir que rien dans la DP ne précisait que la certification ou l'approbation devait émaner d'une autorité gouvernementale en notant que, à en juger par le RIF, Northrop n'avait pas produit une telle certification. Elle a allégué qu'il semble que Northrop tente d'ajouter au critère coté R44 une exigence additionnelle qui ne figurait pas dans la DP.

58. De l'avis du Tribunal, le libellé de la méthode détaillée d'attribution d'une cote prévu à l'article 5.2.11.2 du plan d'évaluation indique clairement que, pour que la proposition d'un soumissionnaire se voie attribuer des points par les évaluateurs, il doit y avoir eu approbation ou certification préalablement à la présentation d'une soumission avec une pièce justificative accompagnant la proposition. Le Tribunal note que la réponse 35 dans la modification n° 12 révélait qu'« il serait possible d'accepter certaines charges externes uniquement par analyse » [traduction], mais il est d'avis que cet énoncé indique tout simplement qu'une analyse peut être acceptable comme *justification* d'une certification. Cela ne signifie pas que l'analyse est une *solution de rechange* acceptable à la certification. Parce que le Tribunal est d'avis que la DP exigeait une approbation ou une certification au moment de la clôture des soumissions, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas évalué les soumissions conformément à la DP et a donc dérogé aux exigences du paragraphe 506(6) de l'ACI.

Critère coté R13

59. Le critère coté R13 se lit ainsi :

Exigence n°	EXIGENCES	Méthode d'attribution des cotes
Collimateur IR/laser		
R13	L'erreur de pointage du capteur/laser devrait être de moins de 250 microrad/axe	<250; (2 pts) <=215; (4 pts) <=180; (6 pts) <=145; (8 pts) <=110; (10 pts)

[Traduction]

60. D'après TPSGC, les évaluateurs ont établi leur cote en se reportant aux valeurs maximales d'erreur¹³ dans les propositions comme erreur de pointage dans le pire des cas. En revanche, Northrop a allégué que l'« écart moyen quadratique » (ÉMQ) est une meilleure mesure de l'erreur. Northrop s'est attribué huit points en prenant son ÉMQ, tandis que TPSGC a accordé à Northrop moins de points en prenant la valeur maximale.

13. Avec la méthode de l'erreur maximale, on fixe une borne supérieure à la variabilité statistique des mesures de l'erreur de pointage, de sorte que toutes les valeurs de mesure ne dépassent pas 250 microrad/axe.

61. TPSGC a fait valoir que, par définition, la méthode de l'ÉMQ garantit seulement que 84 p. 100 des valeurs de mesure seront de moins de 250 microrad/axe, ce qui signifie que 16 p. 100 des valeurs de mesure seraient au delà du seuil et iraient à l'encontre de l'exigence que l'erreur de pointage soit inférieure à ce seuil. Comme il était difficile d'évaluer ce critère et que les cotes des trois évaluateurs assignés à ce critère divergeaient sur ce plan, TPSGC a eu recours à un ingénieur indépendant qui a jugé que, dans la documentation produite à l'appui, Northrop justifiait la cote qu'elle s'attribuait par la méthode de l'ÉMQ. TPSGC a allégué que les évaluateurs ont l'obligation de tenir compte de la proposition entière à des fins d'évaluation et que, puisque la proposition ne comportait pas de valeurs maximales d'erreur, les évaluateurs étaient tenus de les calculer à l'aide des données fournies dans la proposition de Northrop. TPSGC a dit ne pas s'en être remis à la déclaration de conformité de Northrop que représentait son autoévaluation et qu'il avait procédé à de solides calculs techniques pour bien évaluer la proposition de Northrop.

62. Lockheed a appuyé les allégations de TPSGC au sujet de cet aspect de la plainte.

63. Northrop a fait valoir que TPSGC, en se fondant sur l'évaluation d'un ingénieur non identifié, avait fait une erreur d'interprétation en prenant pour acquis qu'il fallait appliquer la méthode de la valeur maximale. Elle a allégué que, ayant établi que la proposition de Lockheed utilisait la méthode d'erreur maximale, les évaluateurs ont ensuite tenté d'appliquer cette même méthode à la proposition de Northrop. Northrop a dit avoir utilisé la méthode de l'ÉMQ parce qu'aucun produit du genre ne peut s'en tenir à une valeur maximale d'erreur dans toutes les situations possibles, si on considère le nombre pour ainsi dire illimité et le caractère imprévisible des effets opérationnels, des environnements et des scénarios que peuvent connaître les systèmes installés dans des avions militaires. Pour Northrop, cela démontrait que TPSGC avait ajouté des critères non spécifiés à la procédure d'évaluation, ce qui a eu pour effet d'avantager Lockheed par rapport aux autres soumissionnaires.

64. Le Tribunal note que la DP ne dit pas si le terme « erreur » signifie la valeur d'erreur maximale qui a été appliquée par les évaluateurs ou la valeur d'erreur ÉMQ qui a été appliquée par Northrop. D'une part, TPSGC prétend que la méthode de l'ÉMQ prévoit des valeurs au delà de la valeur d'erreur admissible de 250 microrad/axe. D'autre part, Northrop allègue que la méthode de l'erreur maximale est impossible à utiliser à cause du nombre pour ainsi dire illimité de conditions de fonctionnement des nacelles CIMP. Le Tribunal fait également observer qu'un des évaluateurs a initialement attribué une cote correspondant à l'autoévaluation de Northrop, indice que cet évaluateur ne jugeait pas obligatoire l'emploi de la méthode de l'erreur maximale. Il faut aussi dire que, bien que le synopsis de l'évaluation collective du CEE¹⁴ dise que « la spécification demandait des valeurs absolues d'erreur » [traduction], la discussion dans le synopsis semble indiquer que, d'après les évaluateurs, ce n'était pas nécessairement une conformité à 100 p. 100 (méthode de l'erreur maximale) qui était exigée, mais simplement que la soumission de Northrop s'écartait trop de cet état intégral de conformité. Le Tribunal est d'avis que, si l'équipe d'évaluation avait considéré que la méthode d'erreur maximale s'imposait, le synopsis aurait précisé que l'évaluateur ayant d'abord accepté l'autoévaluation de Northrop avait fait une erreur en n'appliquant pas la méthode de l'erreur maximale et aurait rejeté la possibilité d'une conformité à moins de 100 p. 100.

65. Étant donné les indications précédentes selon lesquelles les évaluateurs techniques n'ont pas considéré que la DP exige la méthode de l'erreur maximale, le Tribunal conclut que la DP peut raisonnablement s'interpréter comme Northrop l'a fait et que TPSGC a appliqué une exigence qui n'était pas exigée dans la DP. Par conséquent, la DP n'a pas clairement énoncé les exigences du marché public, tel que prescrit au paragraphe 506(6) de l'ACI.

14. RIF, pièce confidentielle 10.

Critère coté R39

66. Le critère coté R39 de la DP se lit ainsi :

Exigence n°	EXIGENCES	Méthode d'attribution des cotes
Critères d'interface MLVS		
R39	Le logiciel CIMP devrait être chargeable en nacelle à l'aide du MLVS (<i>Memory Loader Verifier System</i>) et par le raccordement standard du logement du train avant et l'ordinateur de mission.	Oui; (10 pts) Non; (0 pts)

[Traduction]

67. TPSGC a allégué que l'article 5.2.2.2 du plan d'évaluation exige des soumissionnaires de « démontrer la conformité et la capacité de répondre » [traduction] aux exigences cotées. C'était là un critère réussite/échec où le soumissionnaire recevait 10 points si le logiciel CIMP était chargeable comme on l'indiquait et n'obtenait aucun point dans le cas contraire. Selon TPSGC, la déclaration de conformité de Northrop, qui se trouve dans son autoévaluation, parlait d'une capacité *future*, plutôt qu'une capacité *actuelle*, c.-à-d. la proposition de Northrop disait que : « le logiciel sera chargeable » [traduction]. TPSGC a allégué que les évaluateurs ont fait preuve de cohérence et ont attribué une cote nulle à au moins un autre soumissionnaire qui s'engageait à intégrer le MLVS dans l'avenir.

68. Northrop a allégué que, dans son autoévaluation, elle s'exprimait sans équivoque sur son produit en disant qu'il « serait chargeable à l'aide du MLVS et par le raccordement du logement du train avant et l'ordinateur de mission » [traduction] et que, de ce fait, elle aurait dû recevoir tous les points. Elle a maintenu que tous les évaluateurs avaient ignoré cette déclaration et semblaient avoir voulu trouver une autre déclaration de conformité ailleurs dans sa soumission. Elle a allégué qu'elle avait utilisé le futur dans sa réponse, c.-à-d. « *will be* » (sera), parce que ce temps était indiqué en fonction de la formule de l'exigence énoncée par TPSGC, c.-à-d. « *should be* » (devrait être).

69. Lockheed a appuyé l'exposé de TPSGC sur cet aspect particulier de la plainte. Elle a aussi fait valoir que, si le Tribunal concluait que la réponse de Northrop au critère coté R39 devait être réévaluée, il devrait en être de même de sa propre réponse au critère coté R39.

70. Le Tribunal fait observer que l'article 5.2.2.2 du plan d'évaluation exigeait des soumissionnaires qu'ils produisent « des données suffisantes pour **démontrer la conformité** et la **capacité** de répondre à toutes les exigences cotées » [traduction]. La simple déclaration de conformité fournie par Northrop n'indique en rien si son logiciel était chargeable par le raccordement du logement de train au moment de la clôture des soumissions ou si tel serait le cas dans l'avenir. Northrop n'a pas porté à l'attention du Tribunal quelque renseignement que ce soit dans sa soumission au sujet de telles lacunes à combler. Le Tribunal note que les évaluateurs, lors de leur évaluation, ont uniquement pu trouver des renseignements qui semblaient indiquer que Northrop satisferait à cette exigence seulement plus tard¹⁵.

71. Par conséquent, le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas conclu à tort que Northrop n'avait pas fourni de données suffisantes pour démontrer qu'elle se conformait à ce critère. Le Tribunal conclut donc que ce motif de plainte n'est pas fondé.

15. *Ibid.*

Mesure corrective

72. Ayant conclu que la plainte est fondée en partie, le Tribunal doit maintenant recommander un moyen convenable de réparer le préjudice causé à Northrop par les lacunes de la procédure d'évaluation.

73. À cet égard, le Tribunal est assujéti au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE* qui se lit ainsi :

(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.

74. Le Tribunal considère qu'il y a une grave lacune dans la procédure de passation d'un marché public là où la proposition d'un fournisseur n'est pas évaluée selon les modalités de la DP. Le Tribunal conclut que, en l'occurrence, ce qu'a fait TPSGC risquait d'être préjudiciable à toutes les parties intéressées, à tel point que le contrat aurait pu être adjugé à une société qui n'était pas le soumissionnaire classé au premier rang compte tenu des modalités de la DP sur lesquelles les soumissionnaires ont fondé leur proposition. Un tel comportement ne peut que faire hésiter les soumissionnaires à répondre à de futures invitations. Le Tribunal conclut que, par son comportement, TPSGC a compromis l'intégrité et l'efficacité du régime des marchés publics tout entier. Il n'y a aucun élément de preuve, cependant, qui porterait à conclure que TPSGC n'agissait pas de bonne foi, et le Tribunal fait remarquer que TPSGC a toujours agi de la même manière dans son évaluation, c'est-à-dire que tous les soumissionnaires ont été touchés de la même façon. Rien n'indique que TPSGC a avantagé un soumissionnaire ou n'a pas évalué un soumissionnaire quelconque de la même manière que les autres. Comme le marché n'a été conclu que récemment et que l'on peut croire qu'on n'a pas encore commencé à livrer le produit visé, le Tribunal est d'avis que la mesure corrective la plus raisonnable consiste à réévaluer les aspects incriminés de toutes les propositions.

75. Le Tribunal convient avec TPSGC dans son RIF que « la meilleure mesure corrective est de recommander une réévaluation des propositions concurrentes » [traduction]. Le Tribunal note que TPSGC a évalué uniformément les critères cotés R13 et R44 pour tous les soumissionnaires et que, par conséquent, ses erreurs d'évaluation auraient pu avoir une incidence sur toutes les cotes des soumissionnaires. Le marché pourrait donc avoir été adjugé au mauvais soumissionnaire, et on ne sait au juste lequel des trois soumissionnaires aurait été gagnant si les trois propositions avaient été évaluées comme il se doit. Le Tribunal recommande donc que, dans les 30 jours suivant la publication de sa décision, TPSGC réévalue les parties des propositions qui se rapportent aux critères cotés R13 et R44, pour les trois soumissionnaires, selon les indications suivantes :

- Critère coté R13 — que TPSGC permette l'utilisation de l'ÉMQ et de toute autre définition techniquement justifiable du terme « erreur »;
- Critère coté R44 — que TPSGC accorde des points, selon l'article 5.2.11.2, seulement aux *charges externes* qui étaient approuvées ou certifiées avant la clôture des soumissions et à l'égard desquelles une documentation suffisante était fournie aux termes mêmes du plan d'évaluation.

76. Le Tribunal accorde à Northrop le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*) et est d'avis que la complexité de la présente affaire correspond au degré moyen de complexité prévu à l'annexe A (degré 2). La *Ligne directrice* fonde l'évaluation du degré de complexité sur trois critères : la complexité du marché public, la

complexité de la plainte et la complexité de la procédure. La complexité du marché public était grande, car celui-ci portait sur un produit complexe avec des activités d'installation et d'entretien. La complexité de la plainte était moyenne, car il y avait des ambiguïtés dans le cahier des charges. Enfin, la complexité de la procédure était moyenne, étant donné qu'il y avait une requête, deux parties intervenantes, une absence d'audiences publiques et un délai de 135 jours; de plus, les parties ont eu la permission de déposer des renseignements hors de la portée normale de la procédure. Par conséquent, conformément à la *Ligne directrice*, l'indication provisoire donnée par le Tribunal eu égard au montant de l'indemnisation est de 2 400 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

78. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC, dans les 30 jours de la date de publication de la présente décision, réévalue les propositions des trois soumissionnaires en ce qui concerne les critères cotés R13 et R44 de la DP. Le Tribunal recommande en outre que, aux termes du plan d'évaluation : 1) en ce qui concerne le critère coté R13, TPSGC permette l'utilisation du terme « écart moyen quadratique » et de toute autre définition techniquement justifiable du terme « erreur »; 2) en ce qui concerne le critère coté R44, que TPSGC accorde des points seulement aux charges externes qui étaient approuvées ou certifiées avant la clôture des soumissions et à l'égard desquelles une documentation suffisante était fournie. Si cette réévaluation entraîne la désignation d'un soumissionnaire retenu différent, le contrat existant devrait être annulé et adjugé à ce soumissionnaire.

79. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Northrop le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte, ces frais devant être payés par TPSGC. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 2 400 \$. 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 l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant final de l'indemnisation.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Serge Fréchette

Serge Fréchette

Membre