



Ottawa, le mercredi 14 avril 1999

Dossier n° : PR-98-038

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société MIL Systems aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

Conformément aux paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux mette fin au contrat adjugé à la société Fleet Technology Limited et l'attribue plutôt à la société MIL Systems.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à la société MIL Systems le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte.

Raynald Guay

Raynald Guay

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 14 avril 1999

Membre du Tribunal : Raynald Guay

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Gerry Stobo

Plaignante : MIL Systems

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le mercredi 14 avril 1999

Dossier n° : PR-98-038

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société MIL Systems aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTE

Le 5 janvier 1999, la société MIL Systems (MIL) 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 Loi sur le TCCE) à l'égard du marché public (numéro d'invitation W8472-8-0003/B) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) pour la fourniture d'une étude de concepts en matière de capacité de transport maritime et de logistique sur mer (CTMLM) pour le ministère de la Défense nationale (MDN).

MIL a allégué que, contrairement aux dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*² (l'ACI), le Ministère a commis, lorsqu'il a évalué la proposition de MIL, une erreur en appliquant les critères d'évaluation énoncés dans la demande de propositions (DP). Plus précisément, MIL a fait opposition aux points déduits par le Ministère et le MDN dans les sections « Capacité d'exécution du travail » et « Livraison et calendrier » du sous-contractant. MIL a demandé, à titre de mesure corrective, que le contrat adjugé à la société Fleet Technology Limited (FTL) soit attribué à MIL.

Le 8 janvier 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque celle-ci remplissait les conditions d'enquête énoncées dans l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³ (le Règlement). Le 5 février 1999, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (le RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴. Le 22 février 1999, MIL a déposé ses observations préliminaires sur le RIF et, le 5 mars 1999, elle a déposé ses dernières observations. Le même jour, le Tribunal a écrit au Ministère pour demander des renseignements supplémentaires sur trois questions se rapportant aux critères d'évaluation contenus dans la DP et à l'évaluation des propositions de MIL et de FTL. Le 10 mars 1999, le Ministère a répondu à la lettre du Tribunal du 5 mars 1999, et MIL a déposé ses observations en réponse le 15 mars 1999.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Signé à Ottawa (Ontario) le 8 juillet 1994.
3. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.
4. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.

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

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 24 août 1998, le Ministère a reçu du MDN une demande pour la fourniture d'une étude de concepts en matière de CTMLM. Cette étude visait à déterminer les capacités, les coûts et les risques relatifs d'une gamme d'options de modèles de navires servant au ravitaillement en carburant et en matériel des navires du MDN qui sont en mer, ainsi que les fonctions de ravitaillement par bateau et les fonctions de soutien à terre des forces interarmées.

Le 27 août 1998, le Ministère a diffusé une lettre d'intérêt sur le service électronique d'appel d'offres canadien (MERX) pour la demande, qui a été décrite en détail dans une DP, la date de clôture étant le 14 octobre 1998, date qui a par la suite été reportée au 16 octobre 1998.

La lettre d'intérêt, un avis à titre d'information seulement, contenait ce qui suit sous la rubrique « Activités et dates d'achat » :

Date de diffusion de la demande de propositions : le 2 septembre 1998;
Date limite de présentation des soumissions : le 14 octobre 1998;
Date estimative d'adjudication du contrat : le 28 octobre 1998.

Les propositions ont été évaluées en deux étapes conformément aux critères d'évaluation préétablis énoncés à la section 10 de la DP. Les propositions ont d'abord été évaluées en fonction de la conformité aux exigences obligatoires. À la deuxième étape, les propositions ont été évaluées selon les critères à cotation numérique.

La section 07 de la DP, « Calendrier des produits à livrer et coûts », énumérait les produits à livrer et précisait que les dates de livraison correspondaient au nombre de semaines « après l'adjudication du contrat » [traduction]. Il était en outre précisé que la livraison exigée des différents produits se faisait à 20 ou à 68 semaines, ce qui a été modifié par la suite pour devenir « en deçà de 20 ou 68 semaines » [traduction]. Chaque élément à être livré comportait la note suivante : « (voir NOTE 2 ci-dessous) [...] Le soumissionnaire déterminera **lequel des concepts du design** sera livré dans un délai de 20 semaines suivant l'adjudication du contrat » [traduction].

La section 09 de la DP, « Calendrier de paiement par étapes » se lisait notamment comme suit : « Les paiements seront fondés sur les étapes franchises et aux pourcentages établis ci-dessous, sous réserve de la négociation et de l'accord finals » [traduction]. (Soulignement ajouté)

La section 10 de la DP, « Évaluation », se lisait, notamment, comme suit :

Pour être considérée comme recevable, une soumission doit :

- a) satisfaire à toutes les conditions obligatoires du présent appel d'offres et les soumissionnaires indiqueront qu'ils ont satisfait à toutes les conditions obligatoires en remplissant le tableau ci-dessous :

- b) obtenir au minimum 60 p. 100 de l'ensemble des points pour les critères d'évaluation fournis dans le tableau ci-dessous :

Les soumissions qui ne répondent pas aux conditions a) ou b) ci-dessous ne seront pas retenues pour examen.

[Traduction]

La section 06, « Produits à livrer et prix », de la partie 2 de la DP, « Contrat *pro forma* », se lit, notamment, comme suit :

Les produits à livrer suivants sont accompagnés d'une indication du nombre de semaines depuis l'adjudication du contrat et seront livrés à la date applicable conformément à ce qui suit.

[Traduction]

La catégorie « Livraison et calendrier » était une exigence cotée; 100 points au maximum lui étaient attribués et son facteur de pondération était de 0,15. La DP mentionnait que la proposition recevable ayant le plus grand nombre de points de la cotation numérique serait recommandée pour l'adjudication du contrat, à condition que le prix total ne dépasse pas la limite financière de 270 000 \$.

Le paragraphe 9, « Effort financier », de l'« Énoncé de travail du MDN — annexe "01" » prévoyait que les fonds nécessaires au paiement de l'étude de concepts seraient répartis sur deux exercices, c'est-à-dire 90 000 \$ en 1998-1999 et 180 000 \$ en 1999-2000.

Le paragraphe 10, « Calendrier », de l'« Énoncé de travail du MDN — annexe "01" » prévoyait ce qui suit :

Cette étude doit être terminée avant le 31 mars 2000. Le calendrier proposé doit correspondre à l'étalement des fonds noté ci-dessus. Il est hautement souhaitable que l'élaboration d'un des concepts soit terminée d'ici le 31 mars 1999.

[Traduction]

L'« Énoncé de travail — annexe D, Évaluation de la proposition (technique et gestion) », donnait en détail les conditions qui seraient considérées comme obligatoires et celles qui seraient soumises à une cotation numérique. Le paragraphe 21, « Livraison et calendrier (100 points) », mentionnait ce qui suit :

Élaborer et établir les différentes étapes du projet. Déterminer le contenu et l'échéancier des produits à livrer ainsi que les réunions d'avancement, etc. En particulier, déterminer le travail devant être accompli avant l'étape du rapport intermédiaire (c.-à-d. mars 1999). L'étalement du financement, pour ce projet, exige que deux des concepts soient terminés avant l'étape du rapport intermédiaire.

[Traduction]

Le 14 octobre 1998, le Ministère a fait parvenir à tous les soumissionnaires intéressés une copie de toutes les questions présentées et des réponses données à propos des documents d'invitation à soumissionner. La réponse à la question 15 indiquait que, contrairement à la condition mentionnée au paragraphe 21 cité ci-dessus, l'achèvement de seulement « un des concepts » [traduction] était exigée. La réponse à la question 25 fournissait le même éclaircissement en ce qui concerne le paragraphe 21. La réponse à la question 35, pour sa part, établissait clairement qu'aucun point supplémentaire ne serait donné si

La figure 6-1, dont MIL dit dans sa proposition qu'elle donne les dates de toutes les livraisons, montre que la date de livraison du rapport final pour le nouveau modèle CTMLM est le 1^{er} avril 1999 et que la date de l'étape n^o 4 est le 6 avril 1999.

Le 16 novembre 1998, le Ministère a écrit à FTL pour lui demander des éclaircissements :

L'article 3.1 [de la proposition de FTL] indique ce qui suit : « [...] Par conséquent, à la fin de la première étape (mars 1999), un grand nombre de schémas préliminaires auront été élaborés et le rendement et les coûts auront fait l'objet d'une évaluation provisoire. À la fin de ce projet, le rendement et la définition des coûts auront été précisés pour le concept qui aura la préférence dans chacun des cinq domaines d'options ». Le tableau 5.7 montre que les concepts existants de RPA et de navires rouliers seront livrés après 20 semaines. Ces produits livrables comprendront-ils les concepts « préliminaires », comme l'indique le texte ci-dessus, où les concepts « détaillés » requis pour les produits livrables finals et que semble l'indiquer le tableau 5.7?

[Traduction]

Le même jour, FTL a répondu par écrit au Ministère, en partie, de la façon suivante : « Comme l'indique le tableau 5.7, FTL livrera les ensembles complets à la fois pour les RPA existants et pour les navires rouliers avant la semaine 20 » [traduction].

Selon le RIF, les évaluateurs ont décidé à l'unanimité d'attribuer à la proposition de MIL un score de 95 points sur un maximum de 100 points pour la catégorie « Livraison et calendrier » parce que MIL a précisé que les dates de livraison du rapport final pour le nouveau concept CTMLM seraient les 1^{er} et 6 avril 1999, alors que la date hautement souhaitable était le 31 mars 1999. Pour sa part, FTL a eu droit au maximum de 100 points pour cette catégorie.

À la suite du calcul du total des points pour chacun des critères pour toutes les propositions, le pointage total pour l'ensemble de propositions de FTL était de 93,5 et celui de la proposition de MIL était de 92,9. Le 19 novembre 1998, un contrat a été adjugé à FTL.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

En ce qui a trait à l'évaluation de la catégorie « Livraison et calendrier », le Ministère a soutenu que, cette catégorie étant une exigence cotée, il incombait à MIL de préparer une proposition qui répondait totalement aux conditions techniques afin d'obtenir le plus haut score. Le Ministère a de plus fait valoir que les membres de l'équipe d'évaluation avaient évalué la proposition de MIL en se fondant sur tous les renseignements fournis dans la proposition. Bien que MIL ait indiqué dans son exposé, à la section « 6.0 Livraison et calendrier » de sa proposition, que le nouveau concept multifonctionnel (CTMLM) serait terminé pour mars 1999, le Ministère a soutenu que les évaluateurs avaient eu raison de tenir compte des dates de livraison précisément mentionnées (en avril 1999) dans la figure 6-1 de la proposition de MIL.

Le Ministère a soutenu que l'engagement de MIL à livrer une version préliminaire du rapport final pour le nouveau concept CTMLM le 11 mars 1999 ne satisfait pas complètement à la condition hautement souhaitable de la livraison totale du concept avant le 31 mars 1999.

Le Ministère a de plus fait valoir qu'aucun éclaircissement n'avait été demandé à MIL parce que la figure 6.1 de sa proposition indiquait clairement que seul un rapport préliminaire serait livré avant le 31 mars 1999, et serait suivi par l'examen, le commentaire et la livraison d'un concept CTMLM final au moment de l'étape n° 4 en avril 1999. Les évaluateurs ont décidé à l'unanimité qu'il n'avait pas d'ambiguïté sur ce point et, par conséquent, qu'il n'était pas nécessaire de demander des éclaircissements.

En conclusion, le Ministère a soutenu que, si le Tribunal est convaincu qu'un examen approfondi de la proposition de MIL a été fait d'une manière équitable quant à la procédure, le Tribunal doit s'en remettre au jugement de l'équipe d'évaluateurs pour les pointages particuliers⁵.

En réponse aux questions du Tribunal du 5 mars 1999, le Ministère a fait valoir que la livraison avant le 31 mars 1999 d'un concept terminé était nécessaire pour que le paiement soit versé à l'entrepreneur conformément à l'étalement du financement de ce contrat. Le Ministère a soutenu que terminer un concept sans livrer ce produit fini à la Couronne rend la Couronne incapable de déterminer si l'entrepreneur a respecté ses obligations en vertu du contrat. En même temps, il n'existe pas pour la Couronne d'obligation de paiement à moins que l'entrepreneur n'ait présenté et accepté un modèle de concept complet à l'étape du rapport intermédiaire ainsi qu'à l'étape du rapport final.

Le Ministère a également soutenu que la livraison d'un « rapport provisoire » pour observations, comme l'envisage MIL dans sa proposition, ne constitue pas un achèvement, c.-à-d. « [l]a fin ou l'accomplissement en entier de quelque chose qui a été commencé⁶ » [traduction].

Le Ministère a de plus fait valoir que, pour ce qui est de l'évaluation, la date prévue de l'adjudication du contrat dans la lettre d'intention était la date à partir de laquelle le calcul des dates de livraison à 20 semaines et à 68 semaines était effectué en vertu de la DP. Aucune modification de cette date d'adjudication prévue n'a jamais été faite avant la date de clôture pour la réception des propositions et le 17 mars 1999 se trouve 20 semaines après la date prévue de l'adjudication du contrat, soit le 28 octobre 1998.

Finalement, le Ministère a contesté l'opinion de MIL contenue dans sa réponse au RIF à propos de l'objectivité du processus d'évaluation. La réunion de résolution dont il est question au paragraphe 13 du RIF est une technique d'évaluation de gestion de projets, connue sous le nom de méthode Delphi, grâce à laquelle tous comprennent les propositions pareillement et l'évaluation se fait en pleine connaissance de cause.

Position de MIL

MIL a soutenu que l'équipe d'évaluateurs n'a pas tenu compte d'éléments de sa proposition tout particulièrement pertinents pour l'évaluation des propositions, mais a plutôt tenu compte d'indicateurs qui ne correspondaient pas aux conditions de la DP. MIL a soutenu que, pour cette raison, sa proposition avait été soumise à une norme plus élevée que celle que la DP exigeait, et que la même norme n'avait pas été appliquée à la proposition de FTL.

5. Voir *Mirtech International Security Inc.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-96-036, *Décision du Tribunal*, le 3 juin 1997.

6. *Black's Law Dictionary*, 5^e édition, Minnesota, West Publishing, 1979 à la p. 258.

De plus, MIL a soutenu que FTL a eu l'occasion de corriger, dans sa réponse à une question de clarification, sa réponse à une condition obligatoire par ailleurs non conforme. Il n'a cependant pas été demandé à MIL de clarifier une condition non obligatoire considérée comme peu claire — bien que, selon MIL, ce manque de clarté n'existe pas — étant donné qu'il s'agissait de terminer un concept et non de livrer un rapport.

MIL a fait valoir que, dans le processus d'évaluation employé par le gouvernement, les évaluateurs n'étaient pas indépendants et qu'il était possible que chacun d'eux modifie au cours de discussions avec les autres le pointage qu'il accorde, au lieu que la moyenne soit faite, comme le laisse fortement supposer la structure du mécanisme d'évaluation dans la DP. MIL a soutenu que cela va bien au-delà de la prise en compte de renseignements supplémentaires obtenus à la suite de questions de clarification, comme le prévoit la DP et compromet l'impartialité de l'évaluation, surtout dans le cas d'un appel d'offre défini comme la « meilleure possibilité compte tenu des fonds disponibles » où il n'y a pas de concurrence quant aux prix.

MIL a soutenu que l'évaluation de sa proposition avait été gravement viciée et que pour cette raison un contrat avait été adjugé à FTL. MIL a soutenu que le Tribunal ne devrait pas s'en remettre au jugement, tel qu'il se manifeste par le pointage coté, de l'équipe d'évaluation sur la question particulière de la « Livraison et calendrier ».

En ce qui a trait à l'étape n° 4 et à la date qui lui est associée, soit le 6 avril 1999, MIL a soutenu que le terme « *milestone* » (« étape ») a une signification très précise dans la DP et se rapporte aux conditions de paiement plutôt qu'à la livraison et au calendrier. MIL a soutenu de plus que l'étape n° 4 est un repère pour le paiement qui couvre diverses tâches et que, dans ces circonstances, une date repère s'articule autour de l'achèvement de la dernière de ces tâches. En ce sens, la date repère n'indique pas, en elle-même, à quel moment une des composantes sera terminée. MIL a de plus soutenu, à ce sujet, que la DP, « Énoncé de travail du MDN-01 » et « Énoncé de travail - Annexe D » tels qu'ils ont été modifiés, contenait deux mentions exigeant qu'un des concepts soit **terminé** avant la fin de mars 1999, mais sans faire mention d'une date de livraison ou du fait que la condition d'achèvement dépendait de la date d'adjudication du contrat.

MIL s'est objectée à l'assertion du Ministère dans le RIF selon laquelle FTL a clairement indiqué à la rubrique 5.7 de sa proposition que deux concepts seraient terminés avant le 31 mars 1999. MIL a soutenu, en fait, que, étant donné que la question de clarification adressée à FTL et la réponse sont toutes deux datées du 16 novembre 1998, et étant donné que tout ce à quoi FTL s'est engagée dans sa réponse, c'était de « livrer des ensembles complets pour le concept RPA existant et le concept de navires rouliers avant la semaine 20 » [traduction] après l'adjudication du contrat, la seule assurance que le gouvernement avait était que, si un contrat était adjugé le lendemain, un ensemble complet serait livré avant le 6 avril 1999, c'est-à-dire 20 semaines après le 17 novembre 1998.

MIL a fait valoir qu'il n'y avait pas dans la DP de conditions, obligatoires ou autres, de livraison de quoi que ce soit avant le 31 mars 1999. MIL a soutenu que les livraisons sont toutes conformes à la section 07 de la DP, qui précise tout en fonction du nombre de semaines après l'adjudication du contrat. Il y est précisé qu'il est hautement souhaitable qu'une étude de concept soit terminée, mais pas nécessairement livrée, avant une certaine date, c.-à-d. le 31 mars 1999.

MIL a soutenu que, en réponse à cette unique condition, elle a garanti sans équivoque, dans sa proposition⁷, que le nouveau modèle CTMLM multifonctionnel serait terminé avant le 31 mars 1999. Étant

7. Proposition de MIL, section 6.0, « Livraison et calendrier ».

donné l'absence dans la DP d'une définition de ce que « terminé » signifie, MIL a déclaré que la garantie contenue dans sa proposition, à cet égard, existe par elle-même. MIL a soutenu que cette garantie est, de plus, soutenue par l'engagement que prend MIL dans sa proposition de présenter le rapport provisoire pour le nouveau modèle CTMLM au MDN pour qu'il le commente, avant la mi-mars 1999.

En résumé, MIL a fait valoir que l'évaluation de sa proposition n'avait pas été juste et uniforme. Un critère plus exigeant que les conditions de la DP (livré c. terminé) a été utilisé par les évaluateurs pour sa proposition et MIL n'a pu donner un éclaircissement simple sur une différence apparente entre deux déclarations contenues dans sa proposition. Cependant, selon MIL, FTL n'a pas réussi à fournir la preuve de l'observation d'une condition obligatoire, c.-à-d. la livraison. Malgré cela, FTL a eu l'occasion de modifier une déclaration directe de sa proposition. De plus, FTL a obtenu le maximum de 100 points pour la « Livraison et calendrier » alors qu'elle s'est engagée à terminer un seul concept avant le 31 mars 1999. MIL a soutenu que ces divergences ne sont pas insignifiantes et appuient sa position selon laquelle sa proposition n'a pas été évaluée conformément aux dispositions du paragraphe 506(6) de l'ACI. MIL a soutenu qu'elle a clairement gagné cet appel d'offres et que le contrat n'a été adjugé à FTL que parce que les critères d'évaluation n'ont pas été appliqués de manière juste et uniforme.

Dans ses observations du 10 mars 1999 relatives à la réponse du Ministère, MIL a soutenu qu'il n'y avait pas de conditions repères ou de préalables dans la DP et que, si la Couronne voulait que le concept terminé soit livré avant le 31 mars 1999, afin que le 90 000 \$ de l'exercice 1988-1999 soit payé, cette intention n'a jamais été explicitement ou implicitement déclarée.

MIL a soutenu que la définition du mot « achèvement » proposée par le Ministère est satisfaisante dans le contexte de cette discussion. MIL a toutefois fait valoir qu'en l'absence de conditions contradictoires précises, c'est l'évaluation faite par le fournisseur de services du moment où quelque chose est terminé ou a été complètement achevé qui doit l'emporter, parce que c'est lui qui produit les produits à livrer.

À propos de la déclaration du Ministère à l'effet que « [t]erminer un concept sans livrer ce produit à la Couronne [...] rend la Couronne incapable de déterminer si l'entrepreneur a respecté ses obligations en vertu du contrat » [traduction], MIL a fait remarquer que terminer une étude de concept avant le 31 mars 1999 n'était qu'une condition hautement souhaitable de la DP, non une condition obligatoire. Par conséquent, une telle demande n'implique qu'un engagement de bonne foi de la part de l'entrepreneur à respecter un but très général. MIL a ajouté que non seulement le Ministère faisait erreur en disant que la DP contenait une condition relative à la livraison avant le 31 mars 1999 d'un concept terminé, mais que cette erreur était maintenant aggravée par la déclaration du Ministère à l'effet qu'un concept devait être livré et avoir été accepté à cette date.

De plus, MIL a soutenu que la lettre d'intention n'avait pas de statut dans cet appel d'offres. La DP n'en fait pas mention, il n'en a pas été fait mention lorsque la date de clôture pour la réception des propositions a été modifiée et, dans ses termes mêmes, cette lettre n'est qu'un document d'information. La DP ne précise pas de date d'adjudication du contrat et MIL a soutenu que l'utilisation dans le processus d'évaluation d'une date contenue dans un document qui a été placé à l'extérieur de la documentation de l'appel d'offres est inappropriée.

Sur la question de l'évaluation de la proposition de FTL, MIL a fait valoir que la seule manière dont la réponse de FTL à la question de clarification du Ministère du 16 novembre 1998 pouvait convaincre les évaluateurs que la livraison des concepts terminés respectait totalement les conditions de la DP était de ne pas tenir compte du fait que la réponse confirmait la livraison à 20 semaines après le 16 novembre 1998.

Enfin, MIL a soutenu que le fait maintenant connu que la lettre d'intention avait été utilisée dans le processus d'évaluation donnait plus de poids à la position de MIL selon laquelle non seulement sa proposition avait été injustement pénalisée, mais aussi que la proposition de FTL avait obtenu des points qu'elle ne méritait de toute évidence pas.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal est tenu, lorsqu'il a décidé d'enquêter, de limiter son étude à l'objet de la plainte. De plus, à la fin de cette enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction du respect des critères et des procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du Règlement prévoit en outre, notamment, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément à l'ACI.

L'article 501 de l'ACI se lit, en partie, comme suit : « le présent chapitre vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics ».

Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit, notamment, 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 ».

Le Tribunal déterminera si le Ministère, en évaluant les propositions de MIL et de FTL, a appliqué correctement les critères d'évaluation établis dans la DP, particulièrement ceux qui concernent la « Livraison et calendrier », et si le Ministère a appliqué ces critères de manière uniforme aux propositions de MIL et de FTL.

Le Tribunal est d'avis que la DP indiquait clairement qu'il était hautement souhaitable qu'une des études de concept soit terminée avant le 31 mars 1999. La DP indiquait également clairement que les dates de livraison seraient calculées en « nombre de semaines à partir de l'adjudication du contrat » [traduction]. Bien que ces références à des dates auxquelles une étude de concept devait être terminée n'étaient pas contradictoires, elles ne concordaient pas nécessairement. Le Ministère semble avoir confondu la date prévue de l'adjudication du contrat et des considérations relatives à l'exercice. Malheureusement, étant donné la date réelle d'adjudication du contrat, ces dates n'étaient pas les mêmes.

Le Tribunal est convaincu que les « étapes » de la DP se rapportent surtout aux dates de paiement⁸, non aux dates de livraison ou de fin de l'étude et que, par conséquent, le Ministère et le MDN ne pouvaient pas se fier à la date de l'étape n° 4 pour déterminer quand MIL terminerait l'étude du concept CTMLM. Le Tribunal note de plus que la DP n'établit pas de date pour l'adjudication du contrat, que ce soit une date prévue ou une date ferme. Le Tribunal est d'avis que la date prévue de l'adjudication du contrat qui est énoncée dans la lettre d'intention, soit le 28 octobre 1998, n'a jamais été importée dans les documents de l'appel d'offres et que, par conséquent, le Ministère ne pouvait pas s'y fier pour l'évaluation des propositions. Ce n'est que si la date du contrat avait été le 28 octobre 1998, ou avant, que la période de 20 semaines se serait terminée avant le 31 mars 1999 et que le premier rapport aurait dû être terminé avant cette date. Le 28 octobre 1998 n'était, dans les termes de la lettre d'intention, qu'une estimation pour information.

8. DP, section 09.

Le Tribunal est convaincu que MIL, dans sa proposition et en accord avec les termes de la DP, s'est engagée à terminer une étude conceptuelle avant le 31 mars 1999⁹. De plus, le Tribunal est d'avis que FTL dans sa proposition, contrairement à la conclusion du Ministère, ne s'engageait pas à terminer au moins une étude conceptuelle avant le 31 mars 1999. Il semble plutôt que FTL se soit engagée à « livrer des ensembles complets pour le concept RPA existant et le concept des navires rouliers avant la semaine 20¹⁰ » [traduction], ce qui se serait produit, au plus tôt, le ou vers le 8 avril 1999.

Malgré ces conclusions erronées sur la proposition de MIL et sur celle de FTL, le Ministère et le MDN ont enlevé cinq points d'évaluation à la proposition de MIL parce que MIL ne s'engageait pas à « livrer » une étude conceptuelle avant le 31 mars 1999, mais n'en ont pourtant déduit aucun de la proposition de FTL. Si ce n'avait été de cette déduction de la proposition de MIL, MIL aurait reçu le plus grand nombre de points de l'évaluation. Compte tenu des conclusions ci-dessus, le Tribunal conclut que le Ministère a enlevé, à tort, cinq points d'évaluation à la proposition de MIL parce que MIL ne livrerait pas une étude conceptuelle avant le 31 mars 1999. Le Tribunal est d'avis que cette condition n'était pas énoncée dans la DP.

Le Tribunal conclut également que FTL ne s'est engagée qu'à livrer les études de concept dans les 20 semaines suivant l'adjudication du contrat, ce qui se serait produit au plus tôt après le 31 mars 1999. Le Ministère semble s'être fié à la date prévue d'adjudication du contrat qui se trouve dans la lettre d'intention dont, comme cela a déjà été mentionné, il ne peut pas être dit qu'elle est indiquée dans la DP de quelque façon que ce soit.

Le Tribunal conclut, par conséquent, que, contrairement aux dispositions du paragraphe 506(6) de l'ACI, le Ministère a pénalisé, à tort, la proposition de MIL au moment de l'évaluation en lui appliquant un critère d'évaluation qui ne se trouvait pas dans la DP et que le Ministère a aussi omis d'appliquer un critère d'évaluation énoncé dans la DP en évaluant la proposition de FTL. La plainte est, par conséquent, fondée.

Dans l'examen qu'il a fait des mesures correctives appropriées à la présente cause, le Tribunal remarque que, toutes choses étant par ailleurs égales, si le Ministère avait évalué les propositions de MIL et de FTL de manière uniforme et conformément à la DP en ce qui a trait à la catégorie « Livraison et calendrier », MIL aurait obtenu plus de points d'évaluation que FTL et le contrat lui aurait donc été adjugé. Une mesure corrective possible, dans ces circonstances, serait de recommander que MIL termine le travail commencé par FTL. C'est-à-dire que le Tribunal pourrait recommander que le contrat relatif au travail à faire pendant l'exercice 1999-2000 soit donné à MIL. Il semble toutefois au Tribunal que les études de concepts envisagées par le MDN sont étroitement interreliées. Il n'est, par conséquent, pas possible d'adjuger à MIL une partie seulement du travail qui devait être réalisé pendant l'exercice 1999-2000. Il semble au Tribunal que, pour réaliser convenablement ces études, MIL aura besoin de prendre appui sur du travail réalisé pendant la première phase de ce projet. Le Tribunal, prenant en compte le fait que l'exigence relative à l'achèvement d'une étude conceptuelle avant le 31 mars 1999 n'était pas une condition obligatoire de la DP, mais seulement une condition hautement souhaitable, et considérant de plus que MIL pense toujours pouvoir terminer l'ensemble de la condition dans les délais énoncés dans la DP, recommandera que le Ministère mette fin au contrat adjugé à FTL et l'accorde plutôt à MIL. Le Tribunal sait qu'en raison de cette recommandation, les services de FTL se termineront alors que le contrat est en partie réalisé. Le Tribunal a cependant rarement vu auparavant une cause relative à un marché public où l'erreur faite par le Ministère avait des conséquences tellement évidentes. Si ce n'était de cette erreur, MIL exécuterait ce travail.

9. *Supra* note 7.

10. Proposition de FTL, tableau 5.7.

RECOMMANDATION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine, relativement à l'objet de la plainte, que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences énoncées dans l'ACI et que, par conséquent, la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le Ministère mette fin au contrat adjugé à FTL et l'attribue plutôt à MIL.

À la suite des observations récentes de la Cour fédérale¹¹ concernant la nature des recommandations faites par le Tribunal en vertu de sa compétence en matière de litiges relatifs aux soumissions, le Tribunal n'a pas à tenir compte des coûts relatifs aux occasions et aux profits perdus aux termes de l'article 30.15 de la Loi sur le TCCE. De plus, le Tribunal n'a pas, en raison de sa recommandation, à tenir compte des frais engagés pour la préparation de la soumission. Cependant, aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à MIL le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de sa plainte.

Raynald Guay

Raynald Guay

Membre

11. *Wang Canada Limited c. Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, dossier n° T-944-98, le 28 septembre 1998 (C.F.S.P.I.) et *Procureur général du Canada c. Symtron Systems Inc.*, dossier n° A-687-97, le 5 février 1999 (C.A.F.).