

Ottawa, le lundi 7 juin 1999

Dossier n° : PR-98-040

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Cougar Aviation Limited 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 n'est pas fondée.

Pierre Gosselin
Pierre Gosselin
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

Les raisons de la décision du Tribunal seront publiées à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 7 juin 1999
Date des motifs : Le 28 juin 1999

Membre du Tribunal : Pierre Gosselin

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Tamra Alexander

Partie plaignante : Cougar Aviation Limited

Avocats pour la partie plaignante : Richard A. Wagner
Sally Gomery

Partie intervenante : Provincial Airlines Limited

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le lundi 28 juin 1999

Dossier n° : PR-98-040

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Cougar Aviation Limited 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

PLAINTÉ

Le 22 janvier 1999, la société Cougar Aviation Limited (Cougar) 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 FP802-8-0015/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) concernant la fourniture de services de surveillance aérienne maritime² pour le ministère des Pêches et Océans (le MPO).

Cougar a allégué que le Ministère et le MPO n'ont pas passé le marché public en question en conformité avec les dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ (l'ALÉNA), de l'*Accord sur les marchés publics*⁴ (l'AMP) et de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁵ (l'ACI). Plus précisément, Cougar a soutenu que : 1) les critères d'adjudication du marché n'étaient pas entièrement énoncés dans la demande de propositions (la DP); 2) le Ministère n'a pas répondu promptement à des demandes raisonnables de renseignements au sujet de la DP; 3) le délai de présentation d'une réponse à la DP était déraisonnable, étant donné les modifications fondamentales apportées aux conditions et plus particulièrement par la modification n° 006 publiée le 30 septembre 1998, soit neuf jours seulement avant la date de limite de réception des soumissions, le 9 octobre 1998; 4) le Ministère a appliqué la procédure d'appel d'offres d'une manière discriminatoire qui a favorisé la société Provincial Airlines Limited (PAL), le titulaire antérieur et l'adjudicataire éventuel du marché; 5) l'évaluation des propositions faite par le Ministère et par le MPO était

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Les services comprennent des aéronefs convenables, des systèmes de surveillance aéroportés, la capacité de gestion de données et le soutien opérationnel pour fournir l'acquisition de l'objectif, l'identification du navire, la photographie, la navigation précise et la communication bilatérale voies et données avec les bases d'opérations du MPO à terre et en mer. Les services susmentionnés ont été fournis par la société Provincial Airlines Limited aux termes de deux marchés précédents adjugés en régime de concurrence, du 1^{er} avril 1990 au 31 mars 1994 et du 1^{er} juin 1994 au 31 mai 1999, puis d'une prolongation de marché jusqu'au 30 septembre 1999. Source : Rapport de l'institution fédérale.
3. Signé à Ottawa (Ontario) les 11 et 17 décembre 1992, à Mexico, D.F., les 14 et 17 décembre 1992 et à Washington, D.C., les 8 et 17 décembre 1992 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1994).
4. Signé à Marrakech le 15 avril 1994 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1996).
5. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

injuste ou donnait l'impression de l'existence d'injustice ou de partialité; 6) le marché n'a pas été passé conformément aux critères et aux exigences essentielles et obligatoires énoncés dans la DP.

Cougar a demandé, à titre de mesure corrective, que le marché adjugé à PAL soit résilié et soit plutôt adjugé à Cougar. Comme première solution de rechange, elle a demandé la résiliation du marché et le lancement d'un nouvel appel d'offres. Comme deuxième solution de rechange, Cougar a demandé que lui soit versée, et que soit versée aux autres membres de son entreprise en coparticipation, une indemnité en reconnaissance des profits perdus. De plus, Cougar a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés, et des frais qu'ont engagés les autres membres de son entreprise en coparticipation, pour la préparation d'une réponse à l'appel d'offres ainsi que le remboursement des frais qu'elle a engagés pour le traitement de la plainte.

Le 29 janvier 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisqu'elle remplissait les exigences énoncées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁶ (le Règlement). Le 17 février 1999, le Tribunal a autorisé PAL à intervenir dans l'affaire. Le 12 mars 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*⁷. Le 31 mars 1999, Cougar a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 20 avril 1999, PAL a déposé auprès du Tribunal ses observations concernant les observations de Cougar sur le RIF. Le 23 avril 1999, le Ministère a déposé des exposés additionnels auprès du Tribunal en réponse aux observations de Cougar datées du 31 mars 1999 et, le 4 mai 1999, Cougar a déposé ses observations en réponse.

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 4 mars 1998, le Ministère a reçu une demande du MPO portant sur l'acquisition de services de surveillance aérienne maritime. La demande d'achat prévoyait un financement au montant de 70 millions de dollars. Un avis de projet de marché (APM) pour l'invitation à soumissionner a été publié par l'intermédiaire du Service électronique d'appels d'offres canadien (MERX) le 20 avril 1998. Le 7 juillet 1998, une DP portant sur le besoin a été publiée. Le besoin a été défini comme relevant du numéro d'identification des biens et services V201A, soit « Transport de marchandises par aéronefs nolisés », et comme étant assujetti à l'ACI.

6. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.

7. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.

La DP modifiée⁸ comprend, notamment, ce qui suit :

APPENDICE « A »

ÉNONCÉ DE TRAVAIL

6.0 UTILISATION, CONDITIONS OPÉRATIONNELLES ET BASES D'OPÉRATIONS

- 6.1 Le MPO a besoin de l'accès exclusif à trois aéronefs pleinement configurés pour une utilisation d'une durée minimum de 3 000 heures « de vol » par année, pouvant atteindre la durée *estimative* de 5 000 heures « de vol » par année [...]
- 6.3 L'entrepreneur doit garantir que les aéronefs satisfont toutes les spécifications du rendement et du matériel du MPO énoncées à l'appendice « B ».
- 6.4 Deux aéronefs effectueront les tâches principales liées au service normal. Le troisième aéronef aura un rôle de réserve sauf si le MPO demande qu'il soit affecté au service normal pour des besoins opérationnels.
- 6.5 Un des aéronefs principaux sera basé à St. John's et le deuxième, à Halifax. Le troisième aéronef (de réserve) sera normalement basé à St. John's, mais pourra l'être ailleurs au Canada, au besoin.
- 6.6 L'entrepreneur doit garantir que chaque aéronef principal (configuré conformément à l'appendice « B ») sera disponible 365 jours par année, 24 heures par jour selon un avis de rappel de deux heures sauf durant les périodes de révision générale prévues, approuvées par le MPO.

8.0 RESPONSABILITÉS DE L'ENTREPRENEUR

- 8.1 L'entrepreneur doit fournir trois aéronefs pleinement configurés [...]
- 8.4 L'entrepreneur doit obtenir du ministère des Transports le certificat de navigabilité et toutes autres autorisations requises pour l'aéronef ou les systèmes de bord. Une copie du certificat de l'entrepreneur doit être fournie.
- 8.5 L'entrepreneur doit se conformer à toutes les dispositions de la *Loi sur les transports du Canada de 1996*, de la *Loi sur l'aéronautique* et des directives, ordonnances, règles ou règlements passés sous le régime desdites lois.

8. Six modifications ont été publiées durant la période de soumission pour apporter des éclaircissements ou modifier les termes de la DP et pour reporter la date limite de réception des soumissions. La modification n° 001, datée du 27 août 1998, comprend le procès-verbal de la réunion de soumissionnaires et reporte la date limite de réception des soumissions au 25 septembre 1998. La modification n° 002 est une modification administrative qui n'a pas été transmise aux soumissionnaires. La modification n° 003, datée du 2 septembre 1998, révisé l'annexe 1 de l'appendice « C » de la DP. La modification n° 004, datée du 18 septembre 1998, reporte la date limite de réception des soumissions au 2 octobre 1998. La modification n° 005, datée du 24 septembre 1998, reporte la date limite de réception des soumissions au 9 octobre 1998. La modification n° 006, datée du 30 septembre 1998, comprend, notamment, des renseignements sur la capacité de l'aéronef King Air 200 de satisfaire l'exigence portant sur la « vitesse de pointe » et des éclaircissements sur la définition de l'expression « aéronef configuré ».

APPENDICE « B »**SPÉCIFICATIONS DU MATÉRIEL/DU RENDEMENT**
EXIGENCES OBLIGATOIRES**2.6 Vitesse de pointe**

L'aéronef doit pouvoir se rendre à un point distant de 250 milles de la principale base d'opérations en moins d'une heure après le décollage. Ainsi, il pourra réagir rapidement à des violations présumées comme l'entrée illégale d'un navire étranger dans la zone économique exclusive canadienne (ZEE) et la pêche illégale dans la zone de contrôle de l'OTAN.

2.8 Capacité au décollage et à l'atterrissage

2.8.1 L'aéronef moyen-courrier configuré doit pouvoir atterrir et décoller sur une piste pavée d'une longueur de 2 800 pieds ou toute autre piste convenable.

2.9 Charge utile

2.9.1 L'aéronef configuré doit offrir suffisamment d'espace plancher, d'alimentation électrique et de capacité de charge utile, en poids, pour recevoir le système de surveillance aéroporté et un équipage complet (y compris le personnel du MPO) en vue de la tenue d'une patrouille de surveillance complète.

APPENDICE « C »**CRITÈRES D'ÉVALUATION**
ET
SÉLECTION DE L'ENTREPRENEUR**1.0 CRITÈRES D'ÉVALUATION**

Les propositions seront évaluées et cotées conformément aux critères énoncés dans le présent appendice. Les soumissionnaires doivent traiter des critères en question en détail et dans l'ordre établi aux articles 2.0 et 3.0 du présent appendice. Tout traitement incomplet d'un critère entraînera une évaluation de non-conformité à l'exigence obligatoire correspondante et une cote de zéro sera attribuée relativement à chaque critère ainsi non traité. Les propositions qui ne satisfont pas les exigences obligatoires ne feront l'objet d'aucune évaluation ultérieure et seront jugées irrecevables.

2.0 CRITÈRES OBLIGATOIRES**2.1 Certificat d'exploitation**

2.1.2 Conformité avec toutes les dispositions de la *Loi sur les transports du Canada de 1996*, de la *Loi sur l'aéronautique* et des directives, ordonnances, règles et règlements passés sous le régime desdites lois. Une preuve de la certification en ce sens doit être fournie.

2.3 Appendice « B »

Tous les critères de l'appendice « B » sont obligatoires.

[Traduction]

L'article 5.1 de l'appendice « C » prévoit que, pour être jugée recevable, une proposition doit : a) satisfaire toutes les exigences obligatoires de la DP; b) obtenir une cote de 70 p. 100 ou plus dans chacune des catégories cotées, selon l'annexe 1 de l'appendice « C ». Dans le cas des soumissionnaires dont la soumission est pleinement conforme à tous les critères obligatoires, des points supplémentaires devaient être

accordés pour les caractéristiques supplémentaires offertes par les soumissionnaires⁹ lorsqu'elles étaient jugées souhaitables et amélioreraient la prestation du service. La sélection de l'entrepreneur devait être fondée sur la meilleure valeur globale pour la Couronne en termes du mérite technique et des coûts, cette valeur devant être déterminée en divisant le total des coûts évalués, tels qu'ils étaient indiqués par les proposants à la rubrique « Principe de paiement », par le nombre total de points, de façon à établir le plus bas coût par point.

Le 5 août 1998, conformément à la DP, une réunion de soumissionnaires a eu lieu. Le 17 août 1998, Cougar a demandé le report de la date limite de réception des soumissions, puisque, à son avis, les réponses du Ministère et du MPO aux questions soulevées à la réunion de soumissionnaires avaient modifié de façon significative la DP originale.

Le 27 août 1998, le procès-verbal de la réunion de soumissionnaires a été publié avec la modification n° 001 de la DP. Le procès-verbal traite de 58 questions soulevées par les soumissionnaires et de 10 autres questions soumises au Ministère par des fournisseurs potentiels après la réunion, mais avant la publication du procès-verbal. À la suite des questions sur l'autonomie des aéronefs, le mécanisme de cotation de la DP a été révisé pour prévoir l'attribution de points supplémentaires en reconnaissance de la valeur supplémentaire d'un aéronef proposé doté d'une autonomie supplémentaire. La période de soumission a aussi été prolongée jusqu'au 25 septembre 1998.

Le procès-verbal de la réunion de soumissionnaires indique, notamment, ce qui suit :

Q4. Il a été demandé si les trois aéronefs sont présentement identiques aux termes du contrat en cours et si tous les aéronefs devront être identiques aux termes du contrat à venir à la suite de la présente DP.

R4. Non, les aéronefs utilisés dans le cadre du contrat en cours ne sont pas tous identiques. Oui, les trois aéronefs doivent être complètement configurés comme il est énoncé dans la DP relative au projet de contrat.

Q 16. [Article 2.0 de l'appendice « B » - Aéronef] La question est celle de savoir si le besoin se rapporte à des aéronefs plus gros que ceux qui sont présentement utilisés et si [...] l'expansion à venir des opérations fait qu'il y aurait avantage à disposer d'aéronefs plus gros.

9.

APPENDICE « B » - POINTS SUPPLÉMENTAIRES POUR CERTAINES CONDITIONS OBLIGATOIRES			
CATÉGORIE/ARTICLE (nombre maximum de points supplémentaires par catégorie ou par article)	DESCRIPTION	CRITÈRES D'OBTENTION DE POINTS SUPPLÉMENTAIRES, C.-À-D. VALEUR SUPPLÉMENTAIRE FOURNIE	POINTS SUPPLÉMENTAIRES POSSIBLES
Catégorie 2.0 - AÉRONEF (7,0 points maximum)			
Article 2.1 (4 points maximum)	Autonomie de l'aéronef - l'aéronef moyen-courrier doit être capable de compléter les missions d'une durée pouvant atteindre six heures, au niveau de la mer.	Autonomie de 8,0 heures ou plus. Autonomie de 7,5 à 8,0 heures. Autonomie de 7,0 à 7,5 heures. Autonomie de 6,5 à 7,0 heures.	4,0 3,0 2,0 1,0

R 16. La réponse est que le MPO ne prévoit pas recevoir un financement supplémentaire dans un avenir prévisible aux fins de surveillance aérienne et qu'aucune expansion n'est prévue. Les soumissionnaires doivent se reporter à la rubrique « Résumé de l'évaluation et de l'attribution des points », à l'annexe 1 de l'appendice « C » jointe au procès-verbal pour obtenir d'autres renseignements sur l'évaluation des besoins en aéronefs. La DP est modifiée pour inclure l'annexe 1 de l'appendice « C ».

Q25. [Article 2.0 de l'appendice « B » - Aéronef] La question est la suivante : Est-ce qu'il est possible d'obtenir une liste des types d'aéronefs acceptables?

R25. La réponse est non. Les exigences ont été énoncées dans la DP et le choix d'un type particulier d'aéronef est laissé à la discrétion des soumissionnaires, sous réserve que les exigences du MPO seront satisfaites.

[Traduction]

Le 11 septembre 1998, le Ministère a reçu, de Cougar, par télécopieur, une demande d'éclaircissements supplémentaires. À la lumière des questions supplémentaires ainsi reçues, la modification n° 004 a été publiée, le 18 septembre 1998, dans le but, notamment, de prolonger la période de soumission jusqu'au 2 octobre 1998. La modification indique également ce qui suit :

Q72. [Article 2.1 de l'appendice « B » - Autonomie de l'aéronef] Les questions suivantes ont été posées :

- (i) L'annexe 1 de l'appendice « C » prévoit des points supplémentaires pour un aéronef doté d'une autonomie supplémentaire. Pour que les points supplémentaires soient attribués en reconnaissance de l'autonomie supplémentaire, faut-il que les trois aéronefs que le soumissionnaire propose répondent à ce critère?
- (ii) Si des aéronefs ayant une autonomie prolongée sont fournis, la planification des missions du MPO reflétera-t-elle cette plus grande autonomie par une diminution de la fréquence des missions?

R72. Les réponses sont les suivantes :

- (i) Un seul aéronef doté d'une autonomie prolongée sera évalué aux fins de l'attribution de points supplémentaires.
- (ii) Oui.

[Traduction]

Le 23 septembre 1998, le Ministère a reçu, par télécopieur, deux demandes de Cougar. La première se rapportait à une communication datée du 8 septembre 1998, demandant des éclaircissements supplémentaires. La deuxième demandait des éclaircissements sur la capacité des aéronefs de PAL en termes de leur conformité aux critères de la « vitesse de pointe », étant donné une lettre jointe, datée du 2 septembre 1998, en provenance de la société Field Aviation Company Inc. (Field Aviation), un des partenaires de Cougar dans sa proposition en coparticipation. La lettre comprenait, notamment, un avis de Field Aviation selon lequel l'aéronef Beechcraft King Air 200 ne pouvait satisfaire l'exigence essentielle portant sur la « vitesse de pointe » de 300 mi/h.

Le 24 septembre 1998, la modification n° 005 a été publiée et a eu pour effet de prolonger la période de soumission jusqu'au 9 octobre 1998, et de prolonger, de quatre jours ouvrables, soit jusqu'au 28 septembre 1998, la période de demande de renseignements.

Le 30 septembre 1998, la modification n° 006 a été publiée, notamment, pour répondre à la demande d'éclaircissements sur la vitesse de pointe en vol de l'aéronef King Air 200 présentée par Cougar le 23 septembre 1998.

La modification n° 006 prévoit, notamment, ce qui suit :

- Q98. Nous avons obtenu du titulaire [du certificat de type supplémentaire des données réelles de vol d'essai, à une masse brute accrue de l'aéronef 200, qui indiquent que la vitesse de pointe maximum en vol serait de 292 mi/h. L'aéronef susmentionné répond-il toujours aux critères établis à la rubrique 2.6 de l'appendice « B »? L'opinion d'un **EXPERT** est requise puisque le résultat de l'évaluation varie dans l'industrie, selon qu'elle provient du fabricant, du titulaire original du certificat de type supplémentaire (Field Aviation), du titulaire du marché actuel ou de Transports Canada en ce qui concerne ce qu'un aéronef Beechcraft 200 peut vraiment faire.
- R98. D'après l'expérience, l'aéronef King Air 200 ayant la certification de masse brute accrue (tel qu'il est configuré par [PAL]) satisfait les critères du MPO.
[L'article 2.6 de . . . l'appendice « B » de la DP] est modifié comme il suit :
Supprimer entièrement le titre « **Vitesse de pointe d'au moins 300 mi/h** ».
Remplacer par le titre suivant : « **Vitesse de pointe** ».
Supprimer la phrase : « La vitesse de pointe permettra de patrouiller à la limite de 200 milles en moins d'une heure après le décollage ».
Remplacer par la phrase suivante : « L'aéronef doit pouvoir se rendre à un point distant de 250 milles de la principale base d'opérations en moins d'une heure après le décollage. »
- Q100. La réponse n° 4 prévoit ce qui suit : « Oui, les trois aéronefs doivent être complètement configurés comme il est énoncé dans la DP relative au projet de contrat. » La réponse n° 72(1) prévoit qu'un seul aéronef doté d'une autonomie prolongée sera évalué aux fins de l'attribution de points supplémentaires. Veuillez préciser, puisque que les deux énoncés ci-dessus semblent contradictoires et soulèvent de nouvelles questions.
- Cela signifie-t-il que la configuration des trois aéronefs doit être identique (y compris la contenance des réservoirs à carburant), mais qu'un seul sera évalué ou cela signifie-t-il qu'un seul aéronef doté d'une autonomie prolongée (une plus grande contenance des réservoirs à carburant) est en fait requis pour le travail et, le cas échéant, à quel endroit?
- Veuillez définir le terme configuration; nous avons posé comme hypothèse que la contenance des réservoirs à carburant était comprise dans la portée d'application du terme configuration.
- R100. Un aéronef configuré est un aéronef qui répond aux spécifications du matériel et du rendement établies aux articles 2 à 8 de l'appendice « B » (ce qui comprend une autonomie pouvant atteindre six heures). Indépendamment de ce qui précède, des points supplémentaires peuvent être accordés aux soumissionnaires qui fournissent un aéronef dont l'autonomie dépasse le critère obligatoire des six heures (se reporter aux critères pertinents énoncés à l'annexe 1, appendice « C »). L'aéronef doté d'une autonomie prolongée doit être complètement configuré, c'est-à-dire qu'il doit répondre à toutes les exigences énoncées à l'appendice B (sauf qu'il offrira une autonomie supérieure). L'aéronef doté d'une autonomie prolongée sera habituellement basé à St. John's.
- Les soumissionnaires doivent aussi se reporter aux réponses précédentes R21 et R86, qui traitent de l'autonomie. À cet égard, il convient de prendre note que les mêmes paramètres opérationnels s'appliqueront à l'aéronef doté d'une autonomie prolongée (sauf qu'il faut substituer, dans la définition, le nombre pertinent d'heures d'autonomie).

[Traduction]

Le 9 octobre 1998, la période de soumission a pris fin. Trois soumissions ont été reçues, y compris celles de Cougar et de PAL.

Le 13 octobre 1998, l'équipe d'évaluation, comprenant trois agents du MPO et dirigée par l'agent principal des achats du Ministère, a participé à une réunion d'information sur la procédure d'évaluation. Une note de service au dossier, datée du 14 octobre 1998, concernant la réunion d'information du 13 octobre 1998, prévoit, notamment, ce qui suit :

Il a été demandé aux évaluateurs de : [...]

- b) [le Ministère] a recommandé au MPO d'obtenir une opinion indépendante, neutre et provenant d'un expert, à tout le moins sur tout domaine spécialisé des propositions (les systèmes de gestion des données et le radar). Il a été convenu qu'un examen indépendant du domaine spécialisé correspondant au radar compris dans l'une quelconque des propositions ne serait pas nécessaire à condition que le radar proposé soit l'un des radars acceptables compris dans l'étude du MPO[...]

Les évaluateurs ont aussi été avisés que [le Ministère] confirmerait auprès de Transports Canada, l'organisme de certification, la sécurité et la navigabilité de l'aéronef.

Le 15 octobre 1998, après la clôture de la période de soumission, le Ministère a reçu, de Cougar, une lettre, datée du 9 octobre 1998, dans laquelle cette dernière exprimait officiellement ses préoccupations quant à la procédure de la DP en cause.

Le 26 octobre 1998, le Ministère a écrit au ministère des Transports (Transports Canada) demandant à ce dernier de confirmer la conformité des trois soumissionnaires à l'exigence énoncée dans la DP portant sur le certificat d'exploitation (transport aérien) et de lui fournir l'information pertinente sur la navigabilité des aéronefs proposés.

Le 27 octobre 1998, en réponse à une demande de Cougar, l'avocat général principal du Ministère a rencontré des représentants de Cougar et d'un de ses partenaires pour la soumission en cause.

Le 19 novembre 1998, le Ministère, pour mettre un point final à l'évaluation, a fait parvenir une lettre à Cougar dans laquelle il demandait des éclaircissements sur la proposition de cette dernière.

Le 20 novembre 1998, le Ministère a demandé à Transports Canada, par télécopieur, de tenir compte, dans le contexte de sa réponse au sujet de la conformité des aéronefs proposés par PAL, des observations sur la conformité de l'aéronef King Air 200 exploité par PAL, énoncées dans la lettre du 2 septembre 1998 de Field Aviation

Le 23 novembre 1998, Cougar a répondu à la demande d'éclaircissements du Ministère. Le même jour, un représentant de Cougar a téléphoné au Ministère au sujet du déroulement de la procédure de passation du marché public. Le Ministère a informé Cougar que l'évaluation des propositions était en cours et a répondu à la demande de cette dernière en lui précisant que la procédure pourrait peut-être être terminée au début du mois de décembre 1998.

Le 27 novembre 1998, Transports Canada a confirmé la validité du certificat d'exploitation (transport aérien) des trois soumissionnaires. De plus, Transports Canada a indiqué qu'il était convaincu que les aéronefs Beechcraft King Air 200 proposés par PAL étaient en état de navigabilité et conformes à toutes les normes prévues pour l'obtention d'un certificat de navigabilité en bonne et due forme.

Le 16 décembre 1998, les rapports de l'équipe d'évaluation ont été complétés et approuvés par les membres de l'équipe. Deux propositions, celle de PAL et celle de Cougar, ont été jugées conformes aux conditions énoncées dans la DP. Le 8 janvier 1999, un marché assorti d'une limitation des dépenses au montant de 39 779 270 \$ a été adjugé à PAL, le soumissionnaire ayant présenté la proposition conforme au plus bas coût par point.

Le même jour, le Ministère a envoyé une lettre à Cougar pour l'aviser de l'adjudication du marché et de la limitation des dépenses dont il était assorti.

Le 18 janvier 1999, une réunion d'information verbale sur la proposition qu'elle avait présentée a été tenue avec Cougar au bureau du Ministère.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

Dans ses observations générales, le Ministère a soutenu que les éléments compris dans les articles 27 à 49 de la plainte, dans lesquels Cougar a avancé que 1) les critères d'adjudication n'ont pas été entièrement énoncés dans la DP, 2) le Ministère n'a pas répondu promptement à des demandes de renseignements sur la DP, 3) le délai de réception des propositions était déraisonnable et 4) la DP et le calendrier d'application de la procédure d'appel d'offres ont été établis d'une manière qui a favorisé PAL, l'entrepreneur titulaire, sont autant d'éléments qui doivent être rejetés puisque Cougar avait pris connaissance des faits à l'origine de sa plainte bien avant la date du dépôt de celle-ci, soit le 22 janvier 1999, et que le délai prescrit pour le dépôt de ladite plainte auprès du Tribunal était expiré.

En outre, le Ministère a soutenu qu'aucun élément de preuve ne corrobore l'allégation de Cougar selon laquelle la procédure d'évaluation a été partielle et que les règles régissant l'attribution des marchés ont été enfreintes (articles 50 à 55 de la plainte de Cougar).

Le Ministère a structuré ses observations particulières sous sept rubriques, ainsi qu'il suit.

Manque de clarté de la DP

La plainte (articles 27 à 31) allègue que la DP révisée, y compris ses modifications, n'a pas entièrement énoncé les critères d'adjudication du marché. Plus précisément, Cougar a soutenu que le Ministère n'a pas précisé a) la question de savoir si la configuration des trois aéronefs demandés dans la DP devait être identique; b) la question de savoir si l'aéronef Beechcraft King Air 200 pouvait satisfaire les exigences énoncées dans la DP.

Le Ministère a soutenu que les critères d'évaluation relatifs aux conditions essentielles et aux exigences cotées ont été établis dans la DP et que toute lacune quant à la clarté des conditions énoncées dans la DP et dans ses modifications pouvait être découverte par Cougar durant la période de soumission, qui a expiré le 9 octobre 1998. Par conséquent, le délai de dépôt d'une plainte pour le motif que la DP n'était pas suffisamment claire a expiré depuis longtemps¹⁰. Le Ministère a soutenu qu'il serait extrêmement injuste de ne pas obliger une partie plaignante à soumettre sa plainte concernant une DP au moment où les lacunes éventuelles peuvent encore être redressées.

10. Le Ministère a renvoyé le Tribunal à la décision que ce dernier a rendue dans l'affaire *Frontec Corporation*, dossier n° PR-97-035, *Décision du Tribunal*, le 6 mai 1998.

À titre d'argument subsidiaire, le Ministère a soutenu que la DP modifiée ne manquait pas de clarté pour ce qui concerne la façon dont les trois aéronefs devaient être configurés. En outre, les questions soulevées par les soumissionnaires et les réponses du Ministère auxdites questions ont éclairci le fait que la DP ne prévoyait pas nécessairement des aéronefs à configuration identique. Quant à la question de savoir si un aéronef Beechcraft King Air 200 satisfaisait les exigences de la DP, le Ministère a soutenu qu'il y a répondu dans son texte daté du 30 septembre 1998, au sujet de la « vitesse de pointe » en vol de l'aéronef Beechcraft King Air 200. Dans le cadre de la modification n° 006, le Ministère a déclaré, en réponse à la question 98, que l'aéronef Beechcraft King Air 200, ayant une masse brute accrue, satisfaisait au besoin du MPO; le Ministère a de plus soutenu que la DP exprimait clairement le fait que les exigences énoncées dans la DP étaient celles du MPO.

Retard des réponses aux demandes de renseignements

La plainte (articles 32 à 34) allègue que le Ministère n'a pas répondu promptement aux demandes raisonnables de renseignements sur la DP. Le Ministère a soutenu que Cougar a pu découvrir toute lacune à cet égard durant la période de soumission et que, de fait, Cougar n'a même pas demandé de report de la date limite de réception des soumissions. Par conséquent, aux termes des dispositions de l'article 6 du Règlement, le délai prescrit pour le dépôt d'une plainte pour ce motif est expiré.

À titre d'argument subsidiaire, le Ministère a soutenu que, dans la procédure de passation du marché public en cause, toutes les demandes de renseignements reçues des soumissionnaires ont obtenu une réponse en temps opportun, assortie des prolongations indiquées de la période de soumission.

Quant à la modification n° 006, plus précisément à la question de la « vitesse de pointe », le Ministère a déterminé qu'il n'était pas nécessaire de reporter davantage la date limite de réception des soumissions pour permettre l'adaptation à la modification. En outre, le Ministère a fait observer que Cougar lui a présenté sa demande de renseignements sur la « vitesse de pointe » 21 jours après que Field Aviation eut fourni l'« avis » qui a motivé la demande de Cougar. Néanmoins, Cougar n'a soumis ses questions sur la vitesse que pouvait atteindre l'aéronef Beechcraft King Air 200 que le 23 septembre 1998, soit une semaine avant la clôture de la période de soumission.

Délai de soumission déraisonnable

La plainte (articles 35 à 42) allègue qu'un changement essentiel à la DP a été apporté par l'entremise des modifications et que, par conséquent, il y aurait dû y avoir annulation de la DP originale et lancement d'une nouvelle DP, ou prolongement de la période de soumission après la publication de la dernière modification, le 30 septembre 1998. À cet égard, le Ministère a soutenu que les préoccupations de Cougar en ce qui concerne la durée du délai de soumission, les reports de la date limite et la présumée nécessité d'une nouvelle procédure étaient connues de Cougar durant la période de soumission, mais que cette dernière n'a pas présenté son opposition au sujet de la procédure avant la clôture de la période de soumission. En fait, elle n'a pas fait allusion au délai de soumission déraisonnable avant la fin de la période d'évaluation des soumissions et l'adjudication du marché en cause. Le Ministère a fait valoir que le délai prescrit pour le dépôt de telles plaintes était expiré depuis longtemps au moment du dépôt de la plainte en l'espèce.

À titre d'argument subsidiaire, le Ministère a soutenu que la modification de l'exigence énoncée dans la DP au sujet de la « vitesse de pointe » n'a constitué qu'un éclaircissement du besoin essentiel du MPO. En vérité, les aéronefs Beechcraft King Air 200, modifiés par PAL, sont capables d'atteindre des

vitesse qui dépassent 300 mi/h. L'expression « vitesse de pointe » n'est pas une expression normalisée en terminologie aéronautique de Transports Canada et, par conséquent, son acception est imprécise. La vitesse de 300 mi/h n'était pas véritablement pertinente, puisque le véritable besoin opérationnel du MPO se rapporte à la capacité de l'aéronef de parcourir une distance de 250 milles en moins d'une heure après le décollage pour réagir aux cas signalés d'exploitation illégale de navires de pêche dans la zone maritime canadienne. Quoi qu'il en soit, le Ministère a soutenu que les préoccupations quant à l'incidence de la révision de la « vitesse de pointe » sur la possibilité, pour Cougar, de présenter une offre concurrentielle auraient dû être soumises à l'attention du Ministère par Cougar, aux fins d'examen en vue d'une action éventuelle, par exemple un autre report de la date limite de réception des soumissions, avant la clôture de l'invitation à soumissionner.

Partialité de la procédure en faveur du titulaire, PAL

La plainte (articles 43 à 49) soutient que la procédure d'appel d'offres était partielle en faveur de PAL, et plus précisément que la DP originale comportait une condition visant des aéronefs à configuration unique dotés de caractéristiques améliorées de vitesse, de charge utile et d'autonomie non exigées des aéronefs fournis par PAL dans le cadre des deux marchés de cinq ans précédents. Selon Cougar, ces caractéristiques améliorées ont obligé les fournisseurs à présenter des soumissions qui reflétaient le coût d'achat et de modification d'aéronefs plus récents, dotés de caractéristiques supérieures aux plans de la vitesse et de la charge utile. Cependant, Cougar a soutenu que le Ministère a modifié, durant la période de soumission, les exigences originales de la DP en faveur de PAL pour que les aéronefs dont cette dernière se sert présentement soient admissibles.

En réponse, le Ministère a soutenu que la partialité alléguée a été découverte par Cougar avant la date de clôture des soumissions et que cette dernière n'a présenté aucune opposition à cet égard avant cette date ou n'a pas déposé de plainte auprès du Tribunal avant la fin de la période d'évaluation des soumissions et l'adjudication du marché en cause. Le Ministère a soutenu que le délai prescrit pour le dépôt d'une plainte pour ce motif était expiré.

À titre d'argument subsidiaire, le Ministère a soutenu que les exigences énoncées dans la DP reflètent les besoins opérationnels du MPO, qui ont très peu changé depuis la publication de la première DP en 1990. De plus, la DP a été structurée de manière à favoriser la concurrence et l'égalité d'accès des fournisseurs potentiels en prévoyant que l'adjudicataire pourrait disposer de jusqu'à 12 mois pour devenir complètement opérationnel. En outre, le Ministère a soutenu que la DP n'a pas fixé la charge utile précise que devait avoir l'aéronef fourni et que les exigences relatives à la vitesse et à l'autonomie étaient fondamentalement les mêmes que celles énoncées dans les deux DP précédentes. De plus, la suppression, dans le cadre de la modification n° 006, de l'exigence selon laquelle les aéronefs proposés devaient être capables d'atteindre une vitesse de 300 mi/h et l'addition de l'exigence qu'ils devraient pouvoir être capables d'atteindre un point distant de 250 milles en moins d'une heure après le décollage ont eu pour seul effet de changer l'énoncé des besoins en un énoncé « axé sur les résultats », c'est-à-dire, l'atteinte d'une zone d'opération située à une distance de 250 milles, moins d'une heure après le décollage. De plus, le Ministère a soutenu que PAL a présenté des données factuelles qui confirment que l'aéronef Beechcraft King Air 200, dans sa version de surveillance maritime proposée par PAL, est conforme à la fois aux conditions originales et aux conditions modifiées.

En ce qui concerne certaines allégations spécifiques à l'article 47 de la plainte de Cougar, le Ministère a fait valoir les arguments suivants :

- a) le changement de la « vitesse de pointe » en une exigence opérationnelle ne vise rien d'autre;
- b) d'après l'expérience, l'aéronef Beechcraft King Air 200 ayant une certification de la masse brute accrue (tel que l'a configuré Cougar) répond aux besoins du MPO;
- c) l'exigence voulant que les trois aéronefs doivent être complètement configurés en conformité avec la DP a été énoncée dans les modifications n^{os} 001 et 004 et il n'a jamais été déclaré que la configuration de tous les aéronefs proposés devait être identique;
- d) des lettres d'intention ont été demandées pour obtenir une confirmation que le personnel compétent serait disponible aux fins de l'exécution du marché, et il n'y a rien d'inhabituel dans une telle pratique en ce qui concerne les marchés publics.

Partialité dans le calendrier de la procédure

La plainte (articles 48 et 49) allègue que l'établissement du calendrier de présentation des offres, dans le contexte de la modification n^o 006, favorisait PAL.

Après avoir déclaré qu'il est maintenant trop tard pour déposer une plainte fondée sur un tel motif, pour les raisons déjà indiquées, le Ministère a qualifié de dénuée de tout fondement l'allégation selon laquelle, parce qu'il a publié la modification de la DP la plus importante uniquement neuf jours avant la clôture de la période de soumission, il a ainsi garanti qu'aucun autre soumissionnaire ne pourrait faire concurrence à PAL. En vérité, le Ministère a affirmé de nouveau que la modification n^o 006 a apporté des éclaircissements sur les exigences énoncées dans la DP, mais sans les modifier.

Partialité ou impression de partialité ou d'injustice de la procédure d'évaluation

La plainte (articles 50 à 52) allègue que la procédure d'évaluation était injuste ou donnait l'impression d'être injuste ou partielle parce que les représentants du MPO qui ont participé à l'évaluation des soumissions avaient eu de nombreux rapports avec PAL dans le cadre des contrats antérieurs de cinq ans pour la surveillance aérienne maritime et que rien n'a été fait pour tenter d'obtenir une contribution indépendante et experte dans le domaine de l'aviation aux fins d'évaluation des soumissions.

En réponse, le Ministère a soutenu que le fait que certains représentants du MPO qui ont participé à la procédure d'évaluation ont eu des rapports professionnels étroits avec PAL lorsque cette dernière était l'entrepreneur titulaire n'empêche pas, en soi, que ces derniers aient pu être objectifs dans le cadre de la procédure de passation du marché public. De plus, Cougar n'a soumis aucun élément probant à l'appui de l'allégation ci-dessus selon laquelle le résultat de la procédure a été attribuable à des facteurs autres que l'application objective des critères d'évaluation. En outre, le Ministère a fait observer que les propositions de PAL et de Cougar ont toutes deux été jugées conformes, que c'est le prix proposé qui a été le principal facteur de distinction entre les deux propositions et que ce prix n'a pas été communiqué au comité d'évaluation. Pourtant, la cote obtenue par PAL a été sensiblement plus élevée que celle de Cougar, et le prix proposé par PAL était sensiblement inférieur à celui de Cougar.

Le Ministère a aussi soutenu que certains éléments de la proposition de PAL (navigabilité et sécurité des aéronefs) ainsi que la lettre de Field Aviation datée du 2 septembre 1998 soumise par Cougar ont fait l'objet d'examen par les experts de Transports Canada. Les évaluateurs ont aussi été en mesure d'examiner

et d'évaluer les documents fournis par les fabricants inclus dans les propositions et de tirer parti des éclaircissements apportés par les soumissionnaires.

Écart aux règles régissant l'adjudication des marchés

La plainte (articles 53 à 55) allègue que les règles régissant l'adjudication des marchés ont été enfreintes parce que le marché a été attribué sur la foi d'une proposition qui n'était pas conforme aux conditions énoncées dans la DP, et que l'aéronef Beechcraft King Air 200 de PAL n'aurait pas dû être jugé conforme et ce, pour les raisons énoncées dans la lettre de Field Aviation datée du 2 septembre 1998.

En réponse, le Ministère a soutenu que la lettre de Field Aviation exprime des opinions et des conclusions qui se fondent sur des renseignements factuels désuets et inexacts, puisque, selon PAL, Field Aviation n'a pas participé à l'un quelconque des programmes de modification, d'amélioration ou de réduction de la masse exécutés sur les aéronefs de PAL après 1986, soit depuis environ 12 ans. Quoi qu'il en soit, le Ministère a conclu que Transports Canada lui avait confirmé que les aéronefs proposés par PAL satisfaisaient à toutes les normes de Transports Canada aux fins de la délivrance et du maintien du certificat d'exploitation (transport aérien) et de navigabilité des aéronefs.

Le Ministère a demandé qu'on lui donne l'occasion de présenter d'autres exposés sur les frais dans la présente affaire.

Dans son exposé supplémentaire daté du 23 avril 1999, le Ministère a contesté l'affirmation de Cougar selon laquelle le Ministère et le MPO se sont fondés sur la confirmation obtenue de Transports Canada que PAL détenait un certificat valide de navigabilité pour déterminer que les aéronefs de PAL répondaient aux conditions énoncées dans la DP. Le Ministère a soutenu que la détermination susmentionnée était fondée strictement sur la déclaration incluse dans la proposition de PAL. Quoi qu'il en soit, le Ministère a soutenu que la pleine capacité opérationnelle de tous les composants du besoin de services de surveillance aérienne devait être démontrée durant les 12 premiers mois du marché et 60 jours avant le début du marché. Le Ministère a fait valoir que c'est à ce moment que l'adjudicataire serait tenu de respecter les engagements et les représentations que contient sa proposition.

Le Ministère a qualifié de dépourvues de tout fondement les questions concernant la « durée de vie des ailes » et « la vitesse maximale admissible en exploitation et la vitesse normale d'exploitation ou maximale de croisière » soulevées par Cougar dans ses observations. Le Ministère a ajouté qu'il n'y a également aucun fondement à l'allégation de Cougar selon laquelle le financement maximal autorisé pour le marché implique que le MPO a envisagé l'acquisition de services d'aéronefs plus coûteux, dotés de caractéristiques supplémentaires.

En ce qui concerne la question du défaut du MPO de recourir à des experts indépendants dans le cadre de l'évaluation des offres, le Ministère a soutenu que les membres de l'équipe d'évaluation sont éminemment compétents au plan des besoins des programmes de surveillance aérienne maritime du Canada et qu'ils ont été choisis comme évaluateurs en raison de leur aptitude démontrée à poser un jugement équilibré, de leur capacité de raisonnement et d'analyse et de leur intégrité. En outre, les évaluateurs avaient en leur possession des critères détaillés précis en vue de la procédure d'évaluation. De plus, l'agent de négociation des contrats du Ministère chargé de l'invitation à soumissionner en cause était un agent d'expérience, bien au fait des besoins et pleinement engagé dans tous les aspects de la procédure de passation dudit marché public pour assurer une procédure équitable et correcte. L'agent n'a pas entretenu de rapport quelconque avec PAL, et ne connaissait pas cette dernière, avant ou pendant la période de soumission.

Position de PAL

PAL a soutenu que Cougar a soumis un certain nombre de déclarations trompeuses et fausses à son sujet, au sujet des aéronefs qu'elle exploite et au sujet de sa proposition; PAL a ajouté que Cougar a tiré des conclusions à partir de renseignements non fondés ou inexacts ainsi que de conjectures.

Plus précisément, PAL a soutenu que Cougar n'a pas produit d'éléments de preuve qui mettraient en doute la sécurité et la conformité des aéronefs de PAL, sauf une lettre de Field Aviation, dont la participation en l'espèce soulève divers conflits d'intérêt. Contrairement à ce que Cougar a avancé dans sa note de service datée du 23 septembre 1998, Cougar ne dispose pas des « données réelles d'essai de vol provenant du titulaire [...] du CTS », mais plutôt de données obtenues par extrapolation informatique à partir de renseignements disponibles au sujet d'un aéronef non modifié. Étant donné que Cougar ne connaît pas les détails de la proposition de PAL ou n'y a pas accès (environ 4 250 pages traitant du soutien technique et d'ingénierie, du rendement antérieur et d'autres détails), PAL a soutenu que la conclusion de Cougar sur l'inaptitude des aéronefs de PAL à répondre aux exigences originales ou modifiées énoncées dans la DP revêt un caractère de conjecture et se fonde sur une connaissance limitée du fonctionnement et de la conception de systèmes de surveillance maritime, une expérience et une connaissance qui se limitent aux aéronefs à voilure fixe et qui s'appuient sur des renseignements inexacts. PAL a de plus fait valoir que l'aéronef ne constitue qu'un seul élément du système intégré de cueillette de renseignements et de rapport, et que les exigences liées au type d'aéronef jouent un rôle mineur dans l'évaluation du service global. PAL a soutenu que le profil de la distribution des exigences cotées incluses dans la DP corrobore le point de vue susmentionné.

PAL a en outre soutenu que Transports Canada est l'organisme le plus compétent, informé et approprié pour fournir au Ministère et au MPO des renseignements indépendants sur les questions qui se rapportent aux aéronefs fournis par PAL et que Transports Canada a clairement et sans équivoque confirmé la sécurité et la navigabilité des aéronefs de PAL. En outre, la réputation de sûreté de fonctionnement de PAL, établie après 20 ans en affaires, atteste de la sécurité et de la navigabilité susmentionnées, tout comme le corrobore le rapport de la société Northeast Engineering & Development Ltd. (Northeast) (le Rapport NEED)¹¹.

En ce qui a trait à l'affirmation de Cougar selon laquelle les données soumises par PAL sont erronées, PAL a dit avoir fournies au Ministère des données « éprouvées, vérifiées et exactes ». Les renseignements contenus dans la proposition de PAL au sujet de la « vitesse de pointe » et de la « vitesse maximale admissible en exploitation » des aéronefs ne sont ni incorrects ni trompeurs et ont été confirmés dans le Rapport NEED.

En outre, PAL a soutenu que l'information fournie par Field Aviation ne revêt ni le caractère de données indépendantes ni celui de données de fait et que les opinions dont elle est assortie sont fondées sur des renseignements désuets et inexacts. Par exemple, Field Aviation n'a jamais modifié d'aéronef pour le compte de PAL à des fins de surveillance aérienne maritime. L'aéronef que Field Aviation a modifié en 1986 était destiné à la surveillance des glaces, ce qui exige du matériel et des configurations différents de ceux utilisés pour la surveillance aérienne maritime. PAL a soutenu avoir, pour des raisons de concurrence, exclu Field Aviation de toute participation ou analyse d'ingénierie concernant les programmes d'amélioration que PAL a entrepris depuis la fin des travaux effectués par Field Aviation en 1986. Depuis ce temps, PAL a

11. Rapport daté du 16 avril 1999, soumis au Tribunal par PAL et produit par la société Northeast Engineering & Development Ltd., une entreprise de génie aérospatial certifiée par Transports Canada.

exécuté 50 000 heures de surveillance aérienne maritime et, par la suite, mené plusieurs programmes fructueux de réduction de la masse des systèmes aéroportés, des programmes dont Field Aviation n'a aucune connaissance. Le Rapport NEED confirme que les aéronefs de PAL ont été modifiés durant la période susmentionnée et déclare que les CTS sont la propriété exclusive de Northeast et de PAL et que Field Aviation ne peut en connaître l'existence ou la teneur.

De plus, PAL a soutenu que chaque déclaration des faits d'importance concernant les aéronefs de PAL contenue dans la lettre de Field Aviation, par exemple celle concernant le coefficient de chargement, la résistance à la fatigue, l'inspection des ailes après 16 200 heures et la performance, est incorrecte et dépassée, ce qui a probablement vicié les conclusions du 25 mars 1999 tirées par la société Raytheon Aircraft Company sur la capacité d'un aéronef Beechcraft King Air 200 modifié.

Quant à l'importance de l'écart entre les exigences énoncées dans la DP de 1993 et celles énoncées dans les documents relatifs à l'invitation à soumissionner en cause, PAL a soutenu que les exigences opérationnelles énoncées dans les deux cas sont essentiellement les mêmes. Par exemple, contrairement à ce que Cougar a affirmé, la DP de 1998 ne comporte aucune exigence pour un aéronef d'une capacité de charge utile et d'une puissance plus grandes. En fait, PAL a soutenu que les progrès technologiques dans les domaines de l'électronique, de l'aéronautique, des communications, de la navigation, de la photographie et de l'informatique ont entraîné une diminution notable de la taille et du poids de plusieurs composants. PAL a soutenu que le MPO a clairement affirmé durant la réunion de soumissionnaires qu'il n'avait pas besoin d'un aéronef plus gros et qu'il ne disposait d'aucun budget supplémentaire. En outre, PAL a soutenu que les exigences obligatoires énoncées dans la DP de 1998 n'incluent aucune exigence concernant la charge utile. En fait, la DP a même réduit les exigences sur la charge utile en éliminant celles qui se rapportaient à des projecteurs externes et à la capacité de transporter des caméras de télévision à photosensibilité élevée.

Quant à l'exigence portant sur la « vitesse de pointe », PAL a soutenu que le Rapport NEED a analysé les différences à cet égard entre le libellé original et le libellé révisé de la DP et a démontré que les deux s'équivalent. Quant à l'exigence portant sur les lettres d'intention pour le personnel proposé, PAL a soutenu qu'il s'agit là d'une tâche que Cougar trouve difficile à réaliser parce que Cougar n'exploite pas le secteur d'activité de surveillance aérienne maritime.

Quant au lien entre PAL et le MPO durant la période visée par la procédure de passation du marché public en cause, PAL a soutenu que les agents et les représentants du MPO étaient impartiaux, qu'ils étaient des professionnels et qu'ils ont agi correctement.

En résumé, PAL a soutenu ce qui suit : 1) sa proposition répondait à toutes les exigences énoncées dans la DP; 2) le Ministère n'a reçu aucun renseignement qui indiquait que les aéronefs de PAL et leur exploitation n'étaient pas sûres ou ne convenaient pas, sauf de la part de Cougar et de son partenaire dans la coparticipation, Field Aviation; 3) Field Aviation n'est pas une source digne de foi en ce qui concerne les renseignements relatifs aux aéronefs et aux activités de PAL; 4) la proposition de PAL était correcte, complète et bien documentée; 5) la DP de 1998 ne demandait pas des aéronefs d'une capacité de charge utile et d'une puissance plus grandes; 6) les exigences n'ont pas été réduites durant la période de soumission par la modification du libellé décrivant les exigences liées à la « vitesse de pointe ».

PAL a demandé le remboursement des frais liés à la préparation de sa réponse à la plainte dans la présente affaire.

Position de Cougar

Cougar a soutenu que, contrairement à la position du Ministère, sa plainte est présentée en temps opportun, que la procédure de passation du marché a été injuste et que la procédure de passation du marché public et d'évaluation a été entachée de partialité en faveur du titulaire, PAL.

Dépôt de la plainte en temps opportun

Cougar a soutenu que sa plainte concernant l'équité de la procédure de passation du marché public est présentée dans les délais prescrits. Cougar a présenté de nombreuses oppositions durant la procédure de passation du marché et au moment de la clôture de la période de soumission. Le Ministère, selon Cougar, n'a pas répondu aux oppositions susmentionnées durant les périodes de soumission ou d'évaluation. Cougar a affirmé ne pas avoir découvert avant le 11 janvier 1999 que le Ministère avait rejeté ses oppositions et lui avait refusé toute réparation, c'est-à-dire à la date à laquelle elle a reçu l'avis d'adjudication du marché à PAL.

Plus précisément, Cougar a avancé ce qui suit : 1) elle a demandé des éclaircissements sur les exigences énoncées dans la DP lors de la réunion de soumissionnaires et dans des lettres datées du 8, du 11 et du 23 septembre 1998 qu'elle a fait parvenir au Ministère; 2) le 31 août 1998, elle a demandé le report de la date limite de réception des soumissions; 3) elle a soulevé la question de la conformité de l'aéronef Beechcraft King Air 200 en septembre 1998. Le premier élément de réponse sur ce dernier point a été fourni par le Ministère dans la modification n° 006. Cougar a soutenu que, étant donné la teneur de la modification n° 006, elle a commencé à penser qu'il n'y aurait aucune concurrence véritable avec PAL. Cougar, néanmoins, a décidé de présenter sa proposition, puisqu'elle espérait que le Ministère et le MPO prendraient en compte les préoccupations qu'elle avait soulevées et y répondraient.

Dans une lettre du 9 octobre 1998, Cougar a expressément fait opposition sur les points suivants : a) la médiocre qualité de la DP originale; b) l'impression de partialité en faveur de PAL étant donné les rapports existants entre PAL et le personnel du MPO; c) la conformité et la sécurité de l'aéronef Beechcraft King Air 200 relativement aux exigences énoncées dans la DP; d) le retard à tenir la réunion de soumissionnaires puis à répondre aux questions qui y avaient été soulevées; e) l'insuffisance de la prolongation de la période de soumission étant donné les changements apportés à la DP et, plus précisément, les changements contenus dans la modification n° 006; f) le caractère changeant des exigences obligatoires qui, selon Cougar, a permis à certains aéronefs de demeurer admissibles. Au même moment, Cougar a demandé au Ministère d'examiner les faits qui la préoccupaient et de lui répondre. N'ayant reçu aucune réponse du Ministère, le 27 octobre 1998, Cougar a demandé et obtenu, le même jour, une rencontre avec un représentant des services juridiques du Ministère qui a accepté de traiter des préoccupations de Cougar avec les représentants ministériels pertinents. Cougar s'est enquêré de la question auprès du Ministère les 23 et 26 novembre 1998, sans succès. Cougar a soutenu que, étant donné l'opposition officielle qu'elle a présentée dans sa lettre du 9 octobre 1998 et l'assurance que le Ministère a donnée qu'il évaluait la question, elle n'aurait pu vraisemblablement découvrir avant le 11 janvier 1999 que le Ministère n'avait, en fait, pas l'intention de donner suite à l'une quelconque des préoccupations qu'elle avait exprimées.

Injustice du marché public

Cougar a soutenu que l'équipe d'évaluation, en tant que telle, n'avait pas les compétences spécialisées nécessaires dans le domaine de l'aviation et dans d'autres domaines pour évaluer les aéronefs proposés dans les soumissions. Étant donné que l'équipe d'évaluation a été avertie que la sécurité et la

conformité des aéronefs proposés par PAL soulevaient de graves questions, Cougar a soutenu que le Ministère et le MPO étaient dans l'obligation de demander l'aide de personnes indépendantes possédant le niveau de connaissances techniques nécessaire aux fins de l'évaluation des aspects techniques des soumissions. Le défaut d'obtenir une telle expertise indépendante, selon Cougar, a entraîné l'adjudication du contrat à PAL, dont la proposition n'est pas conforme aux exigences énoncées dans la DP.

Plus précisément, Cougar a soutenu qu'aucun membre de l'équipe d'évaluation n'avait les compétences ou l'expérience nécessaires dans les domaines de l'aviation ou du génie aéronautique, du radar ou des systèmes de radar thermique à balayage frontal et de gestion des données, et que le refus du Ministère de consulter des experts externes a porté un coup fatal à l'équité de la procédure d'évaluation, par exemple un certificat de navigabilité ne traite pas de la question de savoir si un aéronef convient à une fin spécifique, il atteste uniquement que l'aéronef fait l'objet d'un permis d'exploitation et qu'il est conforme aux normes de navigabilité établies pour l'homologation de type de l'aéronef. La réponse de Transports Canada concernant l'aéronef Beechcraft King Air 200 n'a pas porté, ou n'a fourni aucun renseignement, sur la conformité de l'aéronef aux exigences concernant la charge utile, les spécifications du matériel, les paramètres d'exploitation, la vitesse et l'altitude, les capacités de piste, etc., autant de points que Field Aviation a soulevés dans sa lettre du 2 septembre 1998.

Cougar a aussi soutenu qu'il ressort clairement du RIF que le Ministère s'est principalement appuyé sur les données de PAL pour conclure que l'aéronef de PAL répondait aux exigences obligatoires de la DP. Cependant, il s'agissait de renseignements erronés ou mal interprétés par l'équipe d'évaluation quant à la capacité des aéronefs de PAL d'atteindre en une heure un point distant de 250 milles et une « vitesse de pointe » de 300 mi/h. De telles erreurs d'interprétation, selon Cougar, démontrent que l'équipe d'évaluation n'avait pas toute la connaissance spécialisée nécessaire en aviation. Cela, combiné au défaut de demander l'avis d'experts-conseils externes et au fait de se fier aux données de PAL, a résulté en un marché public et en une procédure d'évaluation manifestement injustes pour Cougar et les autres soumissionnaires.

Quant aux renseignements fournis par Field Aviation et à leur rejet par le Ministère pour le motif qu'ils provenaient d'une source intéressée (Field Aviation est un partenaire en coparticipation avec Cougar) et qu'ils étaient désuets, Cougar a soutenu que Field Aviation n'est pas davantage une partie intéressée au marché public en cause que ne l'est PAL, que Field Aviation est le distributeur exclusif au Canada des aéronefs Beechcraft King Air et que Field Aviation est la société qui a modifié l'aéronef que PAL propose d'utiliser dans le cadre du marché en cause; Cougar a ajouté avoir tout lieu de croire que les aéronefs de PAL portent encore le même numéro de CTS, ce qui indique qu'aucune modification majeure ne leur a été apportée depuis les travaux de Field Aviation en 1986. En outre, Cougar a soutenu que certains des renseignements maintenant invoqués par le Ministère pour justifier les décisions qu'il a prises au moment de l'évaluation des propositions et de l'adjudication du marché ont été obtenus par ce dernier uniquement après l'adjudication du contrat en cause¹².

Cougar a soutenu que le Ministère, au lieu de demander un avis d'expert indépendant, qui aurait pu facilement et rapidement être obtenu, s'est fié à une information trompeuse ou incomplète qui provenait de PAL et à des renseignements incomplets qui provenaient de Transports Canada. Il l'a fait même s'il disposait d'une information digne de foi qu'il avait obtenue de Field Aviation et qui présentait des éléments procédant d'une connaissance directe des aéronefs proposés par PAL.

12. Exposés de Cougar datés du 31 mars 1999, par. 55.

Partialité en faveur du titulaire

Cougar a soutenu que le Ministère a tenu la procédure de passation du marché public en cause d'une manière qui a indûment favorisé le titulaire, PAL, en modifiant substantiellement, dans le cadre d'une série de modifications de l'invitation à soumissionner, les exigences obligatoires énoncées dans la DP originale en faveur des aéronefs actuels de PAL, en accordant des exceptions spéciales par l'intermédiaire des modifications de l'invitation à soumissionner et dans le cadre de la procédure d'évaluation des aéronefs de PAL et en modifiant substantiellement, à la dernière minute, les exigences obligatoires de la DP, empêchant, de ce fait, à toutes fins pratiques, les soumissionnaires de demander d'autres éclaircissements ou de modifier leur offre pour prendre en compte les exigences moins rigoureuses relatives aux aéronefs. En outre, Cougar a soutenu que les rapports étroits qu'ont entretenus deux membres de l'équipe d'évaluation et PAL donnent l'impression que PAL a disposé d'un avantage. Bien que l'équipe d'évaluation aurait pu corriger une telle situation en consultant des experts externes, elle ne l'a pas fait et a plutôt choisi de se fier aux renseignements fournis par PAL.

Quant à l'affirmation du Ministère selon laquelle les exigences de la DP étaient essentiellement identiques à celles des deux contrats de cinq ans précédents et que les modifications de l'invitation à soumissionner, en l'espèce, n'ont pas changé substantiellement les exigences de la DP originale, Cougar a soutenu qu'il s'agit là d'une affirmation dénuée de fondement. Manifestement, selon Cougar, la DP de 1998 exigeait des aéronefs ayant une capacité de charge utile et une puissance plus grandes que les aéronefs visés dans les DP précédentes. Le fait est prouvé dans la modification n° 006 qui a supprimé l'exigence d'une « vitesse de pointe » de 300 mi/h et dans laquelle il a été énoncé qu'uniquement un des trois aéronefs ferait l'objet d'une évaluation en vue de l'attribution, dans l'évaluation, de points supplémentaires se rapportant à une autonomie de huit heures. Le fait est aussi démontré en ce que, bien que les demandes d'acquisition prévoyaient un financement de l'ordre de 70 millions de dollars, le contrat éventuellement adjugé à PAL l'a été à un montant légèrement inférieur à 39 millions de dollars, soit beaucoup moins que le montant inclus dans les offres des autres soumissionnaires. De même, selon Cougar, le fait que le Ministère ait accordé aux soumissionnaires, dans le cadre de la modification n° 001, un délai de mise au point finale de 12 mois indique clairement que les besoins reflétés dans les exigences originales étaient plus rigoureux que ceux des invitations à soumissionner antérieures pour des services de surveillance aérienne et que les exigences originales ont été sensiblement réduites durant la période de soumission en cause.

En outre, Cougar a soutenu que les changements apportés aux exigences portant sur la charge utile et la vitesse, durant la procédure de passation du marché public, ont représenté une modification substantielle des exigences obligatoires de la DP. Plus précisément, Cougar a soutenu que le remplacement de l'exigence exprimée en termes de vitesse absolue par une exigence fonctionnelle (250 milles en une heure) neuf jours avant la date limite de réception des soumissions et la suppression de l'exigence initialement incluse dans la DP voulant que les trois aéronefs de surveillance soient identiques a permis à PAL de proposer ses trois aéronefs actuels, dont uniquement un a censément une autonomie prolongée.

En outre, Cougar a soutenu que des exceptions spéciales en faveur de PAL, comme l'approbation préalable des aéronefs de PAL et l'exigence d'une lettre d'intention pour chacun des membres du personnel proposé par un fournisseur, ont été introduites durant la procédure d'invitation à soumissionner.

Finalement, Cougar a soutenu que le calendrier du marché public en cause, et particulièrement le moment de la modification n° 006, les rapports existants entre l'équipe d'évaluation et PAL (Cougar n'affirme pas que les rapports étroits ont été, à eux seuls, synonymes d'injustice), le fait que le Ministère

n'ait pas corrigé la situation en obtenant des avis neutres et objectifs et le fait aussi que, le 30 septembre 1998, avant la clôture de la période de soumission et la réception de la proposition de PAL, le Ministère, en répondant à la question 98, ait indiqué que les aéronefs de PAL satisferaient aux exigences énoncées dans la DP de 1998, sont tous des indicateurs que le Ministère et le MPO ont accordé un traitement spécial à PAL dans la procédure de passation du marché public en cause.

Dans le cadre d'observations supplémentaires déposées auprès du Tribunal le 4 mai 1999, Cougar a soutenu que, s'il convient de rejeter l'évaluation des aéronefs de PAL par Field Aviation parce que cette dernière est un partenaire commercial de Cougar, il convient, pour la même raison, de ne pas tenir compte des avis exprimés par PAL et par son sous-traitant, Northeast. Cougar a aussi contesté plusieurs affirmations énoncées dans les exposés de PAL au sujet des données de vol, de l'importance de l'aéronef dans le projet de surveillance maritime en cause, du certificat de navigabilité, de la question de la « vitesse de pointe », du rôle que Field Aviation a joué dans la modification des aéronefs de PAL, de la question de la charge utile et du traitement spécial accordé à PAL par le MPO et le Ministère. Cougar a soutenu que, quoi qu'il en soit, la question dont le Tribunal est saisi n'est pas de savoir si la proposition de PAL était complète, mais porte plutôt sur l'équité de la procédure de passation du marché public.

Quant aux observations supplémentaires déposées par le Ministère, Cougar a soutenu que le Tribunal devrait ne pas en tenir compte, puisqu'elles ne répondent à aucune nouvelle question soulevée par Cougar.

Quant à la question du dépôt en temps opportun de certains motifs de la plainte dans la présente affaire et de l'opinion du Ministère selon laquelle les fournisseurs potentiels devraient immédiatement porter plainte au Tribunal chaque fois qu'un problème est perçu dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, de soumission ou d'évaluation, Cougar a soutenu qu'un fournisseur doit tenter de régler les problèmes avec l'institution gouvernementale avant d'entreprendre quelque recours juridique officiel que ce soit.

Dans le contexte de la présentation de divers points se rapportant à l'information sur laquelle les évaluateurs se sont appuyés pour évaluer les propositions, à l'avis reçu de Transports Canada et au fait que le Ministère et le MPO se seraient censément exclusivement fiés à l'information incluse dans les propositions pour procéder à l'évaluation des offres, Cougar a indiqué que les trois éléments susmentionnés font ressortir la même chose, à savoir, le manque de connaissances expertes spécialisées en aviation du comité d'évaluation et son défaut de tirer parti des avis d'experts indépendants aux fins de l'évaluation des propositions.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

L'APM identifie le besoin comme se rapportant à la catégorie de services V201A, soit « Transport de marchandises par aéronefs nolisés ». Cougar ne conteste pas le classement dans la catégorie susmentionnée et le Tribunal conclut qu'il s'agit, en l'espèce, d'un classement convenable. Le Tribunal fait également observer que, bien que personne n'ait présenté d'argument en ce sens, une partie des services

visés dans l'invitation à soumissionner pourrait être considérée comme appartenant à la catégorie de services F030, soit « Services de gestion des ressources halieutiques ».

Le Tribunal est d'avis que les deux catégories de services V201 et F030 sont exclues de l'ALÉNA aux termes de la section B de l'annexe 1001.1b-2 de l'ALÉNA. Le Tribunal est également convaincu que les catégories susmentionnées ne sont pas incluses dans la liste du Canada à l'annexe 4 de l'appendice I de l'AMP. Pour ces motifs, le Tribunal détermine que l'invitation à soumissionner ne se rapporte pas à des services assujettis à l'AMP ou à l'ALÉNA et que l'invitation à soumissionner ne porte donc pas sur un contrat spécifique à cet égard. Cependant, les services de surveillance maritime qui font l'objet d'un marché public ne sont pas exclus de l'ACI et, par conséquent, le Tribunal déterminera si la plainte est fondée aux termes de l'ACI.

Cougar a allégué que, contrairement au paragraphe 506(6) de l'ACI, les critères appliqués en vue de l'adjudication du marché n'ont pas été pleinement énoncés dans la DP. Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit, notamment, que « [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 ».

Le Tribunal est d'avis que la publication de six modifications à la DP et la réponse à plus de 100 questions d'éclaircissement durant la période de soumission n'ont rien d'anormal dans le cadre d'un marché public complexe comme celui visé dans la présente affaire, qui a inclus des fournisseurs potentiels n'ayant pas auparavant participé à des offres relatives au besoin en cause. Le Tribunal est d'avis que les faits susmentionnés, à eux seuls, ne permettent pas de conclure que la DP, telle qu'elle a été modifiée, n'était pas claire.

Quant aux affirmations spécifiques de Cougar selon lesquelles la DP n'a jamais éclairci 1) si la configuration des trois aéronefs devait être identique et 2) si un aéronef Beechcraft King Air 200 satisfait aux conditions de la DP, le Tribunal conclut qu'il s'agit là d'affirmations dénuées de fondement. Le Tribunal est d'avis qu'il est amplement clair, à partir des réponses du Ministère aux questions 4, 72 et 100, que les trois aéronefs devaient être « complètement configurés », c.-à-d. qu'ils devaient satisfaire toutes les exigences énoncées à l'appendice « B » de la DP, et que des points d'évaluation supplémentaires ne seraient attribués que pour un aéronef, et uniquement un seul, doté d'une autonomie prolongée. Le Tribunal est d'avis que la DP n'a jamais exigé que la configuration des trois aéronefs soit identique, mais plutôt qu'ils soient complètement configurés, une notion tout à fait compatible avec celle qu'un ou plusieurs aéronefs pouvaient également être dotés d'une autonomie prolongée.

Quant à la deuxième des affirmations susmentionnées de Cougar, le Tribunal est convaincu que le Ministère n'a jamais indiqué avant la clôture de la période de soumission que l'aéronef Beechcraft King Air 200 satisfait les exigences de la DP. Étant donné la structure de la DP, dans laquelle le Ministère a choisi de ne pas indiquer quelle marque particulière ou quel type d'aéronef serait acceptable, mais plutôt d'énoncer les critères que tout aéronef devait satisfaire pour être accepté, il est clair, selon le Tribunal, que le Ministère n'était pas tenu de fournir une telle information.

Cougar a allégué que, contrairement à la procédure prévue à l'ACI, le Ministère n'a pas répondu promptement aux demandes raisonnables de renseignements sur la DP qu'elle a présentées.

Les paragraphes 6(1) et (2) du Règlement¹³ prévoient qu'un fournisseur potentiel peut déposer une plainte ou présenter une opposition dans les dix jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ou de l'opposition. Le Tribunal conclut que Cougar n'a pas satisfait les délais prescrits relativement au motif de plainte susmentionné. Le Tribunal est d'avis que Cougar était au courant du délai de réponse du Ministère à ses demandes de renseignements au plus tard avant la date de clôture de la période de soumission, le 9 octobre 1998. À cet égard, le Tribunal fait observer que la lettre d'opposition de Cougar, également datée du 9 octobre 1998, fait uniquement mention d'un « délai d'un mois entre la date de publication de la DP et la réunion de soumissionnaires » [traduction] et d'un délai de 24 jours pour répondre aux questions soulevées par les soumissionnaires à la réunion par l'intermédiaire de la modification n° 001 datée du 27 août 1998. Le Tribunal est d'avis que Cougar a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les deux faits susmentionnés environ 43 jours avant la lettre d'opposition du 9 octobre 1998 que Cougar a fait parvenir au Ministère et 148 jours avant le 22 janvier 1999, c'est-à-dire la date à laquelle Cougar a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Cougar n'a pas soulevé le motif de plainte susmentionné dans les délais prescrits et, par conséquent, le Tribunal rejette cet aspect de la plainte.

Cougar a allégué que, contrairement au paragraphe 506(5) de l'ACI, le Ministère n'a pas accordé aux fournisseurs potentiels un délai suffisant pour présenter une offre recevable. Selon Cougar, l'insuffisance du délai est particulièrement démontrée par le fait que le Ministère a publié la modification n° 006, qui apportait des changements fondamentaux à la DP, le 30 septembre 1998, neuf jours seulement avant la date de clôture de la période de soumission.

Le paragraphe 506(5) de l'ACI prévoit que « [c]haque Partie accorde aux fournisseurs un délai suffisant pour présenter une soumission, compte tenu du temps nécessaire pour diffuser l'information et de la complexité du marché public ».

Le Tribunal fait observer que les soumissionnaires ne peuvent raisonnablement s'attendre que le Ministère reportera automatiquement la date limite de réception des soumissions chaque fois qu'une modification est apportée. Les soumissionnaires sont en mesure d'évaluer toute l'incidence que les modifications peuvent avoir sur leur capacité à présenter des offres recevables au moment prescrit et c'est donc à ces derniers qu'il incombe, le cas échéant, de demander le report de la date limite de réception des soumissions.

Le Tribunal conclut que Cougar n'a pas satisfait le délai prescrit pour présenter une opposition ou déposer une plainte en ce qui concerne le motif de plainte susmentionné. Le Tribunal est d'avis que Cougar savait pertinemment que la période de soumission se terminait le 9 octobre 1998. Cougar n'a pas soulevé la question dans la lettre du 9 octobre 1998 qu'elle a envoyée pour présenter son opposition. En outre, le Tribunal est convaincu qu'entre la date de clôture de la période de soumission et le 22 janvier 1999, date à

13. 6. (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.

laquelle Cougar a déposé sa plainte auprès du Tribunal, le Ministère n'a jamais indiqué que l'invitation à soumissionner serait annulée, lancée de nouveau, rouverte ou reprise d'une manière quelconque. En fait, les éléments de preuve montrent que le Ministère et le MPO poursuivaient alors l'évaluation des propositions, y compris en demandant des éclaircissements de Cougar le 19 novembre 1998, éclaircissements que Cougar a fournis au Ministère le 23 novembre 1998. Le Tribunal est donc d'avis que Cougar a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de ses affirmations, selon lesquelles le délai pour présenter une soumission était insuffisant, le ou vers le 9 octobre 1998. Cougar n'a introduit ce motif de plainte que 105 jours plus tard, au moment où elle a déposé sa plainte auprès du Tribunal. Le Tribunal n'accueille donc pas le motif susmentionné de la plainte.

Cougar a allégué que, contrairement aux dispositions de l'article 504 de l'ACI, le Ministère a omis d'appliquer la procédure d'appel d'offres d'une manière non discriminatoire, parce que la modification de certaines exigences techniques obligatoires énoncées dans la DP et du calendrier du processus a été effectuée de façon à favoriser PAL.

L'article 504 de l'ACI proscrit, notamment, les formes suivantes de discrimination :

- [2]b) entre les fournisseurs de tels produits ou services d'une province ou d'une région et les fournisseurs d'une autre province ou région.
- [3]b) la rédaction des spécifications techniques de façon soit à favoriser ou à défavoriser des produits ou services donnés, y compris des produits ou services inclus dans des marchés de construction, soit à favoriser ou à défavoriser des fournisseurs de tels produits ou services, en vue de se soustraire aux obligations prévues par le présent chapitre;
- [3]c) l'établissement du calendrier du processus d'appel d'offres de façon à empêcher les fournisseurs de présenter des soumissions.

Le Tribunal fait observer que l'allégation ci-dessus de Cougar se fonde sur la prémisse que la DP originale publiée le 7 juillet 1998 exigeait des aéronefs à configuration unique ainsi qu'une vitesse, une capacité de charge utile et une autonomie améliorées par rapport aux deux DP précédentes, et que les aéronefs fournis par PAL en application des deux contrats de cinq ans précédents ne pouvaient satisfaire ces nouvelles exigences plus rigoureuses. Cougar a donc soutenu que les exigences de la DP originale ont dû être modifiées durant la période de soumission de façon à permettre aux aéronefs de PAL de se qualifier pour la DP.

Certaines spécifications techniques ont été modifiées durant la période de soumission. Le Tribunal est d'avis que le Ministère a le droit de modifier l'énoncé des exigences durant la période de soumission, que ce soit pour les relever, pour en élargir la portée afin de permettre la présentation de solutions équivalentes, ou même pour en réduire la portée afin de mieux refléter le besoin de son client et laisser place à une plus grande concurrence, à condition que tous les fournisseurs potentiels soient informés des modifications et reçoivent une juste occasion d'y réagir.

La question de l'incidence des modifications apportées par le Ministère en l'espèce est difficile à trancher. Cougar a affirmé que la modification des exigences portant sur la vitesse, la charge utile et l'autonomie était substantielle, tandis que le Ministère a soutenu qu'il s'agissait de modifications négligeables, nulles ou non pertinentes.

Quant à la question de la « vitesse de pointe », le Tribunal fait observer que toutes les parties ont convenu que l'expression « vitesse de pointe » n'est pas une expression définie dans la terminologie aéronautique normalisée de Transports Canada et qu'elle n'a pas d'acceptation reconnue ou acceptée dans

l'industrie. Le Tribunal conclut que le Ministère a agi de façon raisonnable lorsqu'il a révisé la section 2.6 de l'appendice « B » de la DP pour communiquer plus clairement le besoin du MPO portant sur la vitesse actuelle sous la forme d'un critère de performance, c'est-à-dire que l'aéronef soit capable d'atteindre un point distant de 250 milles de la base principale d'opérations moins d'une heure après le décollage et ainsi fournir une réaction rapide aux violations présumées de la zone économique exclusive canadienne étendue ou de la zone sous contrôle de l'OTAN par des navires étrangers. De plus, le Tribunal n'est pas convaincu que la nouvelle formulation de l'article 2.6 de l'appendice « B » a substantiellement modifié le critère de la vitesse tel qu'il avait originalement été énoncé. Le Ministère et PAL ont tous deux témoigné que l'aéronef de PAL répond aux conditions portant sur la vitesse telles qu'elles ont été énoncées à la fois dans la DP originale et dans la DP révisée, et le Tribunal n'a pas été convaincu du contraire.

Quant à la charge utile, le Tribunal n'est pas convaincu que l'exigence à cet égard a été modifiée de quelque façon que ce soit durant la période de soumission. Bien que Cougar ait affirmé que la spécification originale correspondait à des aéronefs plus gros et plus rapides, le Tribunal n'en n'est pas convaincu. En fait, lorsqu'il a été interrogé sur exactement le même point durant la réunion de soumissionnaires, le Ministère n'a jamais indiqué, dans sa réponse, que de plus gros aéronefs étaient requis, et a déclaré qu'il ne s'attendait pas à obtenir du financement supplémentaire ni à ce que le programme de surveillance soit élargi dans un avenir prévisible. En outre, PAL a soutenu que l'exigence portant sur la charge utile était moins rigoureuse dans la DP du marché public en cause que dans celles des marchés publics précédents en raison de la suppression des exigences portant sur les caméras de télévision à photosensibilité élevée et les projecteurs externes. Quant à l'exigence portant sur une autonomie améliorée, le Tribunal conclut que cette dernière a été communiquée aux soumissionnaires tôt dans la procédure de soumission et qu'il ne s'agissait pas d'une exigence obligatoire, mais plutôt d'une exigence qui, dans le meilleur des cas, offrait uniquement quatre points supplémentaires à l'évaluation.

Pour les raisons susmentionnées, le Tribunal n'est pas convaincu que la DP originale ait été substantiellement différente des DP précédentes et, par surcroît, que la DP originale a été modifiée substantiellement durant la période de soumission. Par conséquent, le Tribunal trouve non fondée l'affirmation de Cougar selon laquelle des modifications significatives ont été apportées à la DP originale, dans le but d'accommoder les aéronefs de PAL. De l'avis du Tribunal, les modifications ne revêtaient pas une importance capitale; par conséquent, leur introduction tardive dans la procédure de soumission revêt donc un caractère d'autant moins critique.

En outre, il se peut que Cougar n'ait pas agi dans son meilleur intérêt en n'envoyant pas, avant le 23 septembre 1998, la lettre de Field Aviation datée du 2 septembre 1998. Si l'information susmentionnée avait été transmise au Ministère plus tôt, il est possible de croire que la réponse du Ministère, relativement à la question de la « vitesse de pointe », aurait été connue plus tôt, ce qui aurait donné plus de temps à Cougar pour procéder aux adaptations pertinentes.

Le Tribunal doit aussi déterminer si, en répondant à la question 98, le Ministère a, par inadvertance ou autrement, déclaré conformes, avant la clôture de la période de soumission, les aéronefs de PAL et, de ce fait, accordé à PAL un avantage déloyal.

Le Tribunal est d'avis que le Ministère n'a pas déclaré que les aéronefs de PAL étaient conformes à la DP en cause lorsqu'il a répondu à la question 98. Cependant, le Tribunal comprend comment Cougar a pu tirer une telle conclusion, particulièrement à la lumière de la réponse du Ministère à la question 25, qui précisait que tout aéronef répondant aux conditions du MPO serait acceptable. Néanmoins, le Tribunal est

d'avis que la réponse du Ministère à la question 98 doit être interprétée dans son sens étroit, dans le contexte de la question elle-même, qui, selon le Tribunal, portait principalement sur la question de savoir si une opinion d'expert était nécessaire pour déterminer la « vitesse » de l'aéronef Beechcraft King Air 200 modifié par opposition à celle de savoir si les aéronefs étaient acceptables aux termes de la DP. Le Tribunal interprète la réponse du Ministère comme signifiant qu'une opinion d'expert n'était pas requise puisque, « d'après l'expérience », lesdits aéronefs avaient amplement démontré qu'ils pouvaient satisfaire les exigences du MPO relatives à la vitesse.

Quant aux lettres d'intention, le Tribunal conclut qu'il s'agit là d'une exigence dont Cougar a découvert la teneur le 27 août 1998, au moment de la publication de la modification n° 001. Cougar n'a pas fait opposition à la modification avant le 9 octobre 1998, et le Tribunal n'accueille donc pas cet aspect de la plainte, puisque cette dernière n'a pas été déposée dans les délais prescrits par le paragraphe 6(2) du Règlement.

Cougar a soutenu que le personnel du Ministère et du MPO qui a évalué les offres de Cougar et de PAL et décidé d'adjuger le marché à PAL avait une relation de longue date avec PAL et que la procédure d'évaluation a donc été injuste ou a donné l'impression d'être injuste ou partielle.

Le Tribunal fait observer que l'agent de négociation des contrats chargé du marché public en cause n'était pas connu d'aucun soumissionnaire, et qu'il n'en connaissait aucun, avant le début de la procédure dudit marché public. Selon le Tribunal, étant donné l'absence de toute preuve du contraire, l'agent susmentionné ne peut être accusé ni de partialité ni de donner l'impression de partialité. Il est vrai que deux des trois membres du comité d'évaluation provenant du MPO ont travaillé étroitement durant plusieurs années avec PAL, en sa qualité d'entrepreneur titulaire. Ces personnes sont éminemment qualifiées dans le domaine des programmes de surveillance aérienne maritime et leur qualité d'expert à cet égard n'a pas été contestée. En fait, Cougar n'a pas présenté d'opposition portant sur le principe même de la participation du personnel du MPO à l'évaluation des offres. Cougar n'a pas soumis d'élément quelconque de partialité concrète de la part de l'équipe d'évaluation; par conséquent, l'affirmation qu'elle a avancée doit porter sur un élément quelconque d'injustice ou d'impression d'injustice ou de partialité.

Cougar a soulevé la question de savoir si le défaut de retenir les services d'un expert en aviation a été une injustice ou a pu donner une impression d'injustice ou de partialité. Les éléments de preuve au dossier montrent qu'aucun des membres du comité d'évaluation n'était un expert en aviation. Il apparaît au Tribunal que, sauf dans le cas de l'exigence indiquant que les soumissionnaires devaient détenir un certificat valide d'exploitation (transport aérien) et que les aéronefs devaient avoir un certificat de navigabilité valide, soit des éléments confirmés par Transports Canada, le Ministère et le MPO ont accepté telles quelles les déclarations de tous les soumissionnaires concernant la capacité des aéronefs qu'ils proposaient, et ont appliqué le jugement de personnes raisonnablement bien informées, et non celui d'experts. Le Tribunal est convaincu que l'existence d'une grille d'évaluation détaillée, établie au préalable, régissant la distribution des points d'évaluation selon les diverses catégories d'évaluation a aidé le comité d'évaluation. En outre, le Tribunal fait observer que le besoin en cause ne portait pas sur la fourniture d'aéronefs, mais sur la prestation de services de surveillance aérienne maritime. Le Tribunal conclut donc que l'omission de retenir les services d'experts indépendants en aviation n'a pas donné lieu à une injustice.

Il reste la question de savoir s'il existe, d'une manière raisonnable, une apparence d'injustice ou de partialité. Le Tribunal conclut que la question de l'apparence d'injustice ou de partialité n'est pas une question prévue par l'ACI et ne peut donc être arbitrée aux termes dudit accord. Le Tribunal déclare

cependant qu'en omettant de retenir les services d'une tierce partie experte et indépendante, provenant de l'administration gouvernementale ou du secteur privé, lorsqu'il s'est agi de procéder à l'évaluation de certains aspects techniques des propositions, le Ministère et le MPO se sont inutilement exposés à la critique. Cela est particulièrement vrai en l'espèce étant donné le fait que PAL était depuis longtemps l'entrepreneur titulaire du contrat, que deux des évaluateurs avaient travaillé étroitement avec PAL en sa qualité d'entrepreneur titulaire et qu'aucun membre du comité d'évaluation n'avait une connaissance d'expert du domaine de l'aviation.

Cougar a soutenu que, contrairement au paragraphe 506(6) de l'ACI, le Ministère a appliqué, aux fins de l'évaluation de la proposition de PAL, des critères d'évaluation qui n'avaient pas été énoncés dans la DP et a donc incorrectement adjugé le marché à PAL. Plus précisément, sur la foi d'un avis fourni par Field Aviation, Cougar a soutenu que les aéronefs proposés par PAL ne satisfont pas les exigences concernant la vitesse et l'autonomie minimum de six heures requises aux termes de la DP, étant donné les exigences sur la charge utile, et que certains des aéronefs utilisés dans le cadre des contrats précédents peuvent avoir déjà atteint ou dépassé le nombre maximum d'heures de vol normalement autorisé par Transports Canada pour de tels aéronefs et ne satisfont pas l'exigence implicite dans la DP selon laquelle les aéronefs proposés devraient durer toute la période du nouveau marché de cinq ans.

Le Tribunal conclut que le motif de plainte susmentionné est dénué de fondement. De l'avis du Tribunal, les affirmations présentées par Cougar, à cet égard, ne sont pas fondées sur des renseignements directs fournis par PAL au Ministère. La proposition de PAL est un document d'affaires confidentiel auquel Cougar n'a pas eu accès. En outre, il apparaît au Tribunal que les renseignements utilisés par Field Aviation pour fonder son avis sont, au moins en partie, désuets. Les aéronefs utilisés par PAL ont été modifiés à plusieurs reprises depuis que Field Aviation a exécuté des travaux de modification sur les aéronefs de PAL en 1986. Étant donné que ni Cougar ni Field Aviation n'ont accès aux certificats de type supplémentaires documentant les modifications susmentionnées, le Tribunal est d'avis que Field Aviation n'est pas en mesure de présenter des observations sur les aéronefs de PAL qui soient fondées sur une connaissance complète de leur capacité actuelle. Le Tribunal fait également observer que l'avis de Field Aviation a été contesté par Northeast dans le Rapport NEED. Quoi qu'il en soit, les éléments de preuve montrent que ni Field Aviation ni Northeast ne sont des tierces parties indépendantes (Field Aviation a une coparticipation avec PAL, et Northeast, l'auteur du Rapport NEED, est une société qui a effectué des travaux de modification sur les aéronefs de PAL au cours des récentes années) et, pour la raison susmentionnée, le Tribunal a accordé peu de poids à leurs exposés. En outre, le Tribunal ne peut ignorer le fait que Transports Canada a confirmé que les aéronefs de PAL sont sûrs, sécuritaires et en état de navigabilité, et que PAL détient présentement un certificat d'exploitation (transport aérien) valide. Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal est d'avis que Cougar n'a pas établi que le Ministère et le MPO ont incorrectement évalué la proposition de PAL et incorrectement adjugé le marché à cette dernière. Pour tirer une telle conclusion, le Tribunal tient également compte du fait que l'aéronef n'est qu'un élément, important sans doute mais non le plus important, relatif au besoin de services de surveillance aérienne maritime, que la majorité des points prévus dans le mécanisme d'évaluation ne se rapportent pas aux aéronefs, que les résultats obtenus par PAL à l'évaluation sont sensiblement supérieurs à ceux de Cougar et que le prix offert par PAL est sensiblement moindre que celui offert par Cougar.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Le Ministère a demandé, dans le RIF, d'avoir l'occasion de présenter d'autres exposés sur les frais dans la présente affaire. Le Tribunal a déterminé que les circonstances de l'affaire ne justifient pas d'accorder les frais contre Cougar. Bien que la plainte ne soit pas accueillie, sa présentation n'était pas dépourvue de tout fondement¹⁴.

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

14. *Flolite Industries*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-97-045, *Addenda*, le 7 août 1998.