

Ottawa, le mercredi 6 mai 1998

Dossier n° : PR-97-035

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Frontec Corporation 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.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 6 mai 1998

Membre du Tribunal : Arthur B. Trudeau

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Heather A. Grant

Plaignant : Frontec Corporation

Intervenant : Serco Facilities Management Inc.

Avocat pour l'intervenant : Ronald D. Lunau

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le mercredi 6 mai 1998

Dossier n° : PR-97-035

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Frontec Corporation 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*.

CONCLUSIONS DU TRIBUNAL

INTRODUCTION

Le 22 décembre 1997, la société Frontec Corporation (Frontec) 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 W0117-6-M135/E) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère), au nom du ministère de la Défense nationale (MDN), concernant des services d'exploitation et d'entretien du terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay (Terre-Neuve).

Frontec a allégué que, contrairement aux dispositions de l'*Accord sur le commerce intérieur*² (ACI), sa proposition a été injustement et incorrectement exclue du processus de passation de marché public susmentionné et ce, pour diverses raisons possibles : discrimination, évaluation partielle, incorrecte ou incohérente de l'Équipe d'évaluation, qui comprenait une équipe d'évaluation technique et une équipe d'évaluation financière³. Frontec a soutenu que l'évaluation de sa proposition était viciée du fait de facteurs d'évaluation ambigus, d'inconsistances dans l'application des critères d'évaluation ou de l'incompréhension, délibérée ou par simple négligence, de sa proposition par l'Équipe d'évaluation. Plus précisément, elle a allégué que sa proposition aurait dû être évaluée comme étant la « meilleure proposition globale », en fonction de son expérience, qu'elle a soumis la proposition au plus bas prix, que les résultats obtenus pour sa proposition technique, à la suite de la réévaluation des critères cotés, étaient mathématiquement impossibles, que la méthode d'évaluation décrite dans la demande de proposition (DP) n'a pas été respectée ou était

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
2. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.
3. L'équipe d'évaluation technique comptait au total 38 personnes, y compris le chef d'équipe du MDN, et 3 membres de l'équipe de l'examen des activités du MDN qui ont participé à toutes les étapes de l'évaluation ainsi que 34 évaluateurs techniques spécialistes de diverses fonctions. L'équipe d'évaluation financière était composée de l'agent de négociation des contrats du Ministère et de 2 évaluateurs financiers principaux du Ministère, ainsi que d'un conseiller spécial du MDN pour les questions spécifiquement liées aux lignes directrices sur l'établissement des coûts des différents modes de prestation des services.

entachée d'un défaut de conception et, enfin, que sa proposition financière a été ouverte prématurément, viciant de ce fait la procédure d'évaluation.

Étant donné que le marché a déjà été adjugé à la société Serco Facilities Management Inc. (Serco), Frontec a demandé, à titre de mesure corrective, le remboursement des frais qu'elle a engagés dans la préparation de sa proposition, qui ont été évalués à 412 000 \$, dans la préparation et le traitement de la plainte ainsi qu'une somme équivalant aux profits qu'elle aurait pu réaliser si elle avait obtenu le marché, d'une valeur estimative de 9 385 541 \$, sans compter les primes d'encouragement au rendement.

Le 29 décembre 1997, le Tribunal a déterminé que les conditions d'enquête précisées à l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁴ (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et, en conformité avec l'article 30.13 de la Loi sur le TCCE, a décidé d'enquêter sur la plainte. Le 27 janvier 1998, le Tribunal a autorisé Serco à intervenir dans l'affaire. Le 24 février 1998, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵. Le 19 mars 1998, Frontec a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 31 mars 1998, le Tribunal a demandé au Ministère, par écrit, de commenter les observations de Frontec sur le RIF et de répondre à certaines questions spécifiques formulées par le Tribunal. Le 9 avril 1998, le Ministère a répondu à la demande du Tribunal et, le 23 avril 1998, Frontec a fourni 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 26 avril 1997, une DP en régime de concurrence a été diffusée par l'entremise du Service électronique d'appel d'offres canadien (MERX) et de *Marchés publics* portant sur la gestion et la fourniture de services autres que des services de base destinés au soutien du programme de formation au pilotage à basse altitude des Forces alliées, de l'aviation civile et d'autres tiers utilisateurs au terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay, pour une période de cinq ans, avec option de prorogation du marché de deux périodes supplémentaires de un an.

La DP précise qu'une proposition interne⁶ sera présentée par le personnel du gouvernement et indique, à l'article 2.0 de la section II, que toutes les propositions seront évaluées au moyen d'une méthode d'évaluation dite de format tabulaire.

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

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

6. L'exploitation et l'entretien du terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay, a été l'un des premiers projets concernant les différents modes de prestation des services du MDN à inclure la possibilité d'une proposition provenant de l'interne. De ce fait, une méthode de passation du marché intitulée « format tabulaire » a été appliquée au marché en question. Le format tabulaire a été mis au point par la société américaine ASC Group Inc. (Californie) et, de l'avis du Ministère, a été appliquée avec succès dans les grands marchés de services polyvalents pour les ministères de la Défense du Royaume-Uni, de l'Australie et des États-Unis, dans les cas où des propositions internes avaient également été considérées en régime de concurrence directe avec le secteur privé.

La DP se lit, en partie, comme suit :

SECTION II : DIRECTIVES SUR LA PRÉPARATION DES PROPOSITIONS

2.0 FORMAT TABULAIRE

Le présent marché sera exécuté au moyen d'une méthode d'évaluation de format tabulaire. Les directives concernant l'emploi des feuilles de calcul de format tabulaire intitulées *Specific Resource Allocation List* (Liste d'affectation des ressources spécifiques [LARS]) et *General Resource Allocation List* (Liste d'affectation des ressources générales [LARG]), conçus particulièrement pour le projet en question, seront fournies à la réunion des soumissionnaires. De plus amples renseignements figurent à l'annexe C.

ANNEXE C - PRÉSENTATION DES PROPOSITIONS

D. Section 3 (et sections subséquentes) de l'énoncé de travail

En fonction des paragraphes C à G de l'énoncé de travail de chaque section, le soumissionnaire doit :

b) compléter la liste d'affectation des ressources spécifiques (LARS) pour chaque besoin désigné de C à G. Pour chaque besoin (c'est-à-dire article d'exécution de l'énoncé de travail), le nombre proposé d'heures de travail de la main-d'œuvre directe par année^[7] qui sera utilisé doit être indiqué. Ces chiffres seront mis en correspondance avec la description écrite faite par le soumissionnaire de chacun des besoins pour déterminer la faisabilité technique de la proposition. Il n'est pas nécessaire que les ressources proposées pour chaque article d'exécution de l'énoncé de travail correspondent exactement au montant financier indiqué dans le bordereau des prix (puisque le bordereau peut inclure les frais généraux, les bénéfices et tous les autres frais administratifs). [Soulignement ajouté]

[Traduction]

Une réunion des soumissionnaires, à laquelle il était obligatoire d'assister, a eu lieu du 12 au 16 mai 1997, au terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay. Selon le Ministère, 14 parties intéressées, ainsi que l'équipe interne, ont participé à la réunion. Il y a été donné des directives sur la méthode d'évaluation de format tabulaire, et les sociétés intéressées ont reçu des progiciels contenant les feuilles de calcul LARS et LARG devant servir à la présentation de leur proposition. En outre, un procès-verbal détaillé de la réunion des soumissionnaires a été rédigé et distribué à tous les participants. Puisqu'une proposition interne a été reçue suite à l'appel d'offres, il a été demandé à deux observateurs indépendants, un analyste principal en matière de politiques et un vérificateur, tous deux à l'emploi de la Ville d'Ottawa, d'évaluer le processus d'évaluation des propositions. Les observateurs ont accepté d'offrir gratuitement leurs services à la Couronne et aux soumissionnaires. Leur rôle consistait à vérifier que le processus appliqué à l'évaluation des propositions était conforme au processus décrit dans la DP et que les propositions en provenance des secteurs public et privé étaient considérées de façon impartiale.

7. L'expression « heures de travail de main-d'œuvre directe » est définie à la section 2 de l'énoncé de travail, à la rubrique 2.A.2.g, comme suit : « [h]eures de travail réel lié à la fourniture des services requis, à l'exclusion du soutien aux approvisionnements, du soutien à la gestion et à l'administration, de la supervision et des autres frais indirects » [traduction].

Six propositions ont été reçues le 31 juillet 1997, y compris celles de Frontec, de Serco et de l'équipe interne.

Le processus d'évaluation des soumissions s'est déroulé en deux temps : l'évaluation technique et l'évaluation financière. Les soumissionnaires devaient se qualifier au plan technique avant de présenter une proposition financière complète. Par conséquent, la première soumission devait comprendre une proposition technique et des renseignements connexes sur les coûts, mais aucun prix.

La clause 2.1 de l'annexe C de la DP indiquait que l'évaluation technique des propositions se ferait en cinq étapes, à savoir :

- 2.1.1 évaluation selon les critères obligatoires
- 2.1.2 évaluation selon les critères cotés
- 2.1.3 éclaircissement des éléments douteux ou inacceptables
- 2.1.4 réévaluation selon les critères cotés
- 2.1.5 éclaircissements finals

[Traduction]

Selon la DP, la première étape comportait une évaluation de type « réussite ou échec » des propositions en fonction des conditions obligatoires de la DP. Aucune cote individuelle n'était attribuée.

La deuxième étape, l'évaluation selon les critères cotés, comportait deux volets. Premièrement, aux termes de la clause 2.1.2 de l'annexe C de la DP, chaque proposition devait obtenir au moins 70 p. 100 du total possible de points à la section 2 de l'énoncé de travail, « Gestion et administration ». Deuxièmement, chaque article d'exécution des sections 2 à 19 de l'énoncé de travail se voyait attribuer un certain nombre de points⁸, pour un total de 15 725. L'Équipe d'évaluation a défini le facteur de pondération des divers articles d'exécution avant l'examen des propositions, en conformité avec les principes énoncés à l'article 4.1.2.B de l'annexe C de la DP. À chacune des sections de l'énoncé de travail, quatre catégories générales d'évaluation pouvaient s'appliquer : expérience; personnel et ressources; gestion; méthode d'exploitation. Puisque chaque article d'exécution était classé dans l'une des quatre catégories, il était possible de calculer la cote attribuée pour chaque catégorie d'après l'ensemble des résultats de tous les articles d'exécution qui y étaient classés⁹.

La réponse des soumissionnaires à tous les articles d'exécution des 18 sections de l'énoncé de travail devait ensuite être évaluée comme étant a) exceptionnelle, b) acceptable, c) douteuse ou d) inacceptable. Les solutions exceptionnelles (solutions pleinement satisfaisantes comportant une possibilité d'économie financière à la Couronne) et les solutions acceptables (solutions pleinement satisfaisantes) devaient recevoir le nombre maximal de points attribués à chaque article d'exécution. Les solutions

-
8. Par exemple, la section 12 de l'énoncé de travail énonce les nombreuses conditions associées aux articles d'exécution pour le composant « Services d'alimentation ». Certains articles d'exécution étaient assortis d'un facteur de pondération plus élevé que d'autres et pouvaient se voir attribuer davantage de points. Le nombre total de points possibles à la section 12, Services d'alimentation, était de 625.
 9. Par exemple, certains articles d'exécution dans la section 4, Services de météorologie aéronautique, sont des conditions fonctionnelles liées à la catégorie d'évaluation générale « Méthode d'exploitation ». De même, il existe des articles d'exécution à la section 12, Services d'alimentation, qui représentent des exigences également liées à cette même catégorie.

douteuses ne recevaient que la moitié du maximum des points attribués à l'article d'exécution et les solutions inacceptables n'en recevaient aucun.

Une fois terminée la cotation de la proposition des soumissionnaires à tous les articles d'exécution des diverses sections de l'énoncé de travail, les points accumulés à chaque section devaient être additionnés et comparés au nombre maximum de points attribués à ladite section afin de déterminer le résultat procentuel du soumissionnaire. Les cotes obtenues pour chaque catégorie d'évaluation générale devaient également être additionnées et converties en pourcentage.

La troisième étape (également désignée 1^{re} Ronde d'évaluation) devait comporter un examen comparatif de la qualité des diverses propositions dans le but de déterminer quelles propositions offraient la meilleure solution technique et celles qui recevaient une faible cote technique¹⁰. Les propositions qui avaient obtenu une faible cote technique aussi souvent ou plus souvent que toute autre proposition, et qui avaient obtenu une faible cote technique dans au moins trois des quatre catégories d'évaluation générale étaient éliminées et qualifiées d'« insatisfaisantes ». Selon le Ministère, ce fut le cas d'une proposition d'un soumissionnaire, autre que Frontec.

En conformité avec la clause 2.1.3 de l'annexe C de la DP, l'équipe d'évaluation technique devait préparer une liste de questions et d'observations, visant chaque élément d'une proposition d'un soumissionnaire évalué comme étant « douteux » ou « inacceptable », qui serait présentée aux soumissionnaires restants. L'équipe d'évaluation financière devait également préparer des questions destinées aux soumissionnaires. Aux termes de cette même clause, chaque soumissionnaire encore en lice se voyait alors offrir, s'il le demandait, l'occasion de rencontrer l'Équipe d'évaluation et les représentants du Ministère dans le cadre d'une réunion individuelle de trois heures pour lui permettre d'obtenir des éclaircissements sur les questions susmentionnées avant de préparer sa réponse écrite. Les soumissionnaires devaient ensuite présenter leurs réponses écrites. En outre, l'Équipe d'évaluation s'était réservé le droit de poser des questions d'ordre général au sujet de l'ensemble de la proposition, qu'elles aient ou non une incidence sur les résultats au plan technique.

La quatrième étape (également désignée 2^e Ronde d'évaluation) comportait une réévaluation des propositions selon les critères cotés à la lumière des éclaircissements obtenus à partir des réponses écrites des soumissionnaires. La clause 2.1.4 de l'annexe C de la DP précise que la règle appliquée aux réévaluations était basée sur une définition plus rigoureuse d'une faible cote technique, à savoir, un résultat de cinq points de pourcentage inférieur au résultat technique le plus élevé, par opposition à la règle de dix points de pourcentage appliquée à la troisième étape du processus d'évaluation.

La proposition de Frontec a été jugée globalement inacceptable parce qu'elle avait obtenu une faible cote technique dans dix sections¹¹ et dans trois catégories d'évaluation générale après la réévaluation selon

-
10. Un résultat inférieur de plus de dix points de pourcentage au résultat technique le plus élevé obtenu par tout soumissionnaire pour une section ou une catégorie d'évaluation générale donnée.
 11. Sections : 4. Service météorologique pour l'aviation; 5. Contrôle du trafic aérien; 6. Services aériens transitoires et UMA; 7. Soutien aux télécommunications; 8. Entretien du matériel des communications de la navigation, des radars et des terrains d'aviation; 9. Services de sauvetage et d'extinction des incendies d'aéronefs - Lutte contre l'incendie; 10. Transport et entretien; 12. Service de l'alimentation; 14. Service de nettoyage et d'entretien; 17. Entretien des terrains d'aviation, des routes et des terrains.

les critères cotés. Ces trois catégories d'évaluation générale étaient les suivantes : 1) expérience, 2) gestion et 3) méthode d'exploitation. Selon le Ministère, à la fin de la 2^e Ronde d'évaluation, les quatre propositions encore en lice ont été évaluées comme étant acceptables.

Selon le Ministère, l'élimination de la proposition de Frontec à la 2^e Ronde d'évaluation était fondée sur les réponses de Frontec aux questions soulevées par l'Équipe d'évaluation. Ces réponses ont fait ressortir que Frontec avait exprimé certaines économies du coût du réaménagement des effectifs dans sa proposition initiale en insérant des chiffres à valeur négative dans ses feuilles de calcul. Le progiciel des feuilles de calcul n'étant pas conçu pour enregistrer les chiffres à valeur négative, il en est résulté une surévaluation importante des ressources apparemment proposées par Frontec pour exécuter le travail. Selon le Ministère, l'équipe d'évaluation technique n'a pas décelé cette surévaluation parce que le nombre global d'employés de Frontec, indiqué par erreur comme étant de 328, était du même ordre de grandeur que celui des autres soumissionnaires. Étant donné que la proposition de Frontec était montée autour de l'affectation multiple d'un important noyau d'employés, une « réserve de gestion » de 70 employés non affectés à une tâche désignée n'a pas paru inacceptable au Ministère et au MDN. Par conséquent, l'évaluation technique initiale de la proposition de Frontec, à la 1^{re} Ronde d'évaluation, avait été réalisée en fonction d'un nombre surévalué d'employés.

À la réunion tenue entre Frontec et l'Équipe d'évaluation, il est devenu manifeste que les chiffres à valeur négative inclus dans la proposition de Frontec représentaient l'inclusion d'offres d'emploi aux employés touchés. Cependant, ces offres se rapportaient à des tâches hors du champ d'application de la proposition. Les représentants du Ministère ont informé Frontec que les offres d'emploi visant des fonctions non pertinentes au marché ne seraient pas admissibles aux termes de la politique de réaménagement des effectifs du Secrétariat du Conseil du Trésor puisque le MDN n'en tirerait aucune économie.

À la 2^e Ronde d'évaluation, la proposition de Frontec, assortie des éclaircissements demandés, présentait encore la même solution de réaménagement des effectifs, mais sans les chiffres à valeur négative dans les feuilles de calcul. Ainsi, sur la foi des éclaircissements reçus de Frontec, la réévaluation selon les critères cotés a été effectuée en fonction de l'affectation réelle révisée des ressources, soit 278 employés, par rapport à 328 dans sa proposition initiale. La réévaluation a débouché sur des résultats moins élevés dans la catégorie d'évaluation générale « Gestion » et des résultats insatisfaisants aux sections Services de météorologie aéronautique, Services d'alimentation et Services d'entretien des terrains d'aviation, des routes et des terrains de l'énoncé de travail.

Le 24 septembre 1997, le Ministère a avisé Frontec que sa proposition avait été jugée « insatisfaisante », étant donné qu'elle avait obtenu une faible cote technique dans dix sections et dans trois catégories d'évaluation générale de l'énoncé de travail.

Dans une lettre datée du 26 septembre 1997, Frontec a soumis, spontanément, une proposition d'une page, intitulée « Coût total au gouvernement » [traduction], à un cadre supérieur du MDN.

Le 30 septembre 1997, Frontec a demandé le report de la date de clôture des soumissions jusqu'à la fin d'une étude indépendante de la méthode d'évaluation de format tabulaire. Le 1^{er} octobre 1997, le Ministère a avisé Frontec qu'il était impossible de reporter la date de clôture et que des mesures avaient été entreprises pour qu'une tierce partie indépendante examine le processus d'évaluation. Le même jour, Frontec a soumis une lettre contenant sa proposition de prix à l'Unité de réception des soumissions du Ministère. Lorsque l'agent de négociation des contrats a ramassé les propositions après 14 h, l'heure de

clôture, la lettre susmentionnée de Frontec, datée du 26 septembre 1997, était du nombre des propositions reçues. Ladite lettre a été retournée à Frontec le 2 octobre 1997.

Le 2 octobre 1997, après avoir reçu des quatre soumissionnaires encore en lice les propositions techniques finales et les propositions financières complètes, assorties de tous les coûts, l'équipe d'évaluation technique a mené l'évaluation des propositions à terme. Selon le Ministère, les propositions des quatre soumissionnaires ont toutes été jugées satisfaisantes au plan technique.

La société de vérification Ernst & Young a procédé à un examen indépendant du processus d'évaluation, selon les termes convenus par le Ministère et Frontec. Cette société avait été choisie en raison de sa connaissance et de son expérience de la méthode d'évaluation de format tabulaire au sein du MDN.

Ernst & Young a soumis son rapport final au Ministère le 12 novembre 1997. Le rapport conclut que la procédure de passation du marché a été menée d'une façon impartiale et en conformité avec les dispositions de la DP.

Le 15 décembre 1997, les soumissionnaires dont la proposition n'avait pas été retenue ont été avisés qu'un marché d'une valeur de 135 905 361 \$ (TPS de 15 p. 100 comprise) avait été adjugé à Serco.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position de Frontec

Dans ses observations, Frontec soutient que le RIF avance deux positions contradictoires quant à la méthode d'évaluation, ces dernières ne pouvant pas être toutes deux vraies. En outre, une desdites positions ne cadre pas avec la méthode d'évaluation de format tabulaire et l'autre est impossible à appliquer. Frontec soutient que le Ministère tente de justifier le processus qu'il a suivi en citant des « observateurs indépendants » et un rapport d'une tierce partie. Cependant, selon Frontec, l'un des observateurs est un ancien lieutenant-colonel qui connaît bien le processus afférent aux différents modes de prestation des services et qui est retourné dans les Forces canadiennes immédiatement après la passation du marché public en question, et le rapport des experts-conseils a accepté telles quelles les affirmations contradictoires du Ministère et du MDN quant à la méthode d'évaluation.

Frontec soutient également que le Ministère a tenté de justifier les résultats de l'évaluation en affirmant que 1) la solution de Frontec se situait en-deça des besoins en personnel ce qui, selon Frontec, indique l'existence d'un préjugé sous forme de solution préconçue de dotation en personnel dans l'esprit des observateurs; 2) la solution novatrice de réaménagement des effectifs a été jugée invalide, et pourtant Frontec dispose d'éléments de preuve écrits que des propositions similaires ont satisfait à la politique gouvernementale; 3) les coûts de Frontec n'étaient pas les plus bas, et pourtant le Ministère a adjugé le marché à Serco, apparemment sans considérer ou évaluer le risque technique de sa solution de réaménagement des effectifs.

Frontec soutient en outre que le RIF fait manifestement ressortir que sa proposition a été rejetée à la suite d'une modification en bloc des résultats attribués à sa proposition, après qu'elle ait déposé ses réponses au cours de la 1^{re} Ronde d'évaluation. Frontec dit comprendre qu'une telle modification en bloc des résultats attribués à sa proposition était justifiée, selon le Ministère, parce que sa proposition avait reçu le « bénéfice du doute », à la 1^{re} Ronde d'évaluation, quant au nombre d'employés qu'elle proposait pour l'exploitation et l'entretien du terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay.

Frontec soutient que l'introduction d'une considération aussi subjective dans la méthode d'évaluation de format tabulaire contredit directement le protocole de ladite méthode, qui est réputée être une méthode d'évaluation objective, à l'abri de toute intervention subjective. Frontec soutient que l'explication fournie n'est pas crédible. En vérité, comment le Ministère pouvait-il considérer comme équivalents les 35 employés supplémentaires proposés par Frontec et une réserve de gestion comptant 70 employés non affectés spécifiquement à une tâche désignée, mais sur lesquels on pourrait compter, au besoin, pour exécuter les tâches désignées, alors que chacun des 35 employés supplémentaires susmentionnés était identifié par une catégorie de poste, qu'aucun d'entre eux n'était gestionnaire et que la plupart des employés en question n'avaient pas les compétences nécessaires pour accomplir des tâches liées au service de sauvetage et d'extinction des incendies d'aéronefs et du contrôle du trafic aérien. La proposition de Frontec ne faisait aucunement mention de formation visant à modifier ces compétences. En outre, Frontec soutient que les évaluateurs techniques n'avaient aucun moyen de savoir si les employés de la « réserve de gestion » en question avaient précédemment été affectés ou avaient fait l'objet de dénombrement par d'autres évaluateurs techniques dans le cadre de leur évaluation.

Quant à la question de l'acceptabilité de la solution de réaménagement des effectifs de Frontec, cette dernière soutient que la position du Ministère dans le RIF n'est corroborée que par une note de service interne du MDN renvoyant à de simples oui-dire d'un expert-conseil non identifié à l'emploi du Secrétariat du Conseil du Trésor. Ladite note de service, datée du 8 octobre 1997, donc de plusieurs jours après l'exclusion de Frontec du processus de passation de marché public, le 24 septembre 1997, n'a jamais été communiquée à Frontec et, selon cette dernière, constitue au mieux un élément *ex post facto* du dossier. En outre, Frontec soutient qu'elle avait, au moment où elle a soumis ses réponses aux questions du 15 septembre 1997, reçu l'avis de représentants supérieurs du gouvernement que la solution d'embauche novatrice qu'elle proposait était une stratégie recevable de réduction de la responsabilité du gouvernement aux termes de la politique de réaménagement des effectifs.

Selon Frontec, le RIF peut se résumer comme suit : étant donné la solution novatrice de réaménagement des effectifs de Frontec, il y a eu confusion chez les évaluateurs du Ministère et du MDN à la 1^{re} Ronde d'évaluation. Cette confusion a initialement été tranchée en donnant le « bénéfice du doute » à la proposition de Frontec lors de l'évaluation de cette dernière ce qui, consécutivement, a mené à une réévaluation en bloc de sa proposition. Selon Frontec, un autre élément fondamental de la position du Ministère se rapporte à l'affirmation supplémentaire selon laquelle, une fois levée la confusion quant au rôle des employés supplémentaires, le Ministère s'est rendu compte que Frontec ne disposait pas d'un effectif suffisant pour accomplir le travail.

Pour conclure ses observations générales, Frontec soutient qu'elle ne demande pas au Tribunal de substituer son jugement à celui des évaluateurs. Ce qu'elle demande au Tribunal, c'est de tirer la conclusion évidente que la proposition de Frontec, même si elle avait fait montre d'expérience pertinente directe, d'un plan de dotation assorti d'un moindre risque et d'une solution novatrice de réaménagement des effectifs, a été éliminée parce qu'elle était « irrecevable au plan technique ». Enfin, Frontec demande au Tribunal de ne pas se laisser leurrer par la tentative du Ministère de présenter la méthode d'évaluation de format tabulaire comme étant à la fois une méthode objective et une méthode qui, en l'espèce, par l'application des propres mesures discrétionnaires du Ministère, a donné des résultats dissemblables lors de deux évaluations de la même proposition.

Quant à la réévaluation de sa proposition, Frontec soutient que le Ministère fait valoir deux positions contradictoires, dont aucune n'est crédible. En vérité, si l'évaluation de chaque article d'exécution dépendait

du nombre d'employés, ainsi que l'a indiqué le Ministère au paragraphe 27c) du RIF et qu'il a été communiqué par le Ministère à Frontec durant la réunion individuelle, une telle dépendance est contraire à la méthode d'évaluation de format tabulaire reconnue et documentée, puisque le nombre d'employés n'a aucune importance au niveau de l'évaluation de chaque article d'exécution. D'autre part, s'il est supposé que l'évaluation par article d'exécution n'a pas été influencée par le nombre d'employés, ainsi que le Ministère le fait maintenant valoir, il s'ensuit que toutes les préoccupations du Ministère et du MDN concernant la capacité de Frontec à accomplir le travail de façon satisfaisante doivent avoir été intégrées aux questions concernant les articles d'exécution incluses à la 1^{re} Ronde d'évaluation. Les réponses qu'a données Frontec à ces questions étaient pour une grande part acceptables au Ministère et, de ce fait, selon Frontec, une nouvelle cotation uniquement d'après lesdites questions aurait eu pour effet que Frontec serait passée à la phase finale de l'évaluation.

En outre, Frontec soutient que le concept de « réserve de gestion » est le produit de l'imagination des évaluateurs. La section 1, « Sommaire », de sa proposition indique que les emplois de type 2 visant 35 employés, en plus des employés proposés pour l'exploitation efficiente en régime continu du terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay, devaient être offerts à partir de ses autres activités en croissance dans la région. Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'élaborer un tel concept et d'attribuer les ressources de la « réserve de gestion » à des articles d'exécution, sur une base quelconque. De plus, un tel exercice d'affectation était dénué de fondement, et il n'existait aucun processus particulier permettant aux évaluateurs de tenir compte des ressources de cette « réserve » dans l'évaluation des articles d'exécution et aucune méthode de contrôle de ce processus n'avait été établie.

Frontec soutient en outre que la méthode d'évaluation de format tabulaire ne prévoit pas les niveaux de dotation. Ce qu'elle prend en compte, ce sont les « heures de travail » (qu'il ne faut pas confondre avec les « ressources humaines » ni avec le « nombre d'employés »), ces heures étant converties sur une base annuelle en équivalents temps plein (ETP), par division du nombre total d'heures de travail par le nombre d'heures de production par employé. Le nombre total d'ETP par section et dans l'ensemble représente le nombre minimum d'employés requis pour accomplir le travail proposé. Frontec affirme que son total d'ETP à la 1^{re} Ronde d'évaluation était de 229,4. Selon Frontec, l'objet premier du total d'ETP est de servir de jalon pour évaluer la proposition d'un soumissionnaire en termes d'effectif réel. L'effectif réel proposé ne peut être inférieur aux ETP calculés comme étant nécessaires pour accomplir le travail. Dans un tel contexte, Frontec soutient que sa proposition initiale indiquait 327,8 employés par rapport à 229,4 ETP et que même sans tenir compte des 70 employés de la « réserve de gestion », son offre de 258 employés correspondait à 29 employés de plus que le besoin en ETP.

Quant au rapport soumis par la société Ernst & Young, Frontec soutient que ce rapport n'examine pas les éléments de preuve indiquant un nombre préconçu d'employés, que les déclarations du Ministère et du MDN y sont acceptées sans poser de questions et que ladite société n'a pas approfondi l'examen des questions qu'elle a identifiées concernant une perception de partialité du processus d'évaluation.

Abordant les questions de procédure dans l'évaluation de son offre, Frontec soutient, notamment, que la réévaluation de sa proposition a pour l'essentiel été effectuée par les quatre membres de l'équipe d'évaluation financière, sans l'aide réelle des experts techniques. Le fait est confirmé dans le rapport d'Ernst & Young. En outre, Frontec fait valoir que, par exemple, la section 6, Services aériens transitoires et UMA, de sa proposition prévoit que les services seront rendus par voie de sous-traitance et que cette section ne pouvait être influencée par tout éclaircissement sur le nombre d'employés ailleurs dans sa proposition. Pourtant, la section 6 a été réévaluée, de nouvelles questions ont été demandées et le résultat a

chuté, passant de 100 p. 100 à 88 p. 100, ce qui a eu pour effet que ladite section a obtenu une faible cote technique. Frontec ajoute que, ayant précisé la disponibilité, dans ses réponses aux demandes d'éclaircissements à la 1^{re} Ronde d'évaluation, de 35 employés de plus que les besoins du projet en régime stabilisé d'exploitation pour procurer un soutien durant la transition et le « maintien du rendement » durant la vie du marché, le nombre d'employés s'en trouve effectivement rehaussé, passant de 277 (inclus dans l'établissement des prix de sa proposition) à 312. Dans un tel contexte, Frontec soutient qu'il est impossible que le nombre réel d'employés, 312, soit « en-deça des besoins ou des attentes » au point de semer quelque doute important quant à un accroissement du risque ou une perturbation de l'activité. De plus, si le Ministère s'attendait à un nombre d'employés, il s'agit là d'un préjugé dans la procédure. En vérité, s'il existait une condition touchant la taille minimum de l'effectif, tous les soumissionnaires auraient dû en être informés.

Quant à la question des observateurs indépendants, Frontec soutient que ces derniers n'étaient pas indépendants, puisque l'un des deux observateurs a joué un rôle crucial dans l'élaboration et la mise en œuvre du processus afférent aux différents modes de prestation de services au MDN. Frontec pose l'hypothèse que l'associé dudit observateur a eu l'occasion de prendre connaissance des opinions de ce dernier. De même, il semblerait que lesdits observateurs n'étaient pas présents au cours de la 2^e Ronde d'évaluation.

Enfin, Frontec soutient que l'affirmation du Ministère selon laquelle la section 2 a été évaluée uniquement jusqu'au niveau du gestionnaire de site n'est pas plausible. En vérité, les demandes de renseignements énoncées à l'annexe C relativement à la section 2 portent bien au-delà du niveau de gestionnaire du site et, dans le cas d'une évaluation ayant obtenu un très fort résultat à la section 2, comme ce fut le cas pour Frontec, il est impossible de connaître l'échec dans dix sections fonctionnelles où les effectifs et la structure de gestion sont exactement les mêmes.

Dans ses observations finales, Frontec soutient que la réponse du Ministère à la question du Tribunal concernant la façon dont le Ministère a procédé pour donner le « bénéfice du doute » à la proposition de Frontec au cours de l'évaluation corrobore l'affirmation de Frontec selon laquelle sa proposition a été évaluée d'après le nombre d'employés plutôt que du point de vue des « heures de travail » comme le veut la méthode d'évaluation de format tabulaire. En outre, selon Frontec, la réponse du Ministère confirme l'absence de fondement à l'affectation du personnel de la « réserve de gestion » à des articles d'exécution particuliers, l'absence de processus ou de méthode spécifiques pour aider les évaluateurs à tenir compte des ressources de la « réserve » aux fins de l'évaluation des articles d'exécution ainsi que l'absence de méthodes de contrôle du processus. En outre, Frontec affirme que les observations du Ministère recèlent des éléments de preuve contradictoires quant à savoir si le « bénéfice du doute » a été accordé à tous les soumissionnaires ou même accordé tout court y compris à Frontec. De fait, bien que l'exposé du Ministère laisse croire que le « bénéfice du doute » n'a été accordé qu'à Frontec en raison de la confusion alléguée quant au nombre d'employés dans sa proposition, le rapport d'un des deux observateurs indépendants indique qu'il n'existe aucun élément de preuve qu'un traitement de faveur ait été accordé à l'une ou à l'autre des propositions.

Quant aux feuilles de justification produites par les évaluateurs au moment de l'évaluation des articles d'exécution et particulièrement en ce qui touche la fourniture de véhicules, Frontec soutient que lesdites feuilles étaient incomplètes, manquaient de cohérence et comportaient des renseignements inexacts. Elle ajoute que, dans la mesure où ces feuilles ont fait état de présumées lacunes dans sa proposition, les questions d'éclaircissement que le Ministère en a tirées étaient tellement générales qu'elles masquaient les préoccupations précises du Ministère, empêchant ainsi Frontec de véritablement aborder les problèmes. En outre, Frontec soutient que, contrairement à l'affirmation du Ministère, le coût des véhicules était inclus dans

sa réponse initiale du 31 juillet 1997. Collectivement, et compte tenu que le Ministère a omis de produire à l'enquête toutes les feuilles de justification pertinentes, les anomalies susmentionnées, selon Frontec, portent à croire que les motifs allégués de l'élimination de la proposition de Frontec ne peuvent être prouvés par les feuilles de justification des évaluateurs.

Frontec soutient de plus que, sans contester l'expérience de Serco, dont elle ne peut juger que d'après le contenu du dossier public, il n'est néanmoins pas plausible que l'expérience de Serco puisse avoir mérité une cote supérieure à celle de Frontec en ce qui touche les sections 3 à 18 de l'énoncé de travail.

Quant à la question de l'établissement du coût global le plus bas pour la Couronne, Frontec soutient que les propositions auraient dû être évaluées en tenant compte du facteur de risque, non seulement à l'étape de l'évaluation financière, mais également à l'étape de l'évaluation technique. À cet égard, Frontec reconnaît qu'aucune condition de la DP n'exigeait que les soumissionnaires incluent dans leur solution de réaménagement des effectifs des postes de type 2. Toutefois, elle fait valoir que, puisque l'offre de postes de type 3, moins attrayants, représente en soi un risque plus élevé pour la Couronne, le Ministère aurait dû tenir compte de la nature du risque dans l'évaluation technique de la proposition de Serco. Dans un tel contexte, Frontec soutient que les mesures de transition mises en place par le gouvernement depuis l'adjudication du marché ont eu pour effet de subventionner le système de rémunération offert par Serco, le rendant plus facilement réalisable. Concluant sur ce point, Frontec affirme que les évaluateurs n'auraient pas dû rejeter sommairement sa dernière proposition de réaménagement des effectifs visant l'affectation de 35 autres employés touchés du gouvernement à du travail de maintien du rendement dans l'exécution du marché, clairement lié à l'activité du terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay, effectué au même emplacement.

Frontec soutient enfin que le RIF et les observations subséquentes soumises par le Ministère corroborent son point de vue que le Ministère attendait des soumissionnaires un certain nombre d'employés. Une telle attente, selon Frontec, est incompatible avec la méthode d'évaluation de format tabulaire et, en tout état de cause, aurait dû être clairement énoncée dans la DP.

Position du Ministère

Le Ministère soutient que la procédure d'évaluation et les critères applicables au marché public en question ont clairement été énoncés dans la DP et que le processus d'évaluation a été expliqué en plus de détails à la réunion des soumissionnaires de mai 1997. En outre, les soumissionnaires ont eu amplement l'occasion d'obtenir d'autres éclaircissements durant la période de soumission. Cependant, uniquement trois questions ont été soulevées quant aux critères cotés qui font l'objet de la plainte. Soulignant que le processus d'évaluation avait été soumis, avec succès, à l'examen de deux observateurs indépendants et a fait l'objet d'observations positives dans le cadre de l'examen qu'en a fait Ernst & Young, le Ministère soutient que le rôle du Tribunal, dans la présente affaire, est de déterminer si la proposition de Frontec a été évaluée en conformité avec les critères énoncés dans la DP et que le Tribunal doit s'en remettre au jugement de l'Équipe d'évaluation sur les cotes spécifiques (voir l'affaire *Mirtech International Security Inc.*¹²).

Le Ministère conteste les affirmations de Frontec quant à l'expérience de cette dernière et au prix de sa soumission. En ce qui a trait à l'expérience, le Ministère soutient qu'il s'agissait là d'un critère obligatoire de type « réussite ou échec » ne laissant place à aucune évaluation qualitative. En outre, rien dans la DP n'exigeait que l'expérience pertinente du soumissionnaire soit obligatoirement liée à un terrain d'aviation

12. Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-96-036, le 3 juin 1997.

militaire canadien ni qu'elle ait été acquise dans le cadre de projets identiques. Les projets de nature similaire étaient réputés acceptables. En ce qui a trait au prix, le Ministère soutient que la proposition de prix soumise par Frontec n'a pas été sollicitée, a été soumise après que le Ministère eut déclaré que Frontec ne s'était pas qualifiée et, par conséquent, qu'elle n'a pas fait l'objet d'examen.

Quant à l'allégation de Frontec selon laquelle les résultats de la réévaluation selon les critères cotés, au cours de la 2^e Ronde d'évaluation, représentent une impossibilité mathématique, le Ministère soutient que les modifications résultent des réponses fournies par Frontec aux demandes d'éclaircissement. Ces réponses ont considérablement réduit l'affectation des ressources proposées par Frontec pour le projet en question, ce qui a eu une incidence sur les résultats qu'elle a obtenus relativement à plusieurs articles d'exécution et aux catégories d'évaluation générale connexes. En outre, le Ministère soutient que ni les observateurs indépendants ni Ernst & Young, dans le cadre de leur examen, n'ont trouvé à redire au sujet de la réévaluation de l'offre de Frontec, telle qu'elle a été réalisée à la quatrième étape du processus d'évaluation.

Frontec a allégué que les faibles cotes qu'elle a obtenues dans les catégories d'évaluation générale Expérience, Gestion et Méthode d'exploitation démontrent l'existence d'un vice de conception dans la méthode d'évaluation ou que cette méthode a, délibérément, par négligence ou par erreur, été mal appliquée. À cet égard, le Ministère fait valoir que l'expérience antérieure qu'invoque Frontec se rapporte à l'évaluation de type « réussite ou échec » de critères obligatoires et non à l'évaluation d'articles d'exécution des sections 2 à 19 de l'énoncé de travail. La règle « réussite ou échec » appliquée pour évaluer l'expérience était connue de Frontec au moment ou à peu près au moment où la DP a été diffusée et lorsque la réunion des soumissionnaires a eu lieu. Il est donc maintenant trop tard pour soulever cette question. En outre, le Ministère fait observer que Frontec a satisfait les critères d'expérience antérieure (96 p. 100 du total des points possibles) et n'a donc pas été lésée à ce titre par l'évaluation.

Quant aux résultats obtenus par Frontec dans la catégorie d'évaluation générale Gestion, y compris pour la solution qu'elle a avancée pour la participation des Autochtones, le Ministère soutient à nouveau que Frontec tente d'obtenir que le Tribunal substitue son jugement à celui de l'équipe d'évaluation technique, afin d'obtenir un résultat différent. De plus, selon le Ministère, Frontec a reçu la cote maximum de 60 points pour sa proposition visant la participation des Autochtones et, contrairement à ce qu'elle affirme, ne s'est pas vue attribuer une faible cote technique à la section 2 de l'énoncé de travail.

Quant à la catégorie d'évaluation générale Méthode d'exploitation, le Ministère soutient qu'il incombe aux soumissionnaires de présenter des propositions claires. En l'espèce, selon le Ministère, même après une réunion individuelle et des questions ponctuelles d'éclaircissement, l'offre de Frontec est demeurée obscure et vague sur plusieurs points liés à sa méthode d'exploitation, et a été cotée en conséquence. Le Ministère a cité en exemple les réponses relatives aux ressources et aux procédures connexes aux Services de météorologie aéronautique, à l'affectation du matériel et des ressources, à l'enlèvement de la neige et de la glace, ainsi qu'aux méthodes appliquées pour accomplir de telles tâches. Cependant, le Ministère soutient que Frontec déclare à tort que seuls les chefs d'équipe ont participé à la réévaluation des critères cotés. En fait, les questions adressées à tous les soumissionnaires, passé la troisième étape du processus d'évaluation, ont été rédigées d'après les observations des spécialistes fonctionnels recrutés dans l'ensemble du Canada et lesdites questions et observations ont fait l'objet de discussions entre les chefs d'équipe et les experts techniques avant d'être communiquées aux soumissionnaires. Le Ministère soutient que, d'une façon générale, l'examen des réponses aux questions n'exigeait pas la participation des spécialistes fonctionnels, sauf si ces réponses ne portaient pas sur les préoccupations relevées. Dans ces

derniers cas, les spécialistes fonctionnels ont été consultés avant l'établissement final des résultats de l'évaluation.

Quant à l'allégation de Frontec, selon laquelle il y aurait eu un vice de conception de la méthode d'évaluation, démontrée par le fait qu'elle a obtenu 96 p. 100 à la section 2, Gestion et administration, tout en obtenant une faible cote technique à la catégorie d'évaluation générale Gestion, le Ministère soutient que Frontec a établi, à tort, un rapport entre ces deux résultats. Le premier résultat vise une section particulière de l'énoncé de travail, tandis que le second se rapporte à une catégorie d'évaluation générale qui regroupe les résultats obtenus pour les articles d'exécution de différentes sections de l'énoncé de travail.

Le Ministère soutient de plus que la proposition de Frontec a été évaluée en détail et qu'il a été conclu à un manque de ressources pour accomplir certaines fonctions de façon satisfaisante. Selon le Ministère, ce manque de ressources a fait émerger des doutes quant à la capacité de Frontec de mener à bien à coup sûr les activités pour le client, particulièrement durant les périodes de pointe ou lors d'opérations imprévues et dans les cas d'urgence. De plus, le Ministère conteste l'allégation de Frontec selon laquelle la proposition de cette dernière n'a pas été évaluée en termes de chaque article d'exécution. Au contraire, le Ministère soutient que, lorsque Frontec a soumis de nouveau sa proposition, indiquant 245 ETP plutôt que 229 et un effectif réel de 277 personnes plutôt que de 328, le degré d'acceptabilité de la proposition a baissé pour certains articles d'exécution, cette baisse se répercutant sur les résultats obtenus pour chaque section ainsi que sur ceux obtenus pour les critères d'évaluation générale.

Quant à l'ouverture de la proposition de prix soumise par Frontec, le Ministère soutient que la proposition de prix soumise le 1^{er} octobre 1997 à l'Unité de réception des soumissions a été retournée à Frontec le 2 octobre 1997, sans que le Ministère n'en garde copie. De plus, le Ministère soutient que, si la possibilité d'une divulgation du prix qu'elle proposait préoccupait Frontec, cette dernière n'aurait pas dû soumettre ladite proposition au MDN cinq jours avant la date de clôture des soumissions, en empruntant une voie de communication non protégée et non contrôlée.

Dans ses observations finales, le Ministère soutient que, contrairement à l'allégation de Frontec, la méthode d'évaluation de format tabulaire vise à tenir compte de toutes les ressources (main-d'œuvre, matériel, équipement, fonds, etc.) et à en évaluer l'utilisation à divers niveaux. Les évaluateurs ont reçu une formation sur l'application des feuilles de calcul LARS et LARG de manière à pouvoir considérer tous les renseignements dans leur évaluation. Le Ministère soutient en outre qu'aucun nombre d'employés n'a été fixé au préalable et que chaque article d'exécution a été évalué d'après son mérite propre pour déterminer si le nombre réel d'heures de travail proposé par les soumissionnaires suffisait pour exécuter le travail, selon les moyens et les méthodes proposés par les soumissionnaires. Le Ministère soutient que, lorsque des soumissionnaires ont indiqué qu'ils recourraient aux affectations multiples ou à du personnel polyvalent pour exécuter certaines fonctions, les évaluateurs techniques ont tenu compte de la méthode globale d'exécution des soumissionnaires. Le Ministère soutient de ce fait que, comme il convient, les évaluateurs ont examiné toutes les ressources, y compris les ressources en personnel disponibles dans d'autres sections lorsqu'ils ont évalué l'acceptabilité des réponses à chaque article d'exécution. Le Ministère soutient que l'emploi de l'expression « bénéfice du doute » dans le RIF visait à véhiculer la notion que les évaluateurs, bien que requis d'appliquer au mieux leur faculté de jugement dans l'évaluation des articles d'exécution particuliers, pouvaient attribuer aux articles d'exécution une évaluation « acceptable », ou « douteuse » plutôt que « douteuse » ou « inacceptable », lorsqu'un soumissionnaire avait omis d'inclure une « description détaillée » des ressources contribuant à un article d'exécution particulier.

Quant au risque pour la Couronne associé aux diverses solutions de réaménagement des effectifs, le Ministère soutient que ce risque a fait l'objet d'évaluation dans le cadre de l'évaluation financière et était prévu dans la condition selon laquelle l'effectif proposé par un soumissionnaire devait se composer, à 70 p. 100, d'employés de l'État affectés. Dans un tel contexte, le Ministère a déterminé que la responsabilité de la Couronne à l'endroit des employés touchés aux termes de la politique de réaménagement des effectifs du Secrétariat du Conseil du Trésor était moindre dans le cas des offres d'emploi du type 1 et du type 2 que dans le cas des offres d'emploi du type 3. De toute façon, le Ministère soutient que les propositions de chaque soumissionnaire devaient faire l'objet d'une pondération en termes de l'ampleur globale de la responsabilité financière de la Couronne associée aux diverses solutions de réaménagement des effectifs, et qu'il a été pleinement tenu compte de cette valeur au moment de l'évaluation financière.

Quant à l'allégation de Frontec selon laquelle certaines mesures gouvernementales de transition ont représenté un soutien financier à la proposition de Serco, le Ministère soutient que l'indemnité de poste isolé et les mesures de transition connexes au logement ne sont pas un appui à Serco ni un autre avantage financier quelconque pour cette dernière. Ces mesures n'étaient pas prévues au moment de la diffusion de la DP ni envisagées durant la période où les soumissions ont été évaluées et le marché adjugé.

La question du réaménagement des effectifs comporte, selon le Ministère, deux volets, à savoir celui des ressources et celui de la responsabilité de la Couronne. Le Ministère soutient que, quant aux ressources, Frontec a déclaré dans sa proposition, sous la rubrique « Embauche locale », ce qui suit : « [L]a société va plus loin, et s'est engagée à offrir des emplois de type 2 à 35 employés en plus des emplois proposés pour une exploitation efficiente en régime stabilisé de la base, et à exclure le coût de ces employés de sa soumission » [traduction]. Selon le Ministère, la déclaration susmentionnée de Frontec suppose que les 35 employés en question s'ajoutent au nombre d'employés indiqué dans ses feuilles de calcul. Le Ministère soutient en outre que le deuxième volet porte uniquement sur la responsabilité de la Couronne et n'aurait eu une incidence sur la proposition financière de Frontec que si sa proposition technique lui avait permis de se qualifier. En tout état de cause, la vérité pure et simple demeure que, bien que novatrice, la solution de réaménagement des effectifs proposée par Frontec n'était pas, selon le Ministère, conforme à la politique de réaménagement des effectifs du Secrétariat du Conseil du Trésor et ne pouvait donc amoindrir la responsabilité de la Couronne aux termes de ladite politique. Le Ministère soutient que cette dernière décision a été rendue avant la sélection d'un entrepreneur, était conforme à la décision communiquée de vive voix à Frontec à la réunion individuelle d'août 1997 et n'a eu aucune incidence sur l'évaluation de la proposition technique de Frontec.

Le Ministère soutient aussi que l'affirmation de Frontec selon laquelle, dans le cadre de l'évaluation de format tabulaire, le terme « ressources » signifie « heures de travail » ou « matériel », est tout simplement erronée. Une évaluation bien faite, selon le Ministère, ne peut examiner un élément des ressources sans en observer l'ensemble. De ce fait, des heures de travail acceptables au niveau des articles d'exécution peuvent donner un cumul inacceptable au niveau du total des ETP. En outre, le Ministère soutient que, lorsqu'un soumissionnaire n'a pas clairement établi une « description détaillée » de distribution de ses ressources dans le cadre de sa proposition, les évaluateurs avaient pour directive de procéder par voie de questions d'éclaircissement. Dans les cas où de telles réponses ont été reçues, la méthode d'évaluation de format tabulaire a permis de réévaluer un article d'exécution, ou tous les articles d'exécution, visés par l'éclaircissement et ce, quelle que soit l'étape du processus d'évaluation. Dans un tel contexte, le Ministère reconnaît que des articles d'exécution cotés comme étant « acceptables » à la 1^{re} Ronde d'évaluation ont été cotés « douteux » ou « inacceptables » à la 2^e Ronde d'évaluation.

Le Ministère soutient en outre que les évaluateurs étaient au fait du classement des 35 employés inclus dans la proposition initiale de réaménagement des effectifs de Frontec. La seule question concernant ces personnes était celle de savoir si le Ministère pouvait considérer les offres d'emploi qui leur étaient faites comme étant des « offres d'emploi raisonnables » aux termes de la politique de réaménagement des effectifs du Conseil du Trésor et, par voie de conséquence, de nature à réduire l'ampleur de la responsabilité de la Couronne.

L'écart entre le nombre véritable d'employés par rapport au nombre d'ETP dans la proposition de Frontec soulève une question distincte. Le Ministère soutient que, à des fins de commodité, les évaluateurs ont désigné ces ressources par l'expression « réserve de gestion » à la 1^{re} Ronde d'évaluation, c'est-à-dire avant de recevoir des éclaircissements de Frontec. Qu'elle ait eu l'intention de disposer d'une réserve d'employés spécialisés auxquels la gestion pourrait faire appel, au besoin, pour répondre à diverses exigences du travail ou qu'elle ait eu l'intention de disposer d'une réserve d'employés de gestion compétents, pouvant être affectés à de multiples fonctions, est un point qu'il incombait à Frontec d'expliquer et de préciser. Le Ministère soutient que, en l'espèce, la méthode d'évaluation de format tabulaire a fonctionné exactement comme il est prévu, c'est-à-dire en faisant ressortir un point sur lequel les évaluateurs se sont posé des questions. Plutôt que d'attribuer des résultats « inacceptables » à la 1^{re} Ronde d'évaluation, les évaluateurs ont attribué une cote « douteux », ont soulevé des questions et, sur la foi des réponses de Frontec, ont réévalué l'offre de cette dernière.

Quant à la portée de la réévaluation à la 2^e Ronde d'évaluation, le Ministère soutient qu'il ne s'est pas agi d'une évaluation « en bloc » de la proposition de Frontec. En vérité, seuls les articles d'exécution touchés par les questions et les réponses ont fait l'objet d'une nouvelle cotation, de même que les articles d'exécution que Frontec a modifiés de sa propre initiative. Enfin, quant à la réévaluation de certaines parties de la section 6 de la proposition de Frontec, le Ministère soutient que cette dernière était nécessaire puisque Frontec les avait modifiées, entre la 1^{re} et la 2^e Ronde d'évaluation.

Pour les raisons ci-dessus et compte tenu du fait que, même si la proposition de Frontec lui avait permis de se qualifier au plan technique, le marché aurait tout de même été adjugé à Serco, le Ministère soutient que la plainte doit être rejetée et il demande que lui soient adjugés ses frais de défense.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal est tenu, lorsqu'il a décidé d'enquêter, de limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, il lui faut 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.

Le Tribunal prend d'abord note que certaines des allégations de Frontec portent sur la méthode d'évaluation énoncée dans la DP. Aux termes de l'article 6 du Règlement, le fournisseur potentiel qui dépose une plainte doit le faire 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. Sans considérer le bien-fondé des allégations de Frontec selon lesquelles la méthode d'évaluation énoncée dans la DP démontrait un vice de conception et que les critères d'évaluation étaient ambigus, le Tribunal est d'avis que Frontec a eu amplement le temps et l'occasion de soulever ces questions auprès du Ministère ou du Tribunal avant la date de clôture des soumissions. Le Tribunal fait observer que les critères et la méthode d'évaluation ont non seulement été amplement décrits dans la DP, mais qu'ils ont fait l'objet d'une étude en profondeur durant la réunion des

soumissionnaires du 12 au 16 mai 1997, à laquelle Frontec a participé. Le Tribunal est convaincu que, au moment de la fermeture des soumissions, Frontec avait pris connaissance ou aurait dû vraisemblablement prendre connaissance de la méthode et des critères d'évaluation et, de ce fait, aurait dû déposer alors toute plainte qu'elle pouvait entretenir à cet égard. Frontec ne l'a pas fait. De plus, les allégations de Frontec, selon lesquelles un des observateurs n'a pas été impartial, n'ont pas été présentées dans les délais prescrits. Frontec a eu l'occasion, plus tôt dans le cadre de la procédure de passation du marché, d'exprimer toute opposition qu'elle pouvait avoir relativement aux observateurs proposés par le Ministère. Frontec n'a soulevé aucune telle opposition à ce moment-là et ne peut donc le faire maintenant.

Quant à la question de savoir si la proposition de Frontec a été évaluée en conformité avec la méthode énoncée dans la DP, le Tribunal fait observer que, même si les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer pour chaque besoin de l'énoncé de travail (chaque article d'exécution) le nombre annuel d'heures de travail exécutées par la main-d'œuvre directe qui sont nécessaires pour accomplir le travail requis, rien dans la DP n'interdisait aux évaluateurs de considérer toutes les ressources dans le cadre de l'évaluation des articles d'exécution. Au contraire, les évaluateurs étaient censés tenir compte de la totalité des ressources que les soumissionnaires offraient quant à l'exécution de toute fonction spécifique. Ce fait a été communiqué aux soumissionnaires lors de la réunion des soumissionnaires, au cours de laquelle il a été clairement déclaré que la proposition technique serait évaluée en tenant compte de l'affectation des ressources dans les feuilles de calcul LARS et LARG¹³. La même précision est énoncée à la pièce 3 du RIF, intitulée *Tabular Format Procurement System* (Système d'approvisionnement de format tabulaire), où il est indiqué, en page 4, à la rubrique Évaluation technique, que : « pour chaque critère [article d'exécution] qui lui est assigné, l'évaluateur examinera les réponses des soumissionnaires, y compris les entrées en termes d'heures, de matériel, d'équipement et d'effectif dans les feuilles de calcul connexes, le cas échéant, et attribuera à la réponse un résultat désigné par les termes « exceptionnel, acceptable, douteux ou inacceptable » [soulignement ajouté] [traduction]. Le Tribunal prend également note que rien dans la méthode d'évaluation de format tabulaire énoncée dans la DP n'interdit que les évaluateurs réévaluent un article d'exécution touché par la réponse d'un fournisseur à une demande d'éclaircissement du Ministère portant sur un article d'exécution spécifique.

Les évaluateurs ont examiné la proposition technique de Frontec, y compris ses feuilles de calcul dénuées de tout renseignement financier. À ce moment, on a observé un important écart entre le nombre véritable d'employés proposé par Frontec, soit 327,8, et le nombre proposé d'ETP, soit 229,4. Cet écart découlait principalement de la section 2, Gestion et administration, des feuilles de calcul de Frontec. La tentative pour expliquer un tel écart a mené à la conclusion que, étant donné les nombreuses affectations multiples (les mêmes employés étant assignés à de nombreux articles d'exécution) dans la proposition de Frontec, il était raisonnable de croire que cette dernière avait intégré une réserve de gestion dans sa proposition. Une telle interprétation semblait alors raisonnable au Ministère et au MDN, puisque dans l'ensemble la taille de l'effectif proposé par Frontec était du même ordre de grandeur que celle proposée par les autres soumissionnaires. En pratique, cela a donné lieu à l'attribution de résultats plus élevés à un certain nombre d'articles d'exécution de la proposition de Frontec à la 1^{re} Ronde d'évaluation.

Frontec dit s'opposer à cette façon dont le Ministère et le MDN ont abordé la question, et allègue qu'ils auraient dû savoir, d'après le sommaire contenu dans sa proposition, que ladite « réserve de gestion » était, de fait, composée d'environ 35 personnes sans spécialisation particulière, qui faisaient partie de la solution de réaménagement des effectifs de Frontec et devaient être assignées aux opérations de Frontec

13. Pièce 4 du RIF, compte rendu de la réunion des soumissionnaires, A.4 à la p. 16.

dans la région, et non au terrain d'aviation militaire de la 5^e Escadre, à Goose Bay. De plus, Frontec soutient qu'aucune méthode n'a été élaborée ni appliquée par le Ministère pour répartir les ressources de la « réserve de gestion » entre les articles d'exécution d'une manière ordonnée, équitable et contrôlée, et que ce dernier a de la sorte introduit un degré sensible de subjectivité dans une méthode réputée comme étant très objective.

Le Tribunal observe que le Ministère et le MDN ont agi d'une façon raisonnable lorsqu'ils ont conclu que le nombre véritable d'employés initialement proposé par Frontec était de 327,8 et que la proposition de réaménagement des effectifs de Frontec venait ajouter à ce niveau de dotation. En vérité, Frontec a clairement déclaré dans sa proposition que son offre de recourir aux services de 35 employés dans « ses autres opérations en croissance dans la région » en était une qui « s'ajoutait à l'effectif proposé pour l'exploitation efficiente en régime stabilisé de la base ».

Quant à la répartition, par le Ministère et le MDN, de la « réserve de gestion » de Frontec entre les divers articles d'exécution aux fins d'évaluation, soit la question du « bénéfice du doute », le Tribunal est d'avis qu'elle a introduit une certaine subjectivité dans le processus. Cependant, le Tribunal est convaincu qu'une telle démarche n'a causé aucun tort à Frontec. De fait, cette dernière en a vraisemblablement bénéficié. Dans son rapport d'évaluation, à la page 28, la société Ernst & Young, dans ses observations sur les résultats obtenus par Frontec pour les articles d'exécution à la 1^{re} Ronde d'évaluation, déclare que les « évaluateurs ont coté chaque article d'exécution en considérant les ressources disponibles de la réserve de gestion. S'ils ne l'avaient pas fait, la proposition aurait vraisemblablement été évaluée comme ne permettant pas à Frontec de se qualifier » [traduction].

Le Tribunal fait observer que le Ministère et le MDN ont fait face à un dilemme, à savoir évaluer rigoureusement chaque article d'exécution de la proposition de Frontec, et ainsi déterminer que la proposition de cette dernière était irrecevable, ou donner à Frontec l'occasion d'apporter des éclaircissements sur sa proposition. De l'avis du Tribunal, le Ministère et le MDN n'ont pas agi déraisonnablement en choisissant d'obtenir des éclaircissements. Cependant, la façon de ce faire aurait dû être plus transparente et mieux contrôlée, et un registre détaillé de toutes les décisions prises à cet égard aurait dû être obtenu.

En ce qui a trait à l'allégation de Frontec selon laquelle le Ministère et le MDN ont incorrectement procédé à une nouvelle évaluation « en bloc » de sa proposition en évaluant de nouveau des articles d'exécution qui avaient précédemment été déclarés acceptables au cours de la 1^{re} Ronde d'évaluation, le Tribunal détermine que le dossier du processus d'évaluation du Ministère et du MDN ne corrobore pas une telle allégation. À la fin de la 1^{re} Ronde d'évaluation, Frontec a rencontré le Ministère et le MDN, comme il était prévu dans la DP, pour examiner les questions d'éclaircissement avant d'y répondre par écrit. Le Tribunal est convaincu que Frontec a été informée à la réunion individuelle que, si elle révisait l'affectation des ressources qu'elle proposait, sa proposition devrait faire l'objet d'un nouvel examen pour refléter la nouvelle situation et serait cotée en conséquence.

Dans les réponses aux demandes d'éclaircissement, Frontec a révisé sa proposition pour indiquer un total de 245 ETP et un effectif véritable de 277. Le Tribunal est convaincu que le Ministère et le MDN avaient le droit de réévaluer tout article d'exécution directement ou indirectement touché par les éclaircissements susmentionnés ou par toute autre modification apportée par Frontec à sa proposition. Dans ce contexte, le Tribunal est convaincu que la modification par le Ministère et le MDN des cotes attribuées à certains articles d'exécution à la section 6 de l'énoncé de travail de la proposition de Frontec s'appuie sur l'introduction, par Frontec elle-même, de changements relatifs aux articles d'exécution en question. Il convient de prendre note que le Tribunal ne déclare pas ici être en accord, ni par ailleurs en désaccord, sur

les cotes spécifiques qui ont été attribuées par le Ministère et le MDN. Il s'agit là d'une question qui ressort du jugement d'experts techniques. Néanmoins, le Tribunal est convaincu que la DP autorisait la tenue d'une telle réévaluation.

Quant à l'affirmation de Frontec selon laquelle elle a offert dans sa proposition une solution novatrice de réaménagement des effectifs, que le Ministère et le MDN auraient dû accepter, le Tribunal fait d'abord observer que le risque associé aux diverses solutions de réaménagement des effectifs soumises par les soumissionnaires ne devait pas être évalué dans le cadre de l'évaluation technique, mais plutôt dans le cadre de l'évaluation financière. Par conséquent, la question n'est pas pertinente pour déterminer si la proposition de Frontec a correctement été jugée comme ne pouvant être retenue au plan technique.

Quant à l'affirmation de Frontec selon laquelle le Ministère et le MDN ont agi de façon discriminatoire contre elle au cours du processus d'évaluation, et plus précisément relativement à l'existence et à l'application alléguées d'un niveau préétabli de ressources qui n'était pas énoncé dans la DP, le Tribunal est d'avis qu'elle n'est corroborée par aucun élément de preuve. La nature de la méthode d'évaluation de format tabulaire, la structure du processus d'évaluation, le nombre même de personnes qui ont participé au processus d'évaluation, la méthode de cotation individuelle des propositions et d'évaluation de leur mérite relatif par rapport à l'ensemble des propositions ainsi que la séparation systématique maintenue entre l'évaluation technique et l'évaluation financière sont autant de facteurs qui, de l'avis du Tribunal, rendent improbable la possibilité d'une discrimination systématique à l'endroit d'un soumissionnaire quelconque par le Ministère et le MDN.

Selon le Tribunal, il serait difficile d'invoquer l'existence d'une telle partialité sans preuve claire. Les observateurs indépendants n'ont fait état d'aucune preuve d'une telle partialité et le rapport de la société Ernst & Young n'en fait pas mention non plus. Pour sa part, le Tribunal n'a décelé aucun élément de preuve indiquant l'existence d'une attitude défavorable à l'endroit de Frontec chez le Ministère ou du MDN.

Quant aux allégations de Frontec selon lesquelles il est impossible que Serco ait pu obtenir des résultats supérieurs aux siens en termes d'expérience, que l'expérience de Frontec en gestion et en administration de terrains d'aviation militaire est unique au Canada, que les feuilles de justification mêmes des évaluateurs ne motivent pas le rejet de la proposition de Frontec, et que la section 2 de sa proposition ayant obtenu un résultat supérieur à 95 p. 100 tant à la 1^{re} Ronde qu'à la 2^e Ronde du processus d'évaluation, la faible cote technique attribuée à sa proposition à la catégorie d'évaluation générale Gestion manque de crédibilité, le Tribunal est d'avis qu'il s'agit là d'allégations dénuées de fondement. Il est possible que la section 2 de l'énoncé de travail, Gestion et administration, et la catégorie d'évaluation générale Gestion de la proposition d'un même soumissionnaire obtiennent des résultats sensiblement différents. De même, le Ministère a indiqué qu'il n'était pas nécessaire que l'expérience requise des soumissionnaires pour qu'ils puissent se qualifier relativement au projet en question ait été acquise au Canada ou dans l'administration de terrains d'aviation militaires. L'expérience acquise dans le cadre de projets similaires était acceptable. Le Tribunal est d'avis qu'il n'a jamais été prévu que la portée des feuilles de justification des évaluateurs s'étende à tous les aspects. Leur objet était de documenter, au niveau des articles d'exécution, les points de préoccupation qui seraient soulevés dans les questions d'éclaircissement aux soumissionnaires. Selon le Tribunal, les feuilles de justification qu'il a examinées ont rempli la fonction susmentionnée.

Enfin, étant donné que la proposition financière de Frontec n'a pas été évaluée par le Ministère et que les considérations financières n'ont joué aucun rôle de quelque nature que ce soit pour déterminer que la proposition de Frontec ne pouvait être retenue au plan technique, le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas

nécessaire de traiter des coûts et des questions financières soulevées par Frontec dans sa plainte et dans ses exposés connexes.

Pour les raisons ci-dessus, le Tribunal conclut que le Ministère et le MDN ont appliqué la méthode d'évaluation et les critères qui avaient été clairement énoncés dans les documents d'appel d'offres en déclarant, à la 2^e Ronde d'évaluation, que la proposition de Frontec ne pouvait pas être retenue.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Quant à la question des frais engagés pour la défense relative à la présente plainte, le Tribunal n'est pas disposé à accorder un remboursement au Ministère et au MDN. Bien qu'il ait conclu que la plainte n'est pas fondée, le Tribunal est d'avis que la décision initiale de Frontec de déposer la plainte reposait sur un motif raisonnable.

Arthur B. Trudeau

Arthur B. Trudeau

Membre