

Ottawa, le lundi 19 avril 1999

Dossier n° : PR-98-039

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

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

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Conformément aux paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que, à l'avenir, tous les marchés publics relatifs à la fourniture de systèmes d'imagerie thermique à balayage frontal pour le ministère de la Défense nationale, y compris les systèmes associés aux aéronefs Sea King, soient passés conformément aux dispositions des accords commerciaux applicables.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande également que le gouvernement verse à la société Westcam Inc. une indemnité d'un montant de 15 000 \$ parce qu'elle a été privée de la possibilité de soumissionner au cours d'une procédure d'adjudication concurrentielle et peut-être d'en tirer profit par la suite.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à la société Wescam Inc. le remboursement des frais engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Anita Szlazak

Anita Szlazak

Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 19 avril 1999

Membre du Tribunal : Anita Szlazak

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Gilles B. Legault

Plaignante : Wescam Inc.

Avocats pour le plaignante : Gregory O. Somers
Paul D. Conlin

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Ottawa, le lundi 19 avril 1999

Dossier n° : PR-98-039

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

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTE

Le 19 janvier 1999, la société Wescam Inc. (Wescam) 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 d'un marché public à fournisseur unique (numéro d'invitation W8485-9-1016/A) par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) concernant la fourniture par la société GasTOPS Ltd. (GasTOPS) de six systèmes d'imagerie thermique à balayage frontal (FLIR) remis à neuf, de modèle 2000G², pour le ministère de la Défense nationale (MDN).

Wescam a allégué que les raisons données par le Ministère dans le Préavis d'adjudication de contrat³ (PAC), ainsi que dans sa correspondance du 7 janvier 1999, pour justifier sa dérogation aux conditions des paragraphes 506(1) à (10) de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴ (l'ACI) ne sont pas valides.

Wescam a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal reporte l'adjudication du contrat pour cet appel d'offres. La firme a en outre demandé que l'adjudication prévue d'un marché à fournisseur unique soit annulée et qu'un appel d'offres concurrentiel équitable ait lieu pour ce marché public. À titre de solution de rechange, elle a demandé à être raisonnablement indemnisée pour la perte de profits et les dommages subséquents directs et indirects à sa réputation dans le milieu des fournisseurs du ministère de la Défense. Wescam a également demandé le remboursement des frais engagés pour appuyer sa plainte.

-
1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).
 2. Il s'agit d'un imageur thermique qui reconnaît les données du terrain dans le noir en ne se fondant que sur les différences de température plutôt que sur les longueurs d'onde visibles de la lumière. L'image apparaît sur un écran. Au cours des vols de nuit, le ciel, l'eau, le terrain, la végétation, les autres avions, les fils, le personnel et les bâtiments apparaissent sur l'écran du système FLIR 2000G en différents tons de blanc et de noir.
 3. Le PAC est un avis d'intention de demander une soumission et de ne négocier qu'avec une seule firme. Il ne s'agit pas d'un avis de demande de soumissions concurrentielles. Les fournisseurs, cependant, à la date de clôture indiquée, ou avant cette date, peuvent faire connaître leur intérêt et démontrer leur capacité d'exécuter le contrat.
 4. Signé à Ottawa le 8 juillet 1994.

Le 22 janvier 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque celle-ci remplissait les conditions énoncées dans l'article 7 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁵ (le Règlement). Le même jour le Tribunal a émis une ordonnance de report d'adjudication de tout contrat en relation avec cet appel d'offres jusqu'à ce que le Tribunal décide du bien-fondé de la plainte. Le 25 janvier 1999, le Ministère a informé le Tribunal qu'un contrat au montant de 962 178,24 \$ avait été adjugé à GasTOPS le 20 janvier 1999. Le 27 janvier 1999, le Tribunal a par conséquent annulé son ordonnance de report d'adjudication du 22 janvier 1999. Le 26 février 1999, le Ministère a déposé auprès du Tribunal un rapport de l'institution fédérale (le RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁶. Le 10 mars 1999, Wescam a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 18 mars 1999, le Ministère a déposé d'autres observations auprès du Tribunal et la réponse de Wescam à celles-ci a été déposée auprès du Tribunal le 22 mars 1999.

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

Selon le Ministère, la société FLIR Systems Inc. (FSI) a avisé le MDN au début de décembre 1998 que six systèmes FSI FLIR 2000G remis à neuf étaient mis en vente selon le principe du premier arrivé, premier servi. Le 24 décembre 1998, le Ministère a reçu une demande du MDN pour l'achat de ces six systèmes FSI FLIR 2000G remis à neuf. Par lettre datée du 29 décembre 1998, FSI a informé le Ministère que GasTOPS était son seul agent désigné au Canada pour les systèmes FLIR 2000G des Forces canadiennes.

Un PAC a été publié sur le service officiel électronique d'appel d'offres canadien (MERX) le 6 janvier 1999, la date de clôture étant le 18 janvier 1999.

Le 6 janvier 1999, Wescam a communiqué, par télécopieur, avec le Ministère, pour lui offrir un autre système, le WESCAM 12DS, et lui dire que l'adjudication de ce contrat devait se faire par des procédures concurrentielles. Le 7 janvier 1999, le Ministère a informé oralement Wescam que la demande concernait des systèmes FLIR remis à neuf. Wescam, cependant, a insisté pour dire que son produit coûterait moins cher et était compatible au système FLIR 2000G. À la suite de cet échange, le Ministère a demandé au MDN de revoir la lettre de Wescam du 6 janvier 1999.

Par télécopie datée du 7 janvier 1999, le Ministère a transmis de la manière suivante les observations du MDN sur la lettre de Wescam du 6 janvier 1999 :

Il ne s'agit pas d'une nouvelle initiative mais plutôt d'un accroissement de notre stock. Nous possédons en ce moment 14 systèmes FLIR 2000G et nous voulons en avoir 20 (c.-à-d. en acheter six de plus). Il existe déjà un contrat [de réparation et de révision] pour les FLIR 2000G. Les techniciens et le personnel navigant sont déjà formés à l'utilisation des FLIR 2000G. L'adoption d'un nouveau système (Wescam) signifierait un prototype et des essais, et si ceux-ci étaient concluants, nous pourrions nous retrouver avec deux genres de FLIR. Pas souhaitable (cela crée des problèmes de déploiement). Bien que ce soit un système FLIR, le Wescam n'est pas conçu en fonction de l'installation sur un Sea King et il faudrait apporter quelques modifications aux aéronefs.

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

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

Les 30 hélicoptères Sea King sont tous déjà modifiés pour le FLIR 2000G, bien qu'ils n'en possèdent pas tous un. Ce programme de modification a été coûteux. Nous avons l'intention de continuer le processus de marché à fournisseur unique à GasTOPS.

[Traduction]

Le 8 janvier 1999, Wescam a répondu à la télécopie du Ministère du 7 janvier 1999 en mentionnant, entre autres, ce qui suit :

Nous comprenons les craintes que vous avez exprimées quant au fait de posséder plus d'un système pour la flotte des Sea King. Ces craintes sont valides, mais, afin que les Forces canadiennes obtiennent le meilleur rapport qualité-prix, ces appréhensions ne devraient pas empêcher l'étude de toutes les options en matière de système d'imagerie infrarouge.

Wescam croit que le fait que le système Wescam n'a besoin que de très peu d'entretien de première ligne et que l'entretien nécessaire puisse être réalisé au moyen d'outils courants peut alléger quelque peu les craintes relatives à l'entretien. Le système Wescam serait protégé par une garantie pour les 12 premiers mois et des régimes de soutien commodes sont disponibles par la suite. Le WESCAM^{MD} 12DS est fabriqué actuellement et il sera possible de se procurer des pièces détachées et de rechange pendant plusieurs années. Nous savons que le FSI 2000G n'est plus fabriqué et pensons que les pièces deviendront difficiles à obtenir.

Votre télécopie mentionne qu'il faudra modifier les hélicoptères pour installer le WESCAM^{MD} 12DS; ce n'est pas le cas. Wescam a installé ce système sur plusieurs aéronefs qui avaient été pourvus de FSI 2000G sans qu'il soit nécessaire de modifier les points d'attache ni le câblage de l'aéronef. Comme je l'ai mentionné dans ma lettre, nous serions heureux d'en faire la démonstration.

Un opérateur de système d'imagerie infrarouge d'expérience n'a besoin que de très peu de formation pour apprendre à utiliser le WESCAM^{MD} 12DS; de plus, la facilité d'utilisation du WESCAM^{MD} 12DS permet aux opérateurs de conserver facilement leur niveau de compétence.

Une façon d'amoinrir les craintes relatives au déploiement de systèmes et de pièces pourrait être de n'utiliser le système Wescam que sur la côte ouest où un petit nombre d'hélicoptères sont déployés.

[Traduction]

Le 11 janvier 1999, le Ministère a communiqué de nouveau avec Wescam pour lui faire part des raisons supplémentaires données par le MDN pour ne pas changer de ligne de conduite dans la présente affaire. Le Ministère a informé Wescam que le « milieu des Sea King ne veut pas de nouveaux systèmes FLIR. Les hélicoptères Sea King se déploient à bord des NCSM, qui parcourent le monde. L'adoption d'un nouveau système créerait des problèmes de logistique importants. Cette procédure ne sera pas concurrentielle » [traduction].

Le 12 janvier 1999, une modification du PAC a été publiée, indiquant que le besoin concernait des systèmes FLIR « remis à neuf » [traduction].

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

Le Ministère a soutenu avoir correctement appliqué à ce marché public les dispositions de l'alinéa 506(12)a) de l'ACI. Le Ministère a fait valoir que les règles de ce système de passation de marchés publics n'ont pas pour but, ni devraient-ils être interprétés comme ayant pour but, d'entraver la capacité du

MDN de déterminer les besoins de ses opérations militaires, d'urgence et de recherche et sauvetage. Le Ministère a fait valoir que le Tribunal a indiqué au dossier n° PR-95-023⁷ que, bien que l'organisme d'approvisionnement doit considérer ce que les fournisseurs ont à offrir, « [c]ela ne signifie pas que le Ministère doit atténuer ses exigences⁸ ».

Le Ministère a de plus allégué que le désir d'un fournisseur de vendre un produit nouveau, différent, ou amélioré ne devrait pas l'emporter sur le besoin opérationnel du MDN qui consiste à ne pas combiner différents instruments à bord des hélicoptères Sea King. Ce besoin d'uniformité de l'instrumentation est fondé sur la manière dont ces aéronefs sont utilisés et déployés par le MDN au Canada et partout dans le monde. Le Ministère a également fait valoir que, selon le MDN, mélanger, de quelque façon que ce soit, les nouveaux systèmes FLIR et le stock existant de systèmes FLIR 2000G aurait des répercussions négatives sur la navigabilité aérienne et l'efficacité de la flotte de Sea King.

Le Ministère a soutenu qu'il ne met pas en doute le fait que Wescam peut offrir un système FLIR nouveau et amélioré. En fait, FSI elle-même a de nouveaux produits qui pourraient faire concurrence au WESCAM 12DS. Le Ministère a cependant allégué que cela ne change rien au fait que le MDN peut légitimement demander que, pour la durée de vie de l'aéronef Sea King, le même système FLIR soit utilisé sur tous les appareils de la flotte de Sea King.

Le Ministère a en outre fait valoir que la compatibilité avec les produits existants est nécessaire pour que l'installation soit rapide et efficace et, également, pour des raisons d'entretien, de logistique et de formation. Le Ministère a fait valoir que ces raisons sont si importantes que le MDN a affirmé préférer annuler la demande pour les systèmes FLIR remis à neuf plutôt que de faire installer des systèmes FLIR différents sur les appareils de la flotte de Sea King.

Le Ministère a fait valoir que la compatibilité physique n'est qu'un des facteurs pouvant être considérés lorsqu'il s'agit de déterminer la compatibilité avec des produits existants. Le Ministère a soutenu de plus que l'alinéa 506(12)a) de l'ACI prévoit précisément que la compatibilité avec des produits existants justifie l'appel d'offres restreint et n'exige pas, comme l'a fait valoir Wescam, que la compatibilité soit déterminée au moyen d'un processus de soumissions concurrentielles.

Le Ministère a aussi allégué que FSI ne fabrique plus le système FLIR 2000G. Six modèles remis à neuf sont par conséquent achetés, plutôt que de nouveaux systèmes FLIR, afin d'assurer la compatibilité avec les aéronefs de la flotte de Sea King. Enfin, le Ministère a demandé à avoir la possibilité de présenter des exposés sur la question du remboursement des frais dans la présente affaire.

Dans ses observations supplémentaires datées du 18 mars 1999, le Ministère a fait valoir que Wescam n'avait pas dit qu'elle pouvait fournir des systèmes FLIR 2000G lorsqu'elle a contesté le PAC. Le Ministère a soutenu qu'il avait de la difficulté à comprendre pourquoi Wescam n'avait pas contesté le PAC sur cette base plutôt que d'essayer de convaincre le MDN d'acheter un système entièrement différent (le WESCAM 12DS).

Le Ministère a finalement soutenu que Wescam avait mal interprété l'exposé des faits du Ministère contenu dans le RIF, qui indiquait que le MDN connaissait Wescam et sa gamme de systèmes FLIR parce qu'un modèle (le 16SS-A) a été installé sur l'hélicoptère HUTT. Dans tout le RIF, toutes les comparaisons faites par le MDN ne portaient strictement que sur le FLIR 2000G et le WESCAM 12DS.

7. *Array Systems Computing Inc., Décision du Tribunal*, le 16 avril 1996.

8. *Ibid.* à la p. 8.

Position de Wescam

Dans ses observations préliminaires, Wescam a fait valoir que l'alinéa 506(12)a) de l'ACI ne s'applique pas, en l'occurrence, parce que 1) le WESCAM 12DS correspond au FSI FLIR 2000G et peut satisfaire aux conditions de ce marché public et 2) Wescam peut fournir des systèmes FLIR 2000G remis à neuf, comme le peuvent d'autres fournisseurs canadiens et américains. Wescam a également fait valoir que le WESCAM 12DS, bien que ce soit un système FLIR neuf et non un système remis à neuf, peut respecter les conditions de ce marché public.

En ce qui a trait à l'évaluation par le MDN du fait que le WESCAM 12DS peut être substitué au FSI FLIR 2000G, Wescam a soutenu que le MDN, dans sa réponse initiale, s'est fié à une comparaison incorrecte fondée sur un achat que le MDN a déjà effectué, pour utilisation sur des hélicoptères HUTT, d'un système FLIR différent, le 16SS-A. Le WESCAM 12DS proposé par Wescam dans la présente affaire a été conçu précisément en vue d'une installation sur des aéronefs adaptés au système FLIR 2000G; il peut être monté sur des aéronefs qui avaient été pourvus d'un système FLIR 2000G sans que des modifications soient nécessaires. Wescam a allégué en outre que la comparaison entre le WESCAM 12DS et le FSI FLIR 2000G, à laquelle se fie maintenant le Ministère dans le RIF, a été effectuée environ un mois après l'adjudication du contrat et sur la base de renseignements fournis par FSI et GasTOPS, et non par Wescam. Wescam a fait valoir qu'elle n'avait jamais pu fournir des renseignements complets et objectifs sur le fait que le WESCAM 12DS peut être substitué au FLIR 2000G. Wescam a de plus soutenu que la « comparaison des produits » citée dans le RIF est insuffisante pour justifier la décision d'avoir recours à un fournisseur unique.

Dans son exposé, Wescam a fait plusieurs déclarations sur le WESCAM 12DS, entre autres :

- Le WESCAM 12DS et le système FSI FLIR 2000G sont complètement interchangeables et le WESCAM 12DS peut être substitué au FSI FLIR 2000G.
- Il peut être monté sur exactement les mêmes composantes structurelles et les mêmes tablettes de fixation que celles qui sont utilisées pour le système FSI FLIR 2000G.
- Le câblage correspond entièrement à celui du FSI FLIR 2000G.
- La longueur d'onde est indépendante de l'image produite sur l'écran du système. L'image est identique, la résolution, ou netteté, de qualité supérieure.
- Il est environ deux fois plus léger que le 16SS-A.
- Il peut être installé sur les aéronefs Sea King en moins d'une heure.
- Il pèse environ 60 livres, c'est-à-dire à peu près 15 livres de moins que le système FLIR 2000G.

Wescam a de plus fait valoir que :

- Pour les réparations et l'entretien, le système est enlevé de l'hélicoptère et expédié au centre de service en vertu d'une procédure appelée « remplacement en ligne » et que, par conséquent, la question des pièces de rechange ne se pose pas.
- Elle peut offrir un contrat d'entretien et ses produits ont une garantie de un an.
- Elle peut fournir des systèmes FLIR 2000G remis à neuf, alors que la licence de GasTOPS ne s'applique qu'à des systèmes FLIR 2000G neufs.
- Le WESCAM 12DS, qui est entièrement substituable au FLIR 2000G, pourrait, à la différence de celui-ci, être utilisé tant que dureront les aéronefs Sea King puis être transféré à l'aéronef de remplacement, ce qui entraînerait des réductions de coûts considérables.

- Très peu de formation serait nécessaire pour les opérateurs du FLIR 2000G et, de toute façon, les coûts de transition ne sont pas une justification valable pour le recours à une procédure de passation de marché à un fournisseur unique.

Wescam a en outre fait valoir que le critère de compatibilité de l'alinéa 506(12)a) de l'ACI n'exige pas que les produits soient « identiques », « mais suppose plutôt une convergence de produits qui se font concurrence aux points de vue fonctionnalité et facilité d'utilisation » [traduction]. Wescam a de plus soutenu que l'exigence de « compatibilité » de l'ACI est moins contraignante que l'« interchangeabilité » que l'on trouve, par exemple, dans l'alinéa 1016(2)d) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁹ ou dans l'alinéa XV(1)d) de l'*Accord relatif aux marchés publics*¹⁰.

Wescam a soutenu que les facteurs mentionnés ci-dessus entourant l'évaluation de la correspondance du WESCAM 12DS et du FSI FLIR 2000G, qui a été effectuée par le Ministère, semblent indiquer l'« intention prédéterminée d'adjuger le contrat à GasTOPS, plutôt que l'intention d'évaluer objectivement tous les systèmes disponibles par rapport au besoin énoncé » [traduction].

Wescam a de plus soutenu que les mesures disciplinaires de l'ACI sont conçues, notamment, pour que les deniers publics soient dépensés pour l'obtention du meilleur produit au meilleur prix. Wescam a fait valoir que, dans ce cas particulier, le contrat adjugé semble avoir dépassé la valeur marchande des produits achetés d'environ 48 000 \$ l'unité. Considérant qu'un article « remis à neuf » ne donne pas de qualité particulière à un produit, autre que le fait qu'il a déjà été utilisé, ce genre de prix et, en particulier, la méthodologie d'approvisionnement utilisée pour en arriver à ce prix ne correspondent pas à l'objectif de réduction des coûts d'achat, tel qu'il est énoncé à l'article 501 de l'ACI.

Enfin, faisant remarquer les courtes périodes de temps qui se sont écoulées entre l'émission du PAC, la modification du PAC, la contestation faite par Wescam et la date d'adjudication du contrat, Wescam a soutenu que ces délais précipités constituent une violation flagrante des sections 10.2.6 et 10.7.16 du Manuel du Conseil du Trésor intitulées « Marchés », qui prévoient que ce n'est que lorsqu'aucun intérêt valable n'a été manifesté et qu'il n'y a pas de contestation fondée, et seulement après que 15 jours civils se sont écoulés, que le marché proposé est réputé concurrentiel. Les délais adoptés par le Ministère, dans la présente affaire, ont enlevé à Wescam le droit de faire reporter l'adjudication jusqu'à ce que le Tribunal décide du bien-fondé de cette plainte.

Considérant que ce contrat spécifique a été adjugé après le dépôt de la plainte, Wescam a demandé, à titre de mesure corrective supplémentaire, que ce contrat soit résilié.

Dans ses observations supplémentaires du 22 mars 1999, Wescam a soutenu que, étant donné que le PAC original, daté du 6 janvier 1999, concernait des systèmes FLIR 2000G et considérant que le PAC n'a été modifié et publié de nouveau que le 12 janvier 1999, indiquant que la demande se rapportait à des systèmes FLIR 2000G « remis à neuf », Wescam n'a pas été en mesure de faire savoir qu'elle était un fournisseur éventuel de systèmes FLIR 2000G remis à neuf avant le 12 janvier 1999.

En ce qui concerne le fait que le Ministère s'est appuyé entièrement sur la lettre de FSI du 29 décembre 1998 pour conclure que seul GasTOPS pouvait fournir des systèmes FLIR 2000G, y compris des systèmes « remis à neuf », Wescam a soutenu que le Ministère aurait dû se renseigner auprès

9. 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).

10. Signé à Marrakech le 15 avril 1994 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1996).

d'autres fournisseurs, d'autant plus que FSI était le seul fournisseur projeté, par le biais de son agent canadien, GasTOPS.

Quant à l'affirmation du Ministère selon laquelle toutes les comparaisons entre les systèmes FSI FLIR 2000G et les produits de Wescam ont été faites à partir du WESCAM 12DS, Wescam a soutenu que les exposés du Ministère ont confirmé que ni le MDN ni le Ministère n'avait un WESCAM 12DS en sa possession. Une comparaison valable ne peut, par conséquent, pas avoir été effectuée.

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. L'article 11 du Règlement prévoit, en outre, en partie, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux conditions énoncées dans l'ACI.

L'article 501 de l'ACI prévoit, entre autres, que le « présent chapitre [Marchés publics] vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficience ».

L'alinéa 504(3)b) de l'ACI prévoit que 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 » est incompatible avec le principe de non-discrimination.

L'alinéa 504(3)c) de l'ACI défend « l'établissement du calendrier du processus d'appel d'offres de façon à empêcher les fournisseurs de présenter des soumissions ».

Le paragraphe 506(9) de l'ACI prévoit que, « [s]i un marché public exempté, en vertu du paragraphe 11 ou 12 ou de l'article 507 ou 508, des obligations prévues par le présent chapitre fait l'objet d'un appel d'offres public dans un quotidien ou au moyen d'un système électronique d'appel d'offres, l'avis d'appel d'offres doit indiquer les restrictions applicables et souligner les pratiques non conformes au présent article ou à l'article 504 ».

Le paragraphe 506(12) de l'ACI prévoit, entre autres que, « [l]orsqu'un seul fournisseur est en mesure de satisfaire aux conditions du marché public, une entité peut utiliser des procédures de passation des marchés publics différentes de celles décrites aux paragraphes 1 à 10, dans les circonstances suivantes : a) pour assurer la compatibilité avec des produits existants, pour assurer le respect de droits exclusifs tels des droits d'auteur **ou des droits fondés sur une licence** ou un brevet, ou encore pour l'entretien de produits spécialisés, lorsque cet entretien doit être effectué par le fabricant ou son représentant; b) lorsque, pour des raisons d'ordre technique, il y a absence de concurrence et que les produits ou services ne peuvent être fournis que par un fournisseur donné et qu'il n'existe **aucune solution de rechange ou encore de produits ou services de remplacement** ». (Soulignement ajouté)

Le Tribunal doit déterminer, essentiellement, si les circonstances que le Ministère et le MDN ont invoquées pour utiliser des procédures de passation d'un marché public différentes de celles qui sont décrites aux paragraphes 506(1) à (10) de l'ACI s'appliquent à ce marché public. Plus précisément, le Tribunal déterminera si la condition relative à la compatibilité avec des produits existants, y compris le respect des

droits exclusifs, tels des droits fondés sur une licence, ou l'absence de concurrence pour des raisons d'ordre technique, y compris une condition précisant qu'« aucune solution de rechange ou encore de produits ou de services de remplacement » n'est acceptée, a créé une situation telle qu'un seul fournisseur pouvait satisfaire aux conditions de ce marché public, ce qui a permis au Ministère de se servir du pouvoir qui lui est conféré en vertu du paragraphe 506(12) de l'ACI et d'accorder un contrat à GasTOPS à titre de fournisseur unique.

Le Tribunal observe que, comme le précise l'article 501 de l'ACI, l'objectif de ce chapitre est, en partie, d'établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. Dans ce contexte, le Tribunal est d'avis que les circonstances décrites au paragraphe 506(12) de l'ACI représentent des exceptions à la norme, laquelle exige un processus de demande de soumissions. Pour cette raison, le Tribunal est d'avis qu'il incombe au Ministère de justifier auprès du Tribunal les circonstances qu'il a invoquées pour déroger aux procédures normales de passation de marchés.

Le Tribunal n'est pas convaincu que le Ministère et le MDN ont réussi à justifier les circonstances des alinéas 506(12)a) et b) de l'ACI dans la présente affaire.

En ce qui concerne la compatibilité entre le WESCAM 12DS et le FSI FLIR 2000G, le Tribunal note que le MDN a fondé son évaluation sur des renseignements insuffisants et de seconde main. Le Tribunal note de plus que cette évaluation a été effectuée après que la décision de ne pas permettre à Wescam de soumissionner a été prise. Wescam n'a pas eu la possibilité d'expliquer le WESCAM 12DS, ou d'en faire la démonstration, bien qu'elle ait clairement mentionné dans sa lettre du 6 janvier 1999 au Ministère, qui contestait le PAC, que les « fiches de branchement [du WESCAM 12DS] correspondaient à celles du FSI 2000G et que le système de montage de celui-ci correspondait à celui du FSI FLIR 2000 » [traduction]. Le Tribunal ne décide pas si le WESCAM 12DS est compatible avec le FSI FLIR 2000G, mais juge que le Ministère et le MDN n'ont pas réussi à établir adéquatement que ces deux systèmes ne sont pas compatibles.

En ce qui concerne la « licence exclusive » de GasTOPS, le Tribunal note que l'entente entre FSI et GasTOPS n'empêche pas le MDN d'acheter tout autre système FLIR compatible de n'importe quel fournisseur ou, voire même, des systèmes FLIR 2000G remis à neuf de n'importe quel autre fournisseur. Le Tribunal est d'avis que la seule limite que ce contrat de licence impose au MDN est que, si le MDN désire acheter un nouveau système FLIR 2000G (FSI ne fabrique plus ce système), il devra se le procurer auprès de GasTOPS, l'« agent désigné de FSI au Canada pour les systèmes d'imagerie thermique FLIR 2000G des Forces canadiennes » [traduction].

En ce qui concerne la facilité d'entretien, y compris le contrat actuel de réparation et de révision pour les systèmes FLIR, la formation et les autres exigences logistiques, ainsi que l'âge et la configuration de la plateforme désignée (c.-à-d. les avions Sea King) sur laquelle les systèmes FLIR remis à neuf doivent être installés, le Tribunal est d'avis que ce sont de véritables considérations et qu'il faut en tenir compte pour la passation d'un marché public. Il y a toutefois certainement moyen de les intégrer à un mécanisme d'adjudication concurrentiel. Chose plus importante, ces considérations, qui sont essentiellement fondées sur le coût, ne peuvent pas, en elles-mêmes, appuyer une affaire de manque de compatibilité des produits ni l'utilisation de procédures d'adjudication limitée. Dans la présente affaire, le Tribunal note la différence de prix importante mentionnée par Wescam qui, si elle est exacte, pourrait servir à couvrir une très grande partie des coûts de transition que le fait de proposer un autre produit concurrentiel occasionnerait à Wescam.

En ce qui concerne l'alinéa 506(12)b) de l'ACI, le Tribunal juge que le Ministère n'a pas établi qu'il n'existe pas, pour des raisons techniques, de solution de rechange ni de produits de remplacement pour le système FLIR 2000G. Le Tribunal est d'avis que les éléments de preuve au dossier indiquent que le MDN,

ayant été informé par FSI que six systèmes FLIR remis à neuf allaient être vendus « selon le principe du premier arrivé, premier servi », a décidé d'acheter les systèmes sans vraiment considérer si ces systèmes supplémentaires étaient vraiment nécessaires à ce moment-ci et quelles étapes devaient être suivies pour ce marché public. Il importe aussi de noter, à cet effet, la déclaration du MDN selon laquelle il « annulerait sa demande plutôt que d'adopter des systèmes FLIR différents » [traduction]. Le Ministère et le MDN ont ensuite publié un PAC, rejeté sommairement la contestation sérieuse de ce dernier par Wescam et adjugé un contrat au fournisseur prévu (GasTOPS) dans un délai très court, en l'absence de toute raison urgente et à un prix unitaire faisant maintenant l'objet de sérieuses questions par Wescam. Le Tribunal est d'avis que le Ministère et le MDN non seulement n'ont pas réussi à justifier raisonnablement l'impossibilité de la concurrence dans la présente affaire, mais qu'ils n'ont jamais sérieusement considéré cette option, simplement parce qu'elle n'était pas pratique, comme en témoigne la déclaration de l'agent responsable du MDN selon laquelle « il faudrait expliquer clairement à Wescam que le milieu des Sea King ne veut pas de nouveaux systèmes FLIR dans son inventaire [...] L'adoption d'un nouveau système créerait des problèmes logistiques importants » [traduction].

Les paragraphes 514(2) et (3) de l'ACI prévoient, entre autres, que :

2. Afin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, le gouvernement fédéral adopte et maintient, à l'égard des marchés publics visés par le présent chapitre, des procédures de contestation des offres :
 - f) obligeant l'organisme d'examen à formuler ses conclusions et ses recommandations par écrit et en temps utile, et à les communiquer aux Parties;
3. L'organisme d'examen peut :
 - a) recommander, s'il y a lieu, le report de l'attribution du marché proposé jusqu'au règlement de la contestation des offres;
 - b) recommander des moyens de régler la contestation des offres, notamment en demandant à l'entité de réévaluer les offres, de lancer un nouvel appel d'offres ou de mettre fin au marché en question.

Les droits ci-dessus sont mis en œuvre par l'intermédiaire de la Loi sur le TCCE, qui prévoit expressément aux paragraphes 30.13(3) et (4), que le Tribunal peut ordonner le report de l'adjudication d'un contrat, sous réserve des dispositions autorisant la dérogation relatives aux situations d'urgence et à l'intérêt national. De plus, le paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE prévoit que le Tribunal peut recommander différentes mesures correctives, y compris « e) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant ».

En décidant des mesures correctives appropriées, le Tribunal doit tenir compte, notamment, du préjudice causé à Wescam, de la bonne foi des parties et du degré d'exécution du contrat.

Le Tribunal note que, en dépit des fondements sérieux de l'opposition de Wescam, un contrat a été adjugé à GasTOPS le 20 janvier 1999, empêchant dans les faits le Tribunal de se servir de son pouvoir d'émission d'une ordonnance de report d'adjudication et, par conséquent, contrecarrant l'accès de Wescam à une large gamme de mesures correctives. Considérant que le MDN aurait préféré annuler l'appel d'offres plutôt que d'adopter un système FLIR différent pour les avions Sea King, le Tribunal a de la difficulté à comprendre pourquoi il était nécessaire de procéder de façon si expéditive dans la présente affaire. Dans les circonstances, le Tribunal aurait préféré recommander que le contrat de GasTOPS soit annulé et, si le besoin existait toujours, que des procédures d'adjudication concurrentielles aient lieu. Cependant, le Tribunal, conscient que le contrat de ce marché public est, selon toute probabilité, exécuté en grande partie, doit considérer d'autres possibilités.

Le Tribunal peut recommander que le gouvernement verse à Wescam une indemnisation pour l'occasion qu'elle a perdue du fait que le marché public n'a pas été concurrentiel, comme il aurait dû l'être. Parce qu'elle n'a pas pu soumissionner, Wescam a clairement perdu la possibilité de se voir adjudger ce contrat puis d'en tirer profit. Toutefois, le nombre d'autres fournisseurs éventuels qui auraient pu être intéressés par l'appel d'offres et qui auraient pu décider de présenter une soumission n'est pas connu. Ce qui se serait passé ensuite, c.-à-d. si Wescam aurait présenté l'offre conforme la moins-disante, n'est pas clair non plus. Dans ces circonstances, il est difficile d'établir, avec certitude, le montant de l'indemnité à être accordée à Wescam. Étant donné la nature des biens faisant l'objet de ce marché public, le montant du profit auquel Wescam aurait pu raisonnablement s'attendre est d'environ 10 p. 100 de la valeur totale du contrat adjudgé, excluant la TPS. Le Tribunal ne croit pas approprié d'accorder une indemnité de cette importance dans la présente affaire. En raison de l'incertitude relative au nombre probable de soumissionnaires, le Tribunal est guidé, pour déterminer le montant convenable, par les principes à la base de l'indemnité accordée dans le dossier de la Commission n° G92PRF66W-021-0031¹¹.

La valeur du contrat adjudgé à GasTOPS est de 962 178,24 \$, TPS incluse¹². Wescam a soutenu qu'elle aurait pu présenter une soumission pour un produit compatible qui aurait coûté 48 000 \$ de moins l'unité que le prix cité par GasTOPS. Considérant cela, le Tribunal établit la valeur de ce contrat à 611 232 \$, TPS exclue. Le Tribunal note que Wescam, dans ses exposés, a mentionné que des systèmes FLIR 2000G usagés et remis à neuf peuvent être achetés d'autres fournisseurs que GasTOPS à la fois au Canada et aux États-Unis. De ce fait, le Tribunal croit raisonnable d'évaluer les chances de Wescam de l'emporter dans cet appel d'offres, puis d'en tirer des profits, à une sur quatre. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal fixe le montant de l'indemnité à 15 000 \$.

Le Tribunal a remarqué des lacunes graves dans la façon dont ce marché public s'est déroulé. Le Tribunal doute grandement de la bonne foi du MDN lorsque celui-ci a refusé de considérer les produits de Wescam comme des solutions de rechange acceptables. Le Tribunal est d'avis qu'il ne fait aucun doute qu'un certain préjudice a été causé à l'intégrité et à l'efficacité du système de passation de marchés publics. À la lumière de ces faits, le Tribunal, outre qu'il recommande que le MDN procède à l'avenir pour les marchés publics relatifs à la fourniture de systèmes FLIR conformément aux dispositions des accords de commerce applicables, recommande que le gouvernement verse à Wescam une indemnité de 15 000 \$, étant donné que Wescam a été privée de la possibilité de faire une offre pour cette soumission et de peut-être se voir adjudger le contrat puis d'en tirer des profits.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande à titre de mesure corrective que, à l'avenir, tous les marchés publics relatifs à la fourniture de systèmes FLIR pour

11. Commission de révision des marchés publics, *Nicolet Instrument Canada Inc.*, le 13 janvier 1993. En établissant le montant de l'indemnisation dans l'affaire *Nicolet*, la Commission de révision des marchés publics a tenu compte du fait que la soumission du plaignant avait une chance sur cinq de l'emporter, étant donné que cinq fournisseurs avaient manifesté leur intérêt dans une procédure antérieure et reliée de passation de marchés publics. À partir de cette hypothèse, la Commission de révision des achats publics a recommandé que soit accordée au plaignant une indemnisation égale au cinquième du profit que le plaignant aurait réalisé si le contrat lui avait été adjudgé au prix mentionné dans sa plainte.

12. La valeur du contrat adjudgé, TPS exclue, est de 899 232 \$.

le Ministère, y compris des systèmes associés aux aéronefs Sea King, soient passés conformément aux dispositions des accords commerciaux applicables.

Le Tribunal recommande de plus que le gouvernement verse à Wescam une indemnité au montant de 15 000 \$, étant donné que Wescam a été privée de la possibilité de soumissionner au cours d'une procédure concurrentielle et, peut-être, d'en tirer des profits par la suite.

Aux termes de l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Wescam le remboursement des frais raisonnables engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Anita Szlajak

Anita Szlajak

Membre président