

Ottawa, le lundi 6 mai 2002

Dossier n° PR-2001-059

EU ÉGARD À une plainte déposée par MaxSys Professionals & Solutions Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET SUITE 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.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux réévalue la proposition soumise par MaxSys Professionals & Solutions Inc. en ce qui concerne les exigences obligatoires relatives à l'expérience pour les champs de travail suivants : Planification des affaires, Planification de programme, Gestion de projet, et Fonction de contrôle et comptabilité. Dans le cadre de cette réévaluation, toute expérience acquise par 1230357 Ontario Limited sera considérée comme étant l'expérience de MaxSys Professionals & Solutions Inc., dans la mesure où les contrats pour le travail pertinent ont été cédés par 1230357 Ontario Limited à 3755479 Canada Inc. Toute expérience de 1230357 Ontario Limited ne sera pas considérée comme répondant aux exigences obligatoires relatives à l'expérience si celle-ci a été acquise pendant que le contrat commercial daté du 1^{er} décembre 1997 entre 1230357 Ontario Limited et BMB Consulting Services Inc. était en vigueur. Pour chacun des champs de travail où la réévaluation indique que MaxSys Professionals & Solutions Inc. répond aux exigences obligatoires relatives à l'expérience, le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux évaluera tous les autres éléments de la proposition, dans la mesure où ils n'ont pas encore été évalués selon les critères d'évaluation et la méthodologie énoncés dans la demande de propositions (invitation n° W2177-00EG01/B).

Dans le cas où la proposition de MaxSys Professionals & Solutions Inc., pour tout champ de travail, est le prix évalué moyen total le plus bas par point en tenant compte des critères d'évaluation énoncés dans la demande de propositions, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux verse une indemnité à MaxSys Professionals & Solutions Inc. en reconnaissance des profits qu'elle aurait tirés, si le contrat pour ce champ de travail lui avait été adjugé.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à MaxSys Professionals & Solutions Inc. le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la présente plainte.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Zdenek Kvarda

Zdenek Kvarda

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 6 mai 2002
Date des motifs : Le 17 juin 2002

Membres du Tribunal : Ellen Fry, membre président
Pierre Gosselin, membre
Zdenek Kvarda, membre

Agent d'enquête : Peter Rakowski

Conseiller pour le Tribunal : Michèle Hurteau

Partie plaignante : MaxSys Professionals & Solutions Inc.

Conseillers pour la partie plaignante : Ronald D. Lunau
Carina DePellegrin

Intervenante : ADGA Group Consultants Inc.

Conseiller pour l'intervenante : Richard A. Wagner

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseiller pour l'institution fédérale : David M. Attwater



Ottawa, le lundi 17 juin 2002

Dossier n° PR-2001-059

EU ÉGARD À une plainte déposée par MaxSys Professionals & Solutions Inc. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 5 février 2002, MaxSys Professionals & Solutions Inc. (MaxSys) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹. La plainte porte sur l'acquisition (invitation n° W2177-00EG01/B) par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) de services de consultation de gestion et de services professionnels d'ensemble qui pourraient être commandés par la suite par le ministère de la Défense nationale (MDN) par l'attribution de tâches selon le besoin. Le MDN doit obtenir de tels services dans cinq champs de travail : planification des affaires, planification de programme, gestion de projet, fonction de contrôle et comptabilité, et ressources humaines. Le MDN avait l'intention d'adjuger un contrat pour chacun des champs de travail. C'est pourquoi les soumissionnaires devaient présenter une proposition distincte pour chacun des champs de travail pour lesquels ils désiraient soumissionner.

MaxSys a allégué que TPSGC et le MDN, contrairement aux dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*², de l'*Accord sur les marchés publics*³ et de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴, ont utilisé, dans l'évaluation de ses propositions, une méthode injuste et partielle de sorte que ses soumissions ont été incorrectement exclues. Expressément, elle a allégué que TPSGC et le MDN ont incorrectement exclu ses propositions pour quatre champs de travail au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences obligatoires, c'est-à-dire de montrer qu'elle avait réalisé, depuis 10 ans, trois projets semblables, en étendue et en nature, à ces champs de travail. Elle a aussi allégué que le traitement préjudiciable dont elle a fait l'objet lors de la présente invitation engendre une crainte raisonnable d'injustice et de partialité quant à la procédure de passation du marché public à son égard.

MaxSys a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal décerne immédiatement une ordonnance enjoignant TPSGC et le MDN de n'adjuger aucun contrat relativement à ladite invitation jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le bien-fondé de la plainte. Elle a aussi demandé, si les contrats

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].
3. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [ci-après AMP].
4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fire/it.htm>> [ci-après ACI].

n'avaient pas encore été adjugés, que lui soient adjugés les contrats pour la planification des affaires, la gestion de projet, la fonction de contrôle et comptabilité, et la planification de programme⁵. Si les contrats ont déjà été adjugés, elle a demandé d'être indemnisée de la perte de profit sur ces contrats, de même que de la perte d'avantages financiers futurs raisonnablement prévisibles associés aux contrats. Elle a aussi demandé une indemnisation supplémentaire considérable aux termes du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE compte tenu de l'ampleur du préjudice qu'elle avait subi et qui avait été causé à l'intégrité et à l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics. Autrement, elle a demandé que les quatre contrats soient annulés et lui soient adjugés. Enfin, elle a demandé le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Le 14 février 2002, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁶. Le même jour, le Tribunal a décerné quatre ordonnances reportant l'adjudication de tout contrat relativement aux quatre champs de travail en question jusqu'à ce qu'il ait statué sur le bien-fondé de la plainte. Le 19 février 2002, TPSGC a avisé le Tribunal que quatre contrats⁷ avaient déjà été adjugés en réponse à cette invitation. Le 12 mars 2002, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁸. Le 25 mars 2002, le Tribunal a avisé les parties que ADGA était autorisée à intervenir dans l'affaire. Le même jour, MaxSys a déposé auprès du Tribunal ses observations sur le RIF. Le 4 avril 2002, ADGA a informé le Tribunal qu'elle ne ferait pas de commentaires relativement à l'affaire. Les 5 et 9 avril 2002, TPSGC a déposé d'autres commentaires auprès du Tribunal.

Le 9 avril 2002, le Tribunal a demandé aux deux parties de fournir d'autres renseignements. MaxSys et TPSGC ont communiqué ces renseignements additionnels au Tribunal les 16 et 19 avril 2002 respectivement. Le 1^{er} mai 2002, MaxSys et TPSGC ont déposé leurs derniers commentaires auprès du Tribunal.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante pour juger du bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Contexte

Avant 1995, M. Bryan Brulotte a créé une entreprise individuelle. En 1997, il a constitué en personne morale, 1230357 Ontario Limited et il a transféré tout l'actif de l'entreprise individuelle à cette entreprise. En 1997, 1230357 Ontario Limited a conclu une entente commerciale (le contrat commercial de 1997) avec BMB Consulting Services Inc. (BMB). En 1998, une nouvelle entente commerciale (l'entente commerciale BMB) a été conclue dans le cadre d'une convention d'actionnaires entre 1230357 Ontario Limited, BMB et trois autres actionnaires. En 2001, 1230357 Ontario Limited s'est retirée de l'entente

5. Le marché pour les services relatifs au champ de travail des ressources humaines n'est pas contesté.

6. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].

7. Un contrat d'une valeur de 3 millions de dollars pour la fonction de contrôle et comptabilité a été adjugé à AIM-Automated Information Management Corporation. Trois contrats ont été adjugés à ADGA Group Consultants Inc., soit un pour la planification des affaires, un pour la planification de programme et un pour la gestion de projet, d'une valeur de 3 millions, 3,5 millions et 2,5 millions de dollars respectivement.

8. D.O.R.S./91-499.

commerciale BMB. En janvier 2001, elle a cédé tout son actif, ses contrats, ses employés et sa propriété intellectuelle à 3755479 Canada Inc. dans la mesure où elle pouvait le faire et 3755479 Canada Inc. a acquis tous les droits et obligations en vertu des contrats qui lui ont été cédés par 1230357 Ontario Limited. Au début, 3755479 Canada Inc. a été exploitée sous le nom commercial de BMB Professionals & Outsourcing et, plus tard, MaxSys.

Marché

Le 27 juillet 2001, un avis de projet de marché et une demande de proposition (DP) connexe ont été affichés sur MERX⁹. La partie 2 de la DP comprend les dispositions ci-après relativement à ce dossier :

4.0 PROCÉDURES ET MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION

3. L'équipe d'évaluation se réserve le droit, mais n'est pas tenue de prendre l'une ou l'autre des mesures ci-après :

- a) demander des éclaircissements ou vérifier une partie ou tous les renseignements fournis par le soumissionnaire relativement à la présente DP.

[Traduction]

L'annexe D de la DP, « Procédures et critères d'évaluation » [traduction], prévoit, en partie :

D.1.1.1 Pour être jugée recevable au champ de travail pour lequel la proposition a été présentée, la proposition doit :

- a. être conforme à toutes les exigences obligatoires de la présente invitation applicable à ce champ de travail.

D.1.1.2 Les soumissions qui ne répondent pas aux critères de D.1.1.1 a) ne seront pas retenues.

[Le D.1.2 décrit les procédures d'évaluation en neuf étapes.]

D.2.1 Le terme « soumissionnaire » dans toutes les exigences obligatoires en vertu du D.2.4 ci-après s'entend du fournisseur éventuel qui présente la proposition. L'expérience dont fait état le soumissionnaire pour respecter l'exigence obligatoire décrite ci-après dans la présente annexe doit être un travail pour lequel le soumissionnaire avait conclu un contrat avec des clients à l'extérieur de sa propre organisation. Le soumissionnaire qui présente une proposition peut, toutefois, être composé de plusieurs entreprises qui présentent conjointement une proposition. Dans le cas d'une entreprise en participation, il sera tenu compte de l'expérience combinée des entreprises qui forment l'entreprise en participation pour déterminer si le soumissionnaire respecte l'exigence obligatoire.

D.2.4.1 Le soumissionnaire doit montrer clairement qu'il a réalisé, dans les dix (10) dernières années, trois (3) projets dont l'étendue et la nature sont semblables (c.-à-d. liés à une partie ou à la totalité des divers services décrits) au champ de travail décrit dans l'annexe A pour lequel il présente une soumission. Pour que le soumissionnaire démontre qu'il possède l'expérience exigée ci-dessus, il doit satisfaire aux exigences ci-après relativement à ces projets :

- a) Les trois (3) projets doivent avoir été réalisés en vertu de contrat avec des clients extérieurs à l'organisation du soumissionnaire.
- b) Au moins un des projets doit avoir une valeur contractuelle de plus de 150 000,00 \$.

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

- c) Le soumissionnaire doit avoir été l'entreprise principale (et non pas un sous-traitant) dans au moins un des projets.
- d) Au moins un des projets doit avoir été réalisé pour le secteur public à l'échelon fédéral et deux (2) autres projets doivent avoir été réalisés pour le secteur privé ou pour le secteur public.
- e) Le soumissionnaire doit donner au moins les renseignements ci-après pour chaque projet mentionné.

[Traduction]

Dans une lettre datée du 31 août 2001, M. Brulotte a invité un fonctionnaire du MDN à une « journée d'accueil ». Voici un extrait de cette lettre, qui porte l'entête « BMB MaxSys » :

- f) Prière de vous joindre à notre député, et à notre conseiller municipal, à une journée d'accueil avec vins et fromages. Nous marquons l'ouverture des nouveaux bureaux de notre entreprise et le changement de notre nom de « *BMB* » à « *MaxSys* ».

[Traduction]

La période d'invitation s'est terminée le 7 septembre 2001. Selon le RIF, 27 entreprises ont présenté 43 propositions pour les cinq champs de travail. MaxSys a présenté une soumission pour chacun des cinq champs de travail. Des soumissions distinctes ont été reçues d'entreprises en participation, ce qui comprenait BMB.

L'examen des propositions techniques par rapport aux exigences obligatoires, soit la quatrième étape des procédures d'évaluation, qui est la partie de l'évaluation en question, a commencé le 12 septembre 2001. Pendant la semaine du 12 septembre 2001, un évaluateur du MDN a porté la correspondance du 31 août 2001 de « BMB MaxSys » à l'attention de l'agent de négociation des contrats de TPSGC et lui a demandé si TPSGC savait que BMB était en voie de prendre le nom de MaxSys. Selon le RIF, ni le MDN ni TPSGC n'avait reçu un avis préalable du changement de nom. C'est ainsi que, le 22 octobre 2001, l'agent de négociation des contrats s'est adressée à un employé de BMB au sujet du changement de nom. Comme l'employé n'était pas au courant, l'agent de négociation des contrats lui a envoyé par télécopieur la correspondance de « BMB MaxSys ». Peu après, M. Brulotte a appelé l'agent de négociation des contrats, et cette dernière lui a alors expliqué qu'elle ne comprenait pas entièrement la relation entre BMB et MaxSys. Le même jour, MaxSys a envoyé à TPSGC d'autres renseignements sur l'historique de l'entreprise.

Une fois les évaluations techniques terminées le 14 novembre 2001, l'agent de négociation des contrats a demandé des éclaircissements aux soumissionnaires. Le 20 novembre 2001, l'agent de négociation des contrats a écrit à MaxSys ce qui suit :

Nous procédons actuellement à l'évaluation des propositions présentées pour la demande de proposition en question. Pour ce qui est de la proposition de MaxSys relative à l'ensemble, nous vous demandons de nous donner des précisions sur la constitution en personne morale de votre entreprise pour que nous puissions connaître son expérience dans les projets que vous mentionnez dans votre proposition, et ainsi confirmer qu'il s'agit bien d'une expérience de la personne morale MaxSys.

[Traduction]

MaxSys a donné les éclaircissements demandés dans une lettre en date du 22 novembre 2001.

Dans une lettre en date du 4 janvier 2002, MaxSys a été informée qu'un contrat ne lui serait pas adjugé en vertu de la DP. Suite à cette lettre, MaxSys a téléphoné à l'agent de négociation des contrats de TPSGC pour demander une séance de compte-rendu. À ce moment-là, MaxSys a été avisée qu'aucune séance de compte-rendu ne pourrait avoir lieu avant le 14 janvier 2002. Pendant la période du 9 au 23 janvier 2002, TPSGC a reçu plusieurs lettres de MaxSys, qui demandait une séance de compte-rendu et qui voulait obtenir des renseignements et des documents au préalable. Plus expressément, dans une lettre en date du 22 janvier 2002, TPSGC a écrit :

Pour être jugée recevable au champ de travail pour lequel une proposition a été présentée, la proposition doit répondre à toutes les exigences obligatoires de l'invitation, comme il est indiqué à l'annexe D, Procédures et critères d'évaluation de la DP. Plus expressément, les propositions présentées par MaxSys n'étaient pas recevables étant donné que MaxSys ne répondait pas à l'exigence obligatoire mentionnée à D.2.4.1, c.-à-d. que le soumissionnaire montre clairement qu'il a réalisé au cours des dix dernières années trois projets dont l'étendue et la nature sont semblables au champ de travail pour lequel il présente une soumission.

À l'examen de la documentation fournie le 22 novembre 2002 par les avocats de MaxSys en réponse à notre demande d'éclaircissements, il a été déterminé que, du fait que 1230357 Ontario Limited et MaxSys n'ont pas présenté une soumission en tant qu'entreprise en participation, l'expérience acquise par 1230357 Ontario Limited (la société mère et actionnaire de MaxSys) ne peut être considérée comme l'expérience du soumissionnaire MaxSys (la filiale), une société constituée en personne morale sous le nom de 3755479 Canada Inc. le 26 janvier 2001, qui a modifié légalement son nom à MaxSys le 2 septembre 2001. L'expérience d'une société mère est distincte de celle d'une filiale parce qu'elles sont deux personnes morales différentes.

[Traduction]

En outre, MaxSys a été avisée que la proposition qu'elle a présentée relativement au champ de travail des ressources humaines avait été jugée non conforme à l'exigence obligatoire selon laquelle elle devait proposer du personnel ayant une expérience de travail minimale. MaxSys ne s'est pas opposée à cette dernière décision, de sorte que le champ de travail des ressources humaines n'est pas en question.

Deux séances de compte-rendu ont eu lieu avec MaxSys les 24 et 29 janvier 2002.

POSITION DES PARTIES

Position de MaxSys

Selon MaxSys, sa plainte tient essentiellement au fait que, ayant accepté que l'expérience de l'entreprise mentionnée dans sa proposition dépassait les exigences techniques énoncées dans la DP, TPSGC a exclu à tort ses soumissions au motif que MaxSys ne pouvait pas s'attribuer l'expérience acquise par 1230357 Ontario Limited avant la réorganisation de l'entreprise.

Pour ce qui est de savoir si la preuve manifeste une partialité réelle ou appréhendée, MaxSys a allégué qu'il existe d'importantes preuves qu'elle n'a pas été traitée avec toute la franchise nécessaire pour ce qui est de l'évaluation de ses propositions.

MaxSys a allégué que la question de fonds à régler dans cette affaire est de savoir si elle a le droit de se prévaloir de l'expérience relative à des projets qui a été acquise par l'entreprise qui l'a précédée et sa société mère, 1230357 Ontario Limited, avant la réorganisation de cette entreprise.

MaxSys a allégué que le RIF ne tient pas compte des circonstances factuelles relatives à l'expérience dont elle a fait état dans ses propositions, lesquelles servent à montrer sans équivoque qu'il y a une continuité entre elle et son prédécesseur, dont le transfert de la totalité de l'actif et du personnel, l'attribution des contrats, le transfert effectif de toute la propriété intellectuelle et de la connaissance organisationnelle, et le rôle directeur joué par M. Brulotte, avant et après la réorganisation.

Selon MaxSys, pour l'évaluation de l'expérience d'un soumissionnaire, il faut tenir compte de nombreux facteurs, ce que n'a pas fait ou ce qu'a refusé de faire TPSGC dans ce cas. En s'appuyant sur des affaires¹⁰ du General Accounting Office¹¹, elle a soutenu que TPSGC aurait dû dans ce cas analyser le degré de continuité entre MaxSys et 1230357 Ontario Limited. Cette analyse consiste à déterminer notamment si l'expérience mentionnée dans les propositions de MaxSys, selon une évaluation raisonnable, peut avoir une valeur prédictive de sa performance en vertu du contrat. Dans le présent cas, a soutenu MaxSys, l'expérience mentionnée constituait manifestement une indication fiable de son rendement prévisible, si le contrat lui était adjugé, étant donné la continuité manifeste de son personnel, de son actif d'exploitation, de ses contrats cessibles, de sa propriété intellectuelle et de sa connaissance organisationnelle. La propriété intellectuelle et la connaissance organisationnelle obtenues par 1230357 Ontario Limited, ce qui comprend les modèles, les théories, les grilles, les processus, etc., produits au cours des projets, ont été cédées à MaxSys. Elle a soutenu que, étant donné la continuité très marquée entre le fonctionnement et le personnel de l'entreprise qui l'a précédée, 1230357 Ontario Limited et MaxSys, l'expérience acquise pendant que l'entreprise était exploitée sous le nom de 1230357 Ontario Limited aurait dû avoir été reconnue par TPSGC dans l'évaluation des propositions de MaxSys. En outre, MaxSys a soutenu que les projets qu'elle a mentionnés, qui ont été entrepris avant la constitution en personne morale de la nouvelle entreprise, ont été exécutés principalement par M. Brulotte ou sous sa direction, et que M. Brulotte est l'âme dirigeante à la fois de 1230357 Ontario Limited et de MaxSys.

MaxSys a allégué que, à l'occasion, le RIF considère 1230357 Ontario Limited et elle-même comme s'il s'agissait de deux entités indépendantes et non liées. Selon elle, effectivement, 1230357 Ontario Limited et MaxSys ont l'une à l'autre la relation de filiale et de société mère, comme le reconnaît la *Loi sur les sociétés par actions*¹². De plus, les tribunaux¹³ et le Tribunal¹⁴ ont reconnu qu'une filiale est en mesure de profiter de l'expérience de sa société mère puisqu'elle fait partie de la même famille d'entreprises.

Selon MaxSys, ses soumissions ont été déclarées non conformes en raison d'une application étroite et déraisonnable du libellé de l'article D.2.1 de l'annexe D de la DP. Elle a soutenu que, en règle générale, le Tribunal ne devrait pas entériner une application déraisonnable des dispositions d'une DP qui est à ce point restrictive des droits des soumissionnaires. Selon elle, si une DP doit limiter les droits des soumissionnaires, il faut le faire dans les termes les plus clairs.

10. *Oklahoma County Newspaper* (6 mai 1996), B-271849, B-270849.2 (GAO); *Cygnus* (23 avril 1997), B-275957, B-275957.2 (GAO).

11. Le General Accounting Office (GAO) est la contrepartie aux États-Unis du Tribunal pour la contestation des soumissions en vertu de l'ALÉNA et de l'AMP.

12. L.R. 1985, c. C-44.

13. *Moody S.I. c. Canada* (28 juillet 1983), F.C.J. n° 618 à la p. 2 (C.F. 1^{re} inst.); *Downtown Eatery (1993) c. Ontario*, [2001] 54 O.R. (3d) 161 à la p. 171 (C.A. Ont.).

14. *Re plainte déposée par Rolls-Royce Industries Canada* (4 août 2000), PR-99-053 (TCCE).

Se reportant au libellé de l'article D.2.1 de l'annexe D de la DP et à une formule presque identique¹⁵ dans une autre DP, et compte tenu du fait que, dans ce dernier cas, TPSGC a expressément reconnu que l'expérience d'une entité organisationnelle distincte pouvait être considérée comme celle du soumissionnaire, MaxSys a soutenu que le RIF ne présente aucune explication de cette position incohérente qu'elle a portée à l'attention de TPSGC dans sa plainte.

Ayant fait observer que ADGA est l'un des soumissionnaires retenus et que ADGA fait des affaires par l'entremise de cinq entreprises en exploitation, MaxSys a indiqué qu'elle se posait de sérieuses questions quant à savoir si TPSGC a appliqué le même critère aux propositions de ADGA et à sa propre proposition. Elle a allégué que le premier but de l'article D.2.1 de l'annexe D de la DP, envisagé comme un tout dans le contexte de la DP, est d'exclure de l'examen des projets ceux qui ont été menés pour des clients à l'intérieur de l'organisation même du soumissionnaire. Ce but ressort aussi à l'article D.2.4.1 a). Dans ce contexte, elle a allégué que le RIF donne beaucoup de poids aux termes « le soumissionnaire avait conclu un contrat » [traduction]. Toutefois, ces termes sont manifestement absents de l'article D.2.4.1, l'article en vertu duquel MaxSys a été déclaré non conforme. L'article D.2.4.1 énonce que les soumissionnaires « doivent montrer clairement qu'ils ont réalisé » [traduction] les projets exigés, ce que MaxSys a clairement montré. Elle a soutenu que, comme les termes « le soumissionnaire avait conclu un contrat » [traduction] ne sont pas répétés à l'article D.4.2.1, il ne faut pas leur accorder un trop grand poids. De toute façon, même si les soumissions dans le RIF relativement à l'article D.2.1 étaient valables (ce que nie MaxSys), l'expérience relative à des projets qu'invoque MaxSys devrait quand même être retenue du fait qu'elle a été attribuée tous les contrats cessibles de 1230357 Ontario Limited.

En outre, selon MaxSys, le RIF est inexact lorsqu'il prétend que les exigences de l'article D.2.4.2 de l'annexe D de la DP font une distinction entre l'expérience du personnel et l'expérience du soumissionnaire en tant qu'entreprise. Cet article ne s'applique qu'aux compétences du personnel proposé, ce qui est une question distincte du fait de déterminer si ce personnel a participé à des projets antérieurs sur lesquels le soumissionnaire s'appuie pour invoquer son expérience en tant qu'entreprise.

Pour ce qui est de la transférabilité de l'expérience, MaxSys a soutenu que l'expérience d'une entreprise n'est pas éphémère, comme le RIF semble le laisser entendre. Bien qu'une société n'est en soi rien d'autre qu'une notion juridique, c'est-à-dire une « personne morale artificielle », elle a soutenu que l'expérience et la connaissance d'une société se concrétisent réellement dans le personnel de la société qui a exécuté les projets et dans les documents commerciaux et l'information créés pendant la réalisation des projets. Voilà pourquoi, a-t-elle expliqué, par exemple, il est courant pour les entreprises d'établir des clauses restrictives dans les contrats d'emploi.

MaxSys a soutenu que ses droits légaux d'invoquer le bénéfice de l'expérience acquise au cours d'une existence juridique antérieure découlent d'un principe de droit. Elle possède maintenant l'avantage juridique et pratique de la connaissance acquise pendant ces projets antérieurs étant donné que la propriété intellectuelle et le personnel lui ont été cédés. À son avis, une évaluation faite par un fonctionnaire ne peut la dépouiller des droits juridiques qu'elle a obtenus en vertu d'une réorganisation d'entreprise. Le gouvernement ne peut effacer, d'un seul trait, les droits juridiques qu'a obtenus MaxSys et décider que la connaissance et l'expérience organisationnelles n'ont aucune valeur et n'ont jamais été cédées à MaxSys aux fins d'une évaluation.

15. Comparer la formule de l'article D.2.1 ci-dessus avec la suivante dans une demande pour un arrangement en matière d'approvisionnement, invitation n° EN537-01GOL2/C : « Le terme « offrant » dans toutes les exigences obligatoires s'entend du fournisseur éventuel qui présente l'offre. Par conséquent, l'expérience invoquée à l'appui doit porter sur des travaux pour lesquels l'offrant avait conclu un contrat avec des clients de l'extérieur » [traduction].

Selon MaxSys, les précédents et les principes juridiques sur lesquels s'appuie le RIF pour appuyer la position de TPSGC sont très faibles. Elle a allégué en outre que les affaires¹⁶ mentionnées par TPSGC à l'appui de sa position, soit peuvent faire l'objet de distinctions, soit ne sont pas pertinentes.

Pour ce qui est de la prétention de TPSGC selon laquelle MaxSys aurait dû établir une entreprise en participation avec 1230357 Ontario Limited, MaxSys a allégué que, dans le cas présent, comme 1230357 Ontario Limited est maintenant la société de portefeuille de la société exploitante, MaxSys, elle n'a ni personnel, ni actif d'exploitation, ni propriété intellectuelle; autrement dit, elle n'a aucune capacité d'exploitation.

MaxSys a allégué que, dans son exposé du 5 avril 2002, TPSGC a prétendu que 1230357 Ontario Limited n'avait même pas l'expérience qui était mentionnée par MaxSys dans sa proposition. Dans son exposé, TPSGC a fondé ses allégations sur des hypothèses erronées au sujet de la nature de la relation entre 1230357 Ontario Limited et BMB. Elle a allégué que, ce n'est pas parce que certains contrats ont été établis au nom de BMB qu'il faut conclure que 1230357 Ontario Limited n'a pas exécuté les tâches qui étaient prévues dans les contrats.

MaxSys a également allégué qu'il est manifeste que TPSGC n'a pas mis en doute, au moment de l'évaluation de sa proposition, l'expérience relative à des projets acquise par 1230357 Ontario Limited. TPSGC a plutôt prétendu que MaxSys aurait dû établir une entreprise en participation avec 1230357 Ontario Limited pour compter sur l'expérience de cette dernière. Selon MaxSys, TPSGC tente maintenant d'éluder la question et de modifier le motif du rejet de sa proposition.

Au sujet du libellé de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP, selon laquelle l'expérience invoquée par un soumissionnaire doit avoir été acquise « en vertu de contrats avec des clients extérieurs à sa propre organisation » [traduction], MaxSys a prétendu qu'il s'agit là de n'importe quel client, et non seulement de la Couronne. Elle a allégué que 1230357 Ontario Limited avait une relation contractuelle directe avec la Couronne en raison d'une entreprise en participation avec BMB. À titre d'argument subsidiaire, elle a soutenu que, si le Tribunal conclut qu'il n'y a pas de telle relation contractuelle directe, l'expérience de 1230357 Ontario Limited serait quand même valable selon les conditions de l'invitation, car le travail a été exécuté par 1230357 Ontario Limited en vertu d'un contrat avec BMB, une entité qui est extérieure à 1230357 Ontario Limited.

En outre, selon MaxSys, même si l'exigence de l'article D.2.4.1 c) de l'annexe D de la DP veut bien dire que le client doit avoir conclu un contrat directement avec le soumissionnaire pour au moins l'un des projets dans chaque champ de travail, elle remplit cette exigence.

Au sujet des renseignements supplémentaires déposés par TPSGC le 19 avril 2002, selon MaxSys, TPSGC non seulement ne tient pas compte de la procédure établie du Tribunal, mais il divise l'affaire et complique le dossier, pour ainsi porter préjudice au droit de MaxSys de donner la réponse définitive et lui causer de fortes dépenses supplémentaires inutiles.

MaxSys a allégué que, selon le dossier, à la fois pendant l'évaluation et après, TPSGC a cherché à faire des affaires de façon injuste et vague avec MaxSys, au point que le Tribunal devrait lui accorder une imposante indemnisation supplémentaire étant donné la manière continue, délibérée et vexatoire avec laquelle TPSGC a aggravé le préjudice qui a été subi au départ par MaxSys.

16. *Re plainte déposée par M.D. Heat Techs* (3 décembre 1998), PR-98-025 (TCCE) [ci-après *M.D. Heat Techs*]; *Re plainte déposée par Canadian Helicopters* (19 février 2001), PR-2000-040 (TCCE).

Position de TPSGC

Pour ce qui est de l'allégation de MaxSys selon laquelle les procédures d'évaluation de l'annexe D de la DP enfreignent les accords commerciaux, TPSGC a soutenu que ce motif de plainte a été soulevé après le délai fixé par l'article 6 du Règlement. Il a allégué que, comme MaxSys ne s'est pas opposé aux procédures d'évaluation dans la DP, le paragraphe 6(1) fixe le délai à l'intérieur duquel MaxSys peut saisir le Tribunal d'une plainte au sujet des procédures d'évaluation. Aux termes du paragraphe 6(1), MaxSys avait 10 jours ouvrables après avoir pris connaissance des procédures d'évaluation pour présenter une plainte au Tribunal à ce sujet. TPSGC a soutenu que MaxSys a pris connaissance des procédures d'évaluation vers le 27 juillet 2001 au moment où la DP a été affichée sur MERX. Toutefois, MaxSys ne s'est plainte des procédures d'évaluation que le 5 février 2002, après avoir été avisée que ses propositions avaient été déclarées non conformes.

Selon TPSGC, de toute façon, les procédures d'évaluation, ses prises de mesures, de même que celles du MDN, étaient entièrement compatibles avec les accords commerciaux. Les évaluateurs du MDN qui ont évalué les propositions à la quatrième étape ne possédaient pas de renseignements financiers. En outre, à la troisième étape des procédures d'évaluation, il s'agit tout simplement de confirmer que certaines exigences obligatoires ont été remplies. Il n'y a pas de manipulation des renseignements financiers, lesquels sont réservés exclusivement pour la septième étape. TPSGC a allégué que cette façon de procéder correspond aux procédures d'évaluation acceptées par le Tribunal dans le dossier n° PR-2000-019¹⁷, où les propositions financières ont été examinées avant l'évaluation des exigences cotées pour la conformité avec les exigences obligatoires.

TPSGC a soutenu que, à l'article 4.0 de la partie 2 de la DP, la Couronne se réserve le droit de demander des éclaircissements aux soumissionnaires. Les propositions de MaxSys ont été déclarées non conformes après que TPSGC lui eut demandé de donner des éclaircissements sur son historique d'entreprise et sur la base des renseignements qu'elle avait fournis.

TPSGC a allégué que les critères d'évaluation établissent une distinction entre l'expérience du soumissionnaire (articles D.2.4.1 et D.3.3 de l'annexe D de la DP) et l'expérience du personnel proposé par un soumissionnaire (article D.2.4.2). L'expérience personnelle ne peut remplacer l'expérience du soumissionnaire. TPSGC a soutenu que la DP exige clairement et sans équivoque que le « fournisseur réel qui présente la proposition » [traduction] réponde à l'exigence obligatoire de l'article D.2.4, ce qui n'a pas été mis en doute ni contesté par MaxSys avant que sa soumission soit déclarée non conforme.

TPSGC a soutenu qu'il a déterminé qu'une partie de l'expérience invoquée par MaxSys n'était pas la sienne, mais plutôt celle d'une société liée. Le soumissionnaire était MaxSys, et non pas 1230357 Ontario Limited. En outre, beaucoup de projets mentionnés par MaxSys dans tous les quatre champs de travail étaient antérieurs à la fondation de MaxSys, le 26 janvier 2001.

Selon TPSGC, l'article D.2.4 de l'annexe D de la DP est une exigence obligatoire de sorte que la Couronne était tenue de déterminer « minutieusement et rigoureusement » si MaxSys s'y conformait¹⁸. S'il avait agi autrement, a-t-il soutenu, il n'aurait pas été juste envers les autres soumissionnaires, dont certains étaient des entreprises en participation.

17. *Re plainte déposée par TELUS Integrated Communications* (10 novembre 2000) (TCCE).

18. TPSGC a mentionné *Siemens Westinghouse c. Canada (ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (2000), 260 N.R. 367 (C.A.).

En outre, au sujet de la mention par MaxSys d'une invitation antérieure¹⁹, TPSGC a soutenu que le Tribunal a maintenu constamment que les soumissionnaires doivent traiter toutes les invitations de façon indépendante. Par conséquent, ce qui s'est produit dans le cas de l'invitation susmentionnée n'est pas pertinent dans la présente affaire.

Invoquant *M.D. Heat Techs*, TPSGC a soutenu que le Tribunal a déjà reconnu que l'expérience d'emploi des dirigeants d'une partie plaignante n'équivaut pas à l'expérience organisationnelle exigée par la DP. Il a soutenu que MaxSys et 1230357 Ontario Limited sont des entités organisationnelles distinctes, avec des personnalités juridiques distinctes. L'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP exigeait obligatoirement une certaine expérience des soumissionnaires. Cette exigence obligatoire ne pouvait être satisfaite par l'expérience d'une société différente, et MaxSys ne pouvait acheter cette expérience auprès d'une autre société.

Invoquant la décision du Tribunal dans le dossier n° PR-95-011²⁰ et la question de l'achat et de la vente d'actifs incorporels, comme le droit de déposer une plainte, TPSGC a soutenu que l'expérience spécifique d'un soumissionnaire dans des projets « dont l'étendue et la nature sont semblables » [traduction] n'est pas un actif incorporel qui peut être acheté et vendu. Selon TPSGC, bien que l'expérience du personnel puisse être transférée d'un soumissionnaire à un autre par la cession d'un contrat d'emploi, l'expérience concrète d'un soumissionnaire ne peut être achetée. De plus, il a indiqué que l'« acte de vente et de cession »²¹ [traduction] n'était pas incluse dans la proposition de MaxSys, ni n'a été transmise par MaxSys dans le cadre de sa réponse à la demande d'éclaircissements par TPSGC. Par conséquent, a-t-il allégué, si l'« acte de vente et de cession » doit être invoqué, il s'agit d'une modification de la soumission.

TPSGC a allégué que l'article D.2.1 de l'annexe D de la DP tenait compte expressément de la situation de MaxSys et autorisait des soumissions par la voie d'entreprises en participation. Pour des motifs encore inexplicés, MaxSys a choisi de ne pas présenter de soumissions dans le cadre d'une entreprise en participation avec la société à qui elle était liée. Il s'agissait d'un choix dont pouvait se prévaloir MaxSys, et qu'elle n'a pas exercé. Dans les circonstances, TPSGC a soutenu qu'on ne devait pas lui reprocher les choix faits par MaxSys.

Pour ce qui est de l'allégation de MaxSys selon laquelle la Couronne a fait preuve de partialité et d'injustice, TPSGC a soutenu qu'il n'a tout simplement pas attribué à MaxSys une expérience qu'elle n'avait pas. TPSGC a nié également qu'elle a intentionnellement transmis de fausses informations à MaxSys. Dans les circonstances, a-t-il soutenu, il était raisonnable et acceptable qu'il demande des éclaircissements au sujet du changement de nom de MaxSys. En outre, il a soutenu que les diverses allégations faites par MaxSys, individuellement ou collectivement, sont loin de montrer qu'il y a eu partialité.

TPSGC a demandé d'être remboursé des frais de la plainte.

Dans ses autres commentaires en date du 9 avril 2002²², TPSGC a prétendu que 1230357 Ontario Limited n'avait pas une grande partie de l'expérience invoquée par MaxSys dans sa proposition. Plus expressément, il a affirmé que MaxSys n'avait pas conclu de contrat dans beaucoup des exemples mentionnés dans ses propositions pour satisfaire aux exigences de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP.

19. *Supra* note 15.

20. *Re plainte déposée par AmeriData Canada* (9 février 1996) (TCCE).

21. Plainte, pièce 24.

22. La version confidentielle de l'exposé a été déposée le 5 avril 2002, et la version publique a été déposée le 9 avril 2002.

En outre, TPSGC a soutenu que, étant donné que BMB a présenté des soumissions dans le cadre d'une entreprise en participation en réponse à la DP, il semble que MaxSys invoque l'expérience organisationnelle de son concurrent. Il soutient que, tout simplement, 1230357 Ontario Limited n'avait pas l'expérience que MaxSys prétend lui avoir achetée.

Lorsqu'il a transmis les renseignements supplémentaires demandés par le Tribunal le 9 avril 2002, TPSGC a indiqué que les articles 6B.142, 6B.143 et 6B.146 du *Guide des approvisionnements* qui portent sur les compétences des soumissionnaires prévoient l'utilisation de l'expérience antérieure d'un soumissionnaire en tant que facteur de qualification. Il a soutenu que la règle est assez souple pour qu'il puisse imposer les exigences obligatoires ou cotées, jugées utiles dans les circonstances, comme le montre l'invitation invoquée par MaxSys. Il signale toutefois que les soumissionnaires doivent traiter toutes les invitations de façon indépendante.

TPSGC a également soutenu qu'il n'y a ni règle, ni ligne directrice, pour l'interprétation de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP. Les exigences sont claires et sans équivoque, et les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements ou des modifications pendant la période des soumissions.

TPSGC a soutenu également que les contrats pour lesquels MaxSys n'était pas l'entrepreneur, y compris les contrats d'une entreprise qui l'a précédée, ne peuvent satisfaire aux exigences obligatoires de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP²³. Il a aussi soutenu que, même s'il acceptait que MaxSys pouvait invoquer les contrats en vertu desquels une entreprise qui l'a précédée a exécuté des travaux pour un organisme client, ce qu'elle nie expressément, MaxSys est incapable d'établir que les entreprises qui l'ont précédée ont exécuté les contrats mentionnés dans sa proposition. En fait, a-t-il ajouté, la preuve contredit beaucoup des allégations faites par MaxSys. Il a également soutenu qu'il n'y a pas de preuve qu'il y ait eu « une activité d'exploitation dans le cadre d'une entreprise en participation » [traduction] en vertu du contrat commercial de 1997. En outre, ce dernier contrat n'a pas établi une entreprise en participation entre 1230357 Ontario Limited et BMB.

INTERPRÉTATION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit statuer sur le bien-fondé de la plainte, c'est-à-dire déterminer si les critères et les procédures établis pour le contrat spécifique ont été respectés. L'article 11 du Règlement prévoit également que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences des accords commerciaux, lesquels comprennent dans le présent cas l'ALÉNA, l'AMP et l'ACI.

Selon TPSGC, MaxSys a pris connaissance des procédures d'évaluation vers le 27 juillet 2001, au moment où la DP a été affichée sur MERX, mais elle ne s'est pas plainte de ces procédures avant le 5 février 2002, après avoir été informée que ses propositions avaient été déclarées non conformes. Par conséquent, selon TPSGC, ce motif de plainte a été soulevé après le délai imposé par l'article 6 du Règlement. Toutefois, le Tribunal est d'avis que, bien que MaxSys était au courant des procédures d'évaluation en juillet 2001, elle ne savait pas pourquoi TPSGC l'avait jugée non conforme relativement à ces critères d'évaluation jusqu'à ce qu'elle reçoive de TPSGC un document par télécopieur en date du 22 janvier 2002 et que TPSGC tienne une séance de compte-rendu avec elle le 24 janvier 2002. Par conséquent, le Tribunal reste convaincu que la plainte a été déposée conformément au Règlement et il examinera le bien-fondé de cette allégation.

23. Réponse de TPSGC en date du 1^{er} mai 2002, para. 50.

Le paragraphe 1008(1) de l'ALÉNA et le paragraphe VII(1) de l'AMP prévoient que les parties doivent veiller à ce que les procédures de passation des marchés de leurs entités soient appliquées de façon non discriminatoire. L'article 501 de l'ACI mentionne que le chapitre 5 vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. L'alinéa 1015(4)d) de l'ALÉNA et l'alinéa XIII(4)c) de l'AMP prévoient que l'adjudication des marchés doit être conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres. Le paragraphe 506(6) de l'ACI prévoit que les critères et la méthode à utiliser dans l'évaluation des soumissions doivent être clairement précisés dans les documents de soumission.

L'article D.2.1 de l'annexe D de la DP énonce en partie que « l'expérience dont fait état le soumissionnaire pour respecter l'exigence obligatoire décrite ci-après dans la présente annexe doit être un travail pour lequel le soumissionnaire avait conclu un contrat avec des clients à l'extérieur de sa propre organisation. Le soumissionnaire qui présente une proposition peut toutefois être composé de plusieurs entreprises qui présentent conjointement une proposition. Dans le cas d'une entreprise en participation, il sera tenu compte de l'expérience combinée des entreprises qui forment l'entreprise en participation pour déterminer si le soumissionnaire respecte l'exigence obligatoire » [traduction].

L'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP énonce qu'un « soumissionnaire, le fournisseur potentiel qui présente la proposition, doit montrer clairement qu'il a réalisé, dans les dix (10) dernières années, trois (3) projets dont l'étendue et la nature sont semblables au champ de travail décrit dans l'annexe A, pour lequel il présente une soumission » [traduction].

Les éléments de preuve montrent que TPSGC a rejeté les soumissions de MaxSys au motif qu'elles ne répondaient pas aux exigences de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP, c'est-à-dire que :

1230357 Ontario Limited et MaxSys n'ont pas soumissionné dans le cadre d'une entreprise en participation, l'expérience acquise par 1230357 Ontario Limited (la société mère et actionnaire de MaxSys) ne peut être considérée comme celle du soumissionnaire MaxSys (la filiale), entreprise constituée en personne morale sous le nom de 3755479 Canada Inc., le 26 janvier 2001, qui a légalement changé son nom à MaxSys le 2 septembre 2001. L'expérience d'une société mère est distincte de celle d'une filiale parce qu'elles sont deux entités légales différentes. Par conséquent, les propositions présentées par MaxSys ne répondaient pas aux critères obligatoires mentionnés ci-dessus, l'article D.2.4.1, et la soumission n'a pu être retenue²⁴. [Traduction]

Les éléments de preuve montrent que, le 6 février 2001, 1230357 Ontario Limited a cédé la totalité de son actif cessible à 3755479 Canada Inc. Cet actif comprenait tous les contrats cessibles, tous les contrats d'employé et l'expérience commerciale, la connaissance organisationnelle et la propriété intellectuelle acquises pendant l'existence de 1230357 Ontario Limited. C'est ainsi que 3755479 Canada Inc., exploitée sous le nom de MaxSys, a repris tous les droits et obligations qui restaient en vertu de tous les contrats que 1230357 Ontario Limited était autorisée à céder. MaxSys a allégué que, au moment où 3755479 Canada Inc. a repris les contrats de 1230357 Ontario Limited, il y avait encore du travail à faire dans le cadre de l'un de ces contrats²⁵. Elle a aussi soutenu que, pour tous les contrats cédés, « il lui aurait incombé de résoudre tous les problèmes résiduels qui auraient pu se présenter relativement au projet » [traduction]. Le Tribunal accepte ces arguments, qui n'ont pas été contestés par TPSGC, et il juge que MaxSys est devenu l'entrepreneur en vertu des contrats cédés.

24. Plainte, pièce 12.

25. Documents confidentiels déposés par MaxSys en date du 16 avril 2002, onglet 11D.

Par conséquent, le Tribunal conclut que l'expérience de 1230357 Ontario Limited doit être considérée comme celle de MaxSys aux fins de la DP, dans la mesure où les contrats pour le travail en question ont été cédés par 1230357 Ontario Limited à 3755479 Canada Inc. Il fait observer également qu'il y a eu cession d'une quantité considérable d'expérience de 1230357 Ontario Limited à 3755479 Canada Inc. par la voie de la cession des contrats d'employé et de propriété intellectuelle. MaxSys a soutenu que le personnel de 1230357 Ontario Limited qui a exécuté les projets est maintenant son propre personnel et que « tous les modèles, les théories, les grilles, les processus, etc., produits au cours de ces projets »²⁶ [traduction] lui ont été cédés. Le Tribunal accepte cet argument, qui n'a pas été contestée par TPSGC.

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal constate que, contrairement au paragraphe 506(6) de l'ACI, de l'alinéa 1015(4)d) de l'ALÉNA et de l'alinéa XIII(4)c) de l'AMP, TPSGC n'a pas appliqué les critères de l'article D.2.4.1 de l'annexe D de la DP dans l'évaluation des propositions de MaxSys et que la plainte est, par conséquent, fondée.

Le Tribunal note les éléments de preuve selon lesquels l'expérience mentionnée par MaxSys dans sa soumission était liée à du travail exécuté sous contrat pour le compte de BMB. Selon l'article D.2.1 de l'annexe D de la DP, « l'expérience dont fait état le soumissionnaire pour respecter les exigences obligatoires décrites ci-après dans la présente annexe doit être un travail pour lequel le soumissionnaire avait conclu un contrat avec des clients à l'extérieur de sa propre organisation » [traduction]. Étant donné la nature de la relation de travail entre 123057 Ontario Limited et BMB, qui est décrite dans le contrat commercial de 1997 (lequel, de l'avis de MaxSys, était une entreprise en participation), le Tribunal est d'avis que BMB n'était pas « à l'extérieur de » l'organisation propre de 123057 Ontario Limited. Par conséquent, le travail exécuté par 1230357 Ontario Limited selon le contrat commercial de 1997 ne peut compter comme expérience aux fins de la présente DP.

Pour ce qui est de l'argument de la crainte de partialité fait par MaxSys, le Tribunal est d'avis que cette allégation est sans fondement. De l'avis du Tribunal, cette allégation s'appuie principalement sur la manière dont l'évaluation des soumissions de MaxSys a été faite, dont les éclaircissements qui lui ont été demandés. De l'avis du Tribunal, les éléments de preuve n'indiquent pas que TPSGC a agi de manière partielle pendant le processus d'évaluation. De même, le Tribunal est d'avis que TPSGC avait le droit de demander des éclaircissements au sujet de l'historique de MaxSys dans l'évaluation de l'expérience que MaxSys a produite pour satisfaire aux articles D.2.1 et D.2.4.1 de l'annexe D de la DP, et que les éléments de preuve n'indiquent pas qu'il a ainsi agi de manière partielle. Selon l'opinion du Tribunal, les éléments de preuve n'indiquent pas que TPSGC ait eu un motif caché quelconque étant donné les mesures qu'il a prises.

Aux termes du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, pour recommander une mesure corrective appropriée, tenir compte de la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics, l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante et à tout autre intéressé, l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication, la bonne foi des parties et le degré d'exécution du contrat.

De l'avis du Tribunal, la violation des dispositions des accords commerciaux, dans le présent cas, aurait pu causer un préjudice aux intérêts de MaxSys. Toutefois, elle n'a pas causé un préjudice important à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme de marché concurrentiel dans son ensemble. Par conséquent, pour que soit réparé tout préjudice subi par MaxSys, le Tribunal recommandera que les quatre propositions de MaxSys qui sont en litige soient réévaluées conformément à la décision ci-après.

26. Plainte, para. 55.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC réévalue la proposition soumise par MaxSys en ce qui concerne les exigences obligatoires relatives à l'expérience pour les champs de travail suivants : Planification des affaires, Planification de programme, Gestion de projet, et Fonction de contrôle et comptabilité. Dans le cadre de cette réévaluation, toute expérience acquise par 1230357 Ontario Limited sera considérée comme étant l'expérience de MaxSys, dans la mesure où les contrats pour le travail pertinent ont été cédés par 1230357 Ontario Limited à 3755479 Canada Inc. Toute expérience de 1230357 Ontario Limited ne sera pas considérée comme répondant aux exigences obligatoires relatives à l'expérience si celle-ci a été acquise pendant que le contrat commercial daté du 1^{er} décembre 1997 entre 1230357 Ontario Limited et BMB était en vigueur. Pour chacun des champs de travail où la réévaluation indique que MaxSys répond aux exigences obligatoires relatives à l'expérience, TPSGC évaluera tous les autres éléments de la proposition, dans la mesure où ils n'ont pas encore été évalués selon les critères d'évaluation et la méthodologie énoncés dans la DP (invitation n° W2177-00EG01/B).

Dans le cas où la proposition de MaxSys, pour tout champ de travail, est le prix évalué moyen total le plus bas par point en tenant compte des critères d'évaluation énoncés dans la DP, le Tribunal recommande que TPSGC verse une indemnité à MaxSys en reconnaissance des profits qu'elle aurait tirés, si le contrat pour ce champ de travail lui avait été adjugé.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à MaxSys le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la présente plainte.

Ellen Fry

Ellen Fry

Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Zdenek Kvarda

Zdenek Kvarda

Membre