



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2007-025

TPG Technology Consulting
Limited

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le vendredi 2 novembre 2007*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....2

 ANALYSE DU TRIBUNAL4

 MESURE CORRECTIVE.....8

 FRAIS9

 DÉCISION DU TRIBUNAL9

EU ÉGARD À une plainte déposée par TPG Technology Consulting Limited 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 À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE

TPG TECHNOLOGY CONSULTING LIMITED

Partie plaignante

ET

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

Institution fédérale

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

James A. Ogilvy

James A. Ogilvy
Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin
Membre

Meriel V. M. Bradford

Meriel V. M. Bradford
Membre

Hélène Nadeau

Hélène Nadeau
Secrétaire

Membres du Tribunal :	James A. Ogilvy, membre président Pierre Gosselin, membre Meriel V. M. Bradford, membre
Directeur :	Randolph W. Heggart
Enquêteur principal :	Michael W. Morden
Conseiller juridique pour le Tribunal :	Georges Bujold
Partie plaignante :	TPG Technology Consulting Limited
Conseillers juridiques pour la partie plaignante :	Ronald D. Lunau Phuong T.V. Ngo Catherine Beaudoin Stephanie Pearce
Partie intervenante :	Groupe CGI inc.
Conseillers juridiques pour la partie intervenante :	Simon V. Potter R. Benjamin Mills
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	David M. Attwater Ian McLeod

Veillez adresser toutes les communications au :

Secrétaire
Tribunal canadien du commerce extérieur
Standard Life Centre
333, avenue Laurier Ouest
15^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0G7

Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. Le 27 juin 2007, TPG Technology Consulting Limited (TPG) 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 concernait un marché (invitation n° EN869-040407/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) qui portait sur la prestation de services de soutien technique et d'ingénierie à l'appui du domaine de serveur d'entreprise, du domaine multiplateforme et réseau et du domaine de services de soutien, y compris l'ensemble du matériel informatique, des logiciels et des activités de réseau gérés par la Direction générale des services d'infotechnologie (DGSI) de TPSGC au nom de différents ministères et clients gouvernementaux.

2. TPG a allégué que TPSGC avait modifié la méthodologie d'évaluation énoncée dans la demande de propositions (DP) après la clôture des soumissions et avait contrevenu à diverses dispositions des accords commerciaux pertinents en utilisant une méthodologie modifiée pour évaluer les propositions des soumissionnaires. TPG a allégué que les évaluateurs ont donc pu favoriser les soumissionnaires faibles en attribuant des points là où aucun ne se justifiait ou en attribuant moins de points que le nombre qui aurait dû être attribué aux termes de la méthodologie d'évaluation publiée. À titre de mesure corrective, TPG a demandé au Tribunal de recommander l'annulation de la partie des exigences cotées de l'évaluation et d'ordonner l'adjudication du contrat au soumissionnaire ayant présenté la soumission conforme la moins-disante.

3. Le 6 juillet 2007, 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*². Aussi à cette date, aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a ordonné à TPSGC de reporter l'adjudication d'un contrat jusqu'à ce qu'il ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le 16 juillet 2007, TPSGC a certifié que le marché était urgent et qu'un retard dans l'adjudication d'un contrat serait contraire à l'intérêt public. Le 23 juillet 2007, conformément au paragraphe 30.13(4) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a publié une annulation de l'ordonnance de report d'adjudication. Le 30 juillet 2007, Groupe CGI inc. (CGI) a demandé le statut de partie intervenante, demande qui a été accordée le 1^{er} août 2007. Le 31 juillet 2007, TPSGC a déposé le rapport de l'institution fédérale (RIF). Le 3 août 2007, le conseiller juridique de CGI a demandé l'autorisation de montrer à sa cliente des parties confidentielles de deux pièces jointes au RIF, portant toutes deux sur l'évaluation de la proposition de CGI. Le 13 août 2007, CGI a retiré sa demande. Le 7 août 2007, TPG, qui n'était pas représentée par un conseiller juridique, a demandé l'accès à l'une des pièces confidentielles jointes au RIF³ et a demandé au Tribunal d'ordonner à TPSGC de produire un certain nombre de documents supplémentaires qui, selon elle, avaient trait au processus d'évaluation. Le 23 août 2007, après avoir reçu les commentaires de toutes les parties, le Tribunal a rejeté la demande au motif que d'autres documents n'étaient pas nécessaires pour que le Tribunal rende sa décision. Le 27 août 2007, TPG a informé le Tribunal qu'elle avait retenu les services d'un conseiller juridique. Le 5 septembre 2007, CGI et TPG ont déposé des observations sur le RIF.

4. Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le 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 documents au dossier.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Dans les enquêtes en matière de passation des marchés publics, seuls les conseillers juridiques qui représentent une partie et qui ont déposé un acte de déclaration et d'engagement visant la non-divulgaration de renseignements confidentiels peuvent avoir accès à des renseignements confidentiels.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

5. La DP visée par la plainte a été diffusée par l'intermédiaire du MERX⁴ le 31 mai 2006 et portait la date d'échéance modifiée du 5 septembre 2006 pour la réception des soumissions. La DP prévoyait l'attribution d'un contrat triennal, comportant une option de renouvellement de quatre périodes supplémentaires d'une année chacune.

6. Selon TPSGC, trois soumissions avaient été reçues à la date d'échéance. Il a soutenu que cinq évaluateurs techniques de la DGSi avaient participé au processus d'évaluation. Au cours de l'évaluation technique, chaque évaluateur a examiné et attribué des notes aux trois propositions, après quoi les propositions ont été classées selon les notes convenues à l'unanimité par les cinq évaluateurs.

7. Selon TPSGC, en raison de questions relatives à la notation de certains des critères cotés, l'autorité contractante a demandé un avis juridique concernant la légitimité de l'attribution de 0, de 1 ou de 2 points, plutôt que de 0 ou de 2 points, pour les critères dont la valeur de cotation indiquée était de « 2 points ». TPSGC a été informé qu'il était possible d'attribuer 0, 1 ou 2 points. Le 9 novembre 2006, l'autorité contractante a terminé l'évaluation financière des propositions et, tout de suite après, a déterminé la soumission qui offrait la meilleure cote combinée à la suite de l'évaluation technique et du prix. Le 17 novembre 2006, l'autorité contractante a demandé à un agent indépendant de négociation des contrats de TPSGC, qui ignorait les notes et le classement des propositions techniques, de confirmer l'évaluation financière des propositions. Entre le 27 novembre 2006 et le 1^{er} février 2007, le Bureau de l'agent principal de gestion des risques (BAPGR) de TPSGC a effectué un examen du processus de passation du marché et a informé l'autorité contractante que les évaluateurs avaient adhéré à la méthodologie d'évaluation énoncée dans la DP.

8. Le 11 mai 2007, à la suite d'un échange de correspondance entre TPG et TPSGC concernant l'invitation, TPSGC a transmis au conseiller juridique de TPG une copie d'une note de service au sous-ministre de TPSGC et du rapport du BAPGR. Après examen du rapport, TPG a communiqué avec TPSGC et a demandé des renseignements supplémentaires au sujet de la méthodologie de notation utilisée pendant l'évaluation. Le 31 mai 2007, TPSGC a informé TPG « qu'elle ferait mieux de soulever ces questions dans le contexte d'une réunion d'information tenue après l'adjudication de ce contrat⁵ » [traduction]. Cette réponse a mené à un autre échange entre les deux parties, dans lequel chaque partie a réitéré son point de vue relatif à cette question. TPSGC a envoyé à TPG une lettre définitive le 13 juin 2007 et, le 27 juin 2007, TPG a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

9. La DP contenait un certain nombre de systèmes de cotation comportant des dispositions de notation précises dont en voici des exemples :

N ^o	Exigence	Critères d'évaluation
1.3.2.4.2		<p>Le nombre maximal de points sera octroyé pour la fourniture d'au moins 120 ressources.</p> <p>5 = 120 ou plus 4 = 100 à 119 3 = 75 à 99 2 = 50 à 74 0 = Autre</p> <p>Maximum de 5 points</p>

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

5. Plainte, onglet 5.

N°	Exigence	Critères d'évaluation
1.3.2.4.9		<p>Accordez à chacun des trois aspects les notes suivantes :</p> <p>5 = Réponse/description claire et détaillée, respectant de 80 % à 100 % ou plus de l'exigence.</p> <p>3 = La réponse respecte de façon satisfaisante l'exigence, la respectant de 60 % à 79 %.</p> <p>1 = Réponse passable, respectant de 40 % à 59 % de l'exigence.</p> <p>0 = Aucune réponse ou réponse insuffisante, respectant moins de 40 % de l'exigence.</p> <p>Maximum 3 × 5 points = 15 points</p>

N°	Exigence	Critères d'évaluation
1.3.2.4.11	Les services ont été fournis par le soumissionnaire dans un cadre de gestion de services TI reconnu par l'industrie tel que BITI. Le soumissionnaire doit avoir été chargé d'aider son client dans chacun des secteurs suivants de processus de gestion des services TI (GSTI) : (fournir des détails à l'appui de chacun)	
1	Gestion des incidents	2 points
2	Gestion des problèmes	2 points
10	Gestion de la disponibilité	2 points

N°	Exigence	Critères d'évaluation
2.2.1.3	...	<p>5 = Réponse claire et détaillée</p> <p>3 = La réponse respecte sensiblement l'exigence.</p> <p>0 = Aucune réponse ou réponse insuffisante</p> <p>Maximum de 5 points</p>

N°	Exigence	Critères d'évaluation
3.6.3		<p>Deux (2) points pour chaque mesure d'économie pertinente qui devrait raisonnablement rapporter l'économie indiquée.</p> <p>Maximum de 6 points</p>

[Traduction]

10. Les critères 1.3.2.4.2 et 1.3.2.4.9 paraissent exclure certaines notes parce que les nombres et les pourcentages énumérés présentent toutes les possibilités. Par ailleurs, le critère 2.2.1.3 paraît accorder un certain pouvoir discrétionnaire aux évaluateurs. Les critères 1.3.2.4.11 et 3.6.3 indiquent simplement que « 2 points » seront attribués à chaque secteur de processus dans lequel le soumissionnaire a aidé ses clients ou à chaque mesure d'économie respectivement.

ANALYSE DU TRIBUNAL

11. Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la conclusion de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal est tenu de déterminer si le marché a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents, soit en l'espèce l'*Accord sur le commerce intérieur*⁶, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁷ et l'*Accord sur les marchés publics*⁸.

12. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit ce qui suit :

[...] Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

13. L'article 1013 de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

1. La documentation relative à l'appel d'offres qu'une entité remettra aux fournisseurs devra contenir tous les renseignements nécessaires pour leur permettre de présenter des soumissions valables [...] La documentation contiendra [...] :

[...]

h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits ou services d'une autre Partie, droits de douane et autres frais d'importation, taxes et monnaie du paiement;

[...]

14. L'alinéa 1015(4)d) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

d) l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

15. L'Article XII de l'*AMP* prévoit ce qui suit :

[...]

2. La documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs contiendra tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent présenter des soumissions valables, notamment [...] :

[...]

h) les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits ou services d'autres Parties, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement;

[...]

6. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

7. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

8. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].

16. L'alinéa XIII(4)c) de l'AMP prévoit ce qui suit :

c) Les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres.

17. Selon TPSGC, les allégations de TPG ont trait à seulement 6 des 237 éléments figurant à l'annexe D-1 de la DP, qui s'intitule « Grille des critères d'évaluation » [traduction] et qui énumérait les exigences cotées. TPG a soutenu que les soumissionnaires devaient inclure trois références dans leur proposition; la première était cotée selon le critère 1.3.2 de l'annexe D-1, la deuxième selon le critère 1.3.3 et la troisième selon le critère 1.3.4. TPSGC a prétendu que seuls les critères suivants étaient touchés : 1.3.2.4.11.4, 1.3.2.4.11.10, 1.3.3.4.11.4, 1.3.3.4.11.10, 1.3.4.2.11.4 et 1.3.4.2.11.10. Les dispositions de ces critères prévoient ce qui suit :⁹

N°	Exigence	Critères d'évaluation
1.3.2	Référence 1	
1.3.2.4	[C] Le projet de référence sera coté selon le degré de correspondance à la définition de la DGSI de nature, portée et complexité semblables, comme l'indique ce qui suit :	
1.3.2.4.11	Les services ont été fournis par le soumissionnaire dans un cadre de gestion de services TI reconnu par l'industrie tel que BITI. Le soumissionnaire doit avoir été chargé d'aider son client dans chacun des secteurs suivants de processus de gestion des services TI (GSTI) : (fournir des détails à l'appui de chacun)	
1	Gestion des incidents	2 points
2	Gestion des problèmes	2 points
3	Gestion du changement	2 points
4	<i>Gestion de la configuration</i>	<i>2 points</i>
5	Gestion des versions	2 points
6	Gestion du niveau de service	2 points
7	Gestion financière pour les services TI	2 points
8	Gestion de la capacité	2 points
9	Gestion de la prestation continue des services TI	2 points
10	<i>Gestion de la disponibilité</i>	<i>2 points</i>

[Traduction]

18. TPSGC a soutenu que les évaluateurs avaient adopté une interprétation raisonnable lorsqu'ils ont déterminé que le terme « 2 points » signifiait qu'ils pouvaient attribuer une note de 0, de 1 ou de 2 points, selon le cas, concernant les six éléments cotés en cause. Il a souligné que l'attribution par les évaluateurs de 0, de 1 ou de 2 points avait été appliquée uniformément à chacun des trois soumissionnaires. TPSGC a prétendu que le système préconisé par la TPG selon lequel la cote maximale est accordée ou rien du tout va à l'encontre des exigences prévues aux critères 1.3.2.4, 1.3.3.4 et 1.3.4.2, qui indiquent que les références « doivent être cotées selon le degré » [traduction] de correspondance à certaines caractéristiques de la définition de la DGSI. Selon TPSGC, le terme « degré » implique une mesure variable de similitude par

9. Le même libellé a été utilisé pour les critères 1.3.3.4.11.4, 1.3.3.4.11.10, 1.3.4.2.11.4 et 1.3.4.2.11.10.

rapport à la définition de la DGSI et une « cote correspondant au degré » [traduction] laisse clairement entendre que la cote devrait être établie en fonction de cette mesure. Il a fait valoir que l'attribution d'une cote maximale ou nulle par rapport à un élément coté pourrait ne pas tenir compte du degré dans lequel la référence d'un soumissionnaire correspond à la définition de la DGSI.

19. TPSGC a également prétendu que le Tribunal devrait recommander une mesure corrective seulement si une violation a causé un préjudice à TPG. À son avis, si les évaluateurs ont effectivement violé les accords commerciaux, ce qui est expressément nié, en octroyant 1 point plutôt que 0 ou 2 points, par rapport aux six éléments cotés en cause, TPG n'a subi aucun dommage ni préjudice de cette violation. TPSGC a présenté un tableau¹⁰ qui, à son avis, démontre que l'augmentation de 1 à 2 de toutes les notes attribuées à TPG et la diminution de 1 à 0 de toutes les notes attribuées aux autres soumissionnaires n'auraient pas influencé le classement final des soumissionnaires.

20. Selon TPSGC, les allégations de TPG étaient intéressées et n'avaient pas de crédibilité et, sauf dans la mesure où elles sont appuyées par des éléments de preuve ou des renseignements jugés authentiques, elles devraient être rejetées. TPSGC a prétendu que le Tribunal, comme il l'a énoncé dans des décisions antérieures, ne modifiera une évaluation que si celle-ci est déraisonnable. TPSGC a déclaré qu'en l'espèce, la norme de réexamen devrait être celle de la décision raisonnable et que, pour paraphraser la décision rendue dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*¹¹, les décisions des évaluateurs satisferont à la norme de la décision raisonnable si elles sont appuyées par une explication plausible, même si le Tribunal ne juge pas cette explication convaincante.

21. En fonction de ce qui précède, TPSGC a demandé le rejet de la plainte. Il a également fait valoir que, si le Tribunal jugeait la plainte fondée, la meilleure mesure corrective consisterait à recommander une réévaluation des propositions concurrentes. Il s'est opposé complètement à la demande de TPG que le Tribunal annule la partie des exigences cotées de la DP et attribue le contrat en fonction de la soumission la moins-disante. Selon lui, en sollicitant cette mesure corrective, TPG demande au Tribunal de modifier la méthodologie après la date de clôture, soit essentiellement la raison même pour laquelle TPG a porté plainte auprès du Tribunal au départ. TPSGC a soutenu que le Tribunal n'avait pas compétence pour recommander un changement à une méthodologie d'évaluation autrement inattaquable à tous les autres points de vue et qu'il serait très inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires de recommander un changement à la méthodologie d'évaluation à cette étape. TPSGC a également réclamé le remboursement de ses frais à la suite de sa réponse à la plainte.

22. CGI a prétendu que les évaluateurs avaient bien interprété les exigences cotées et que TPG avait présumé à tort que le rapport du BAPGR faisait référence à tous les critères d'évaluation attribuant des points de façon « détachée ». Selon CGI, TPG a présumé que les évaluateurs, par exemple, attribuaient des notes de 2 ou 4 points relativement aux exigences cotées pour lesquelles les critères d'évaluation prévoyaient expressément l'attribution de 0, 1, 3 ou 5 points.

23. En outre, CGI a avancé que même si le Tribunal n'était pas d'accord avec l'interprétation, par les évaluateurs, des exigences cotées, rien ne lui permettrait de modifier les résultats de la passation du marché parce que, même si on examinait la soumission de TPG de la façon la plus favorable possible (en lui attribuant des notes de 2 dans les cas où elle n'a eu que des notes de 1) et la soumission de CGI de la façon la plus défavorable possible (en lui attribuant des notes de 0 lorsqu'elle a eu des notes de 1), le classement des soumissions demeurerait le même. CGI a prétendu qu'il n'y avait eu aucune allégation ni aucun élément de preuve de mauvaise foi contre les évaluateurs.

24. CGI a demandé au Tribunal de rejeter la plainte et d'accorder le remboursement des frais à TPSGC et à CGI.

10. RIF, pièce confidentielle 3.

11. [1997] 1 R.C.S. 748.

25. TPG a soutenu qu'à la lumière du libellé ordinaire ou courant de chacune des exigences en cause, il était raisonnable que TPG estime qu'elle recevrait l'ensemble et non une partie des points si elle fournissait des détails établissant son expérience relativement à chacun des critères énoncés. Elle a prétendu que les évaluateurs n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire d'attribuer des points entre 0 et 2. Selon TPG, étant donné l'argument de TPSGC selon lequel 0, 1 ou 2 points auraient pu être attribués, on peut concevoir que les évaluateurs auraient aussi pu attribuer 0,5, 0,8, 1,5 ou toute autre note se situant entre 0 et 2. Elle a soutenu que cela n'était pas conforme à la DP. TPG a également affirmé que le critère 3.6.3 avait aussi fait l'objet de notes incompatibles avec les spécifications de la DP, c'est-à-dire une note de 1, alors que l'échelle ne permet clairement que 0 ou 2 points.

26. TPG a déclaré que l'introduction de ces notes intermédiaires a eu pour effet qu'une faible réponse, qui aurait dû se faire attribuer 0 selon la méthodologie de la DP, aurait pu se faire attribuer 1 point tandis qu'une réponse forte mais imparfaite, qui aurait dû se faire attribuer 2 points aux termes du système initial, pourrait ne s'être faite attribuer que 1 point. Elle a soutenu que les modifications par TPSGC des critères publiés de notation pouvaient fort bien avoir entraîné la diminution de la note de TPG ou l'augmentation de la note de CGI, l'une ou l'autre pouvant avoir contribué au fait que CGI a été retenue¹². TPG a présenté un tableau¹³, qui selon elle, démontre que la distorsion éventuelle des critères 1.3.2.4.11.4, 1.3.2.4.11.10, 1.3.3.4.11.4, 1.3.3.4.11.10, 1.3.4.2.11.4, 1.3.4.2.11.10 et 3.6.3 entraînait la possibilité qu'un soumissionnaire obtienne plus de 5 points supplémentaires.

27. TPG a prétendu qu'il était raisonnable de présumer que des notes partielles ou des notes non directement prévues dans la DP pourraient aussi avoir été attribuées sous d'autres critères assortis d'échelles de notation distinctes. TPG estimait¹⁴ que l'effet de distorsion possible de tous ces critères est d'environ 15 points, ce qui aurait eu un effet important sur le choix du soumissionnaire retenu.

28. TPG a aussi soutenu qu'il était inéquitable de lui imposer un fardeau de preuve, étant donné qu'il lui était pratiquement impossible de s'acquitter de ce fardeau puisque seul TPSGC était en possession de certains documents et dossiers. Elle a ajouté que c'était pour cette raison qu'elle avait demandé la divulgation des feuilles de notation de chaque évaluateur plutôt que le sommaire postérieur des notes finales convenues à l'unanimité que TPSGC avait présenté avec le RIF. Elle a prétendu que TPSGC ne pouvait refuser de divulguer les documents pertinents et soutenir ensuite que TPG ne s'était pas acquittée du fardeau de la preuve. TPG a soutenu qu'étant donné que TPSGC avait refusé de lui fournir et de fournir au Tribunal chaque feuille de notation, le Tribunal devait tirer une conclusion défavorable à l'égard de TPSGC.

29. En outre, TPG a aussi allégué que l'application par TPSGC de critères d'évaluation non divulgués constitue un bon motif pour le Tribunal de substituer son jugement à celui des évaluateurs. Selon TPG, le Tribunal doit recommander l'annulation de la partie technique de l'évaluation et l'adjudication du contrat uniquement en fonction de la proposition conforme sur le plan technique la moins-disante.

30. Le Tribunal souligne que le RIF de TPSGC et le rapport du BAPGR ont confirmé que des notes se situant entre les valeurs établies par la grille de notation ont effectivement été attribuées pour certains éléments cotés. De même, TPSGC a reconnu que l'autorité contractante a demandé des conseils juridiques quant à la légitimité de l'attribution de 0, 1 ou 2 points, plutôt que de 0 ou 2 points, pour ces éléments cotés, et que son conseiller juridique était d'avis que la DP pouvait raisonnablement être interprétée comme permettant les notes de 1 point sur les éléments cotés en question.

12. Dans sa plainte, TPG a informé le Tribunal qu'elle avait appris que l'intention de TPSGC était d'adjuger le contrat à CGI. TPSGC a adjugé le contrat à CGI le 31 octobre 2007.

13. Observations sur le RIF, onglet B.

14. *Ibid.*, onglet C.

31. Par conséquent, la question qui se pose au Tribunal n'est pas de savoir si TPSGC a attribué des notes se situant entre les valeurs établies par la grille de notation, mais plutôt de savoir si l'attribution de telles notes était conforme au libellé de la DP.

32. Concernant les critères 1.3.2.4.11.4, 1.3.2.4.11.10, 1.3.3.4.11.4, 1.3.3.4.11.10, 1.3.4.2.11.4, 1.3.4.2.11.10 et 3.6.3, le Tribunal conclut que le système de cotation appliqué à chaque critère est particulier et ne confère pas le pouvoir discrétionnaire d'attribuer des notes autres que 0 ou 2. Le Tribunal souligne que sous certains sous-critères relevant de 1.3.2.4, 1.3.3.4 et 1.3.4.2¹⁵, il était clairement énoncé que les soumissionnaires pouvaient obtenir 0, 1 ou 2 points. Toutefois, cette information ne se retrouve pas relativement aux 7 critères en cause susmentionnés. Le Tribunal fait également observer que TPSGC a utilisé pas moins de 5 systèmes de cotation différents permettant l'attribution de différentes notes pour les 12 sous-critères relevant de chacun des critères 1.3.2.4, 1.3.3.4 et 1.3.4.2. Si TPSGC avait voulu utiliser une échelle mobile pour les critères en question, il aurait pu le déclarer expressément. Le Tribunal conclut donc que TPSGC n'a pas observé la méthodologie d'évaluation qu'il s'était fixée dans la DP et que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences établies dans les accords commerciaux pertinents.

33. Concernant l'argument de TPG selon lequel il est raisonnable de présumer que TPSGC a également mal évalué d'autres critères au moyen d'une notation distincte, le Tribunal conclut à l'absence d'indication selon laquelle TPSGC n'aurait pas suivi le système de cotation approprié pour tout autre critère. À la lumière de l'examen du sommaire des notes finales individuelles convenues à l'unanimité¹⁶ fourni par TPSGC, le Tribunal a constaté que dans les cas où soit TPG soit CGI n'a pas reçu la note maximale pour un critère donné, la note attribuée aurait pu découler du système de cotation établi pour ce critère particulier. Par exemple, si un soumissionnaire a reçu 9 points sur 15 pour un critère permettant 0, 1, 3 ou 5 points pour chacune des trois références fournies, la note de 9 aurait pu découler de l'attribution par les évaluateurs à ce soumissionnaire de 3 points pour chaque référence soumise, c'est-à-dire 3+3+3=9.

34. De plus, le Tribunal a conclu à l'absence de preuve d'une tendance indiquant qu'un soumissionnaire ait été privilégié par rapport à un autre. Chacun des trois soumissionnaires a été évalué de la même façon; chacun avait environ le même nombre de cas où 1 point, plutôt que 0 ou 2 points, avait été attribué pour certains des critères en cause. L'effet cumulatif de ces notes de 1 point est énoncé dans le présent exposé des motifs sous la rubrique « Mesure corrective ».

35. En résumé, l'analyse du Tribunal indique, à la lumière des éléments de preuve, que TPSGC n'a pas appliqué correctement les critères cotés figurant dans la DP dans certains cas où il a évalué la proposition de TPG, de CGI et du troisième soumissionnaire, mais qu'il l'a fait d'une manière que les soumissionnaires ne pouvaient raisonnablement déduire de la méthodologie d'évaluation énoncée dans la DP. Le Tribunal conclut donc que la plainte est fondée.

MESURE CORRECTIVE

36. Aux termes du paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE*, lorsqu'il conclut que la plainte est fondée, le Tribunal peut « [...] recommander que soient prises des mesures correctives [...] ». À cet égard, le paragraphe 30.15(3) prévoit que le Tribunal tienne compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visés par le contrat spécifique, notamment des suivants :

- la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics;
- l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;

15. Critères 1.3.2.4.8, 1.3.3.4.8 et 1.3.4.2.8.

16. RIF, pièce confidentielle 2.

- l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- la bonne foi des parties;
- le degré d'exécution du contrat.

37. De l'avis du Tribunal, même s'il y eu une lacune grave dans le processus de passation du marché, la preuve démontre que le classement des trois propositions aurait été identique même si TPSGC avait observé la méthodologie d'évaluation énoncée dans la DP. Compte tenu de la pondération des notes, différents scénarios, y compris le remplacement des notes de 1 de TPG par des notes de 2 et le remplacement des notes de 1 des autres soumissionnaires par des notes de 0, ne changent pas le classement des soumissionnaires. Par conséquent, le Tribunal conclut que TPG n'a subi aucun préjudice par suite de la violation par TPSGC des accords commerciaux.

38. Ce type de lacune, s'il se répète, est susceptible de compromettre l'intégrité et l'efficacité du processus de passation des marchés. Toutefois, en l'espèce, l'analyse du Tribunal indique que le résultat aurait été identique même compte tenu de la correction des notes en cause. Par conséquent, le préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du processus de passation du marché était minime en l'espèce. De plus, la preuve n'indique aucune mauvaise foi de la part de TPSGC. Ainsi, le Tribunal conclut qu'il n'y a aucune mesure corrective valable susceptible d'application, et il ne modifiera pas le résultat initial de l'évaluation. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal ne recommandera aucune mesure corrective en l'espèce.

FRAIS

39. Le Tribunal n'accorde aucun remboursement de frais dans la présente affaire, aucun n'ayant été demandé par TPG.

DÉCISION DU TRIBUNAL

40. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la plainte est fondée.

James A. Ogilvy

James A. Ogilvy

Membre président

Pierre Gosselin

Pierre Gosselin

Membre

Meriel V. M. Bradford

Meriel V. M. Bradford

Membre