



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2010-046

Falconry Concepts

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
mercredi 29 décembre 2010*

*Motifs rendus
le lundi 10 janvier 2011*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 PLAINTÉ1

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

 QUESTION PRÉLIMINAIRE.....2

 Motif de plainte ne donnant pas lieu à l'ouverture d'une enquête2

ANALYSE DU TRIBUNAL3

 Frais 11

DÉCISION DU TRIBUNAL 12

EU ÉGARD À une plainte déposée par Falconry Concepts 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**FALCONRY CONCEPTS****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 n'est pas fondée.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Falconry Concepts. En conformité avec l'article 4.1 et l'annexe A de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, l'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur se situe au degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffre à de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal : Jason W. Downey, membre président

Directeur : Randolph W. Heggart

Enquêteur principal : Michelle N. Mascoll

Conseiller juridique pour le Tribunal : Georges Bujold

Partie plaignante : Falconry Concepts

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Susan D. Clarke
Ian McLeod
Roy Chamoun

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
Télocopieur : 613-990-2439
Courriel : secretaire@tcce-citt.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

1. Le 14 août 2010, Falconry Concepts (Falconry) déposait 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 concernant un marché (invitation n° W0125-09K129/A) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale en vue de la prestation de services de contrôle de la faune sur les pistes de décollage et d'atterrissage et en périphérie de celles-ci à la Base des Forces canadiennes (BFC) Trenton et à Mountain View (Ontario).

2. Falconry allègue que les modifications apportées à la demande de propositions (DP) publiées avant la date de clôture étaient injustes et irréalistes, puisqu'elles rendaient les modalités de l'invitation si onéreuses que seul le titulaire serait en mesure de soumissionner.

3. Falconry allègue de plus que TPSGC a incorrectement jugé sa proposition non conforme aux exigences de l'invitation. Plus particulièrement, Falconry conteste les conclusions des évaluateurs en ce qui concerne la non-conformité de sa proposition à une exigence obligatoire. Falconry conteste également le total des points accordés à sa proposition à l'égard de certains critères cotés. Falconry demande, à titre de mesure corrective, que TPSGC réévalue les propositions soumises en réponse à l'invitation².

4. Selon Falconry, sa proposition respectait les exigences obligatoires de l'invitation et aurait obtenu la note minimale requise pour les critères cotés énoncés dans la DP si elle avait été évaluée correctement. Falconry allègue également que le contrat aurait dû lui être adjugé, puisque sa proposition était la proposition conforme la plus basse et démontrait que Falconry pouvait offrir un meilleur service que le soumissionnaire retenu.

5. Le 24 août 2010, le Tribunal avisait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur une partie de la plainte puisque celle-ci 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*³. En acceptant d'enquêter sur la plainte, le Tribunal a limité son enquête à l'allégation de Falconry selon laquelle TPSGC a commis une erreur dans l'évaluation de sa proposition. Le 27 août 2010, TPSGC confirmait au Tribunal qu'un contrat avait été adjugé à Falcon Environmental Services Inc. (F.E.S.).

6. Le 20 septembre 2010, TPSGC déposait un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal, en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴. Le 6 octobre 2010, en application de l'article 104, Falconry déposait ses observations sur le RIF.

7. Ni Falconry ni TPSGC n'a demandé la tenue d'une audience. Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience aux termes du paragraphe 105(1) des *Règles* n'était pas nécessaire et, en vertu de l'alinéa 25c), a statué sur la plainte sur la foi des représentations écrites.

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

2. À cet égard, Falconry soutient que TPSGC devrait retenir les services d'une personne qualifiée dans les domaines du contrôle de la faune et de la biologie (plutôt qu'à titre de pilote d'avion) pour réévaluer les propositions.

3. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

4. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

8. Le 30 mars 2010, TPSGC publiait la DP en vue de la prestation de services de contrôle de la faune. TPSGC a par la suite publié les modifications n^{os} 1 à 6 à la DP à différentes dates, du 13 mai au 9 juin 2010. Les modifications comprenaient des questions et des réponses de soumissionnaires potentiels ainsi que des modifications apportées à la DP. Par l'entremise des modifications, la date de clôture des soumissions a été reportée du 26 mai au 16 juin 2010. Une visite obligatoire des lieux avait préalablement eu lieu le 11 mai 2010.

9. Le 26 mai 2010, Falconry faisait parvenir au ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux une copie d'une lettre envoyée au ministre de la Défense nationale dans laquelle elle s'opposait à la modification n^o 1 à la DP. Le 4 juin 2010, Falconry envoyait une lettre directement au ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux dans laquelle elle s'opposait à la modification n^o 1 à la DP. Falconry a par la suite envoyé des lettres aux représentants de TPSGC qui contenaient également des griefs concernant les différentes modifications apportées à la DP.

10. Le 25 juin 2010, le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux répondait à la lettre initiale de Falconry, indiquant que les préoccupations de Falconry étaient prises au sérieux, mais que des modifications appropriées avaient été apportées à la DP afin de répondre aux questions reçues de soumissionnaires potentiels. TPSGC a ainsi refusé réparation à Falconry à l'égard de son opposition aux modifications à la DP. De fait, la lettre énonçait clairement que TPSGC considérait que toutes les modifications étaient justifiées, indiquant ainsi que les modalités de la DP ne seraient pas modifiées de nouveau afin de répondre aux préoccupations de Falconry.

11. La date de clôture des soumissions était le 16 juin 2010. TPSGC a reçu trois propositions, dont une de Falconry. Le 30 juillet 2010, TPSGC informait Falconry que le contrat avait été adjugé à F.E.S.

12. Le 3 août 2010, Falconry envoyait un courriel à TPSGC dans lequel elle lui demandait une copie de son évaluation technique. Le 4 août 2010, TPSGC remettait à Falconry un compte rendu des notes de l'évaluation technique de sa proposition.

13. Le 13 août 2010, Falconry transmettait à TPSGC ses observations sur l'évaluation de sa proposition en réponse à la DP. Falconry a affirmé que l'évaluation de TPSGC démontrait une absence totale de connaissance du contrôle de la faune actuel et passé à la BFC Trenton ainsi que des exigences concrètes de la DP.

14. Le 14 août 2010, dans les 10 jours ouvrables suivant la réception de la correspondance du 4 août 2010 de TPSGC, Falconry déposait sa plainte auprès du Tribunal.

QUESTION PRÉLIMINAIRE

Motif de plainte ne donnant pas lieu à l'ouverture d'une enquête

15. Falconry allègue que les modifications apportées à la DP étaient injustes et irréalistes, puisqu'elles rendaient les conditions de l'invitation si onéreuses que seul le titulaire serait en mesure de soumissionner et que, par conséquent, elles rendaient le processus de marché public préjudiciable et inéquitable.

16. Le 24 août 2010, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé ne pas enquêter sur l'allégation de Falconry concernant les modifications apportées à la DP, puisque la plainte à ce motif n'avait pas été déposée auprès du Tribunal dans le délai prescrit au paragraphe 6(2) du *Règlement*. Voici les motifs du Tribunal à l'appui de sa décision de ne pas enquêter sur ce motif de plainte.

17. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui souhaite déposer une plainte auprès du Tribunal « [...] doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ».

18. Selon le paragraphe 6(2) du *Règlement*, « [l]e fournisseur potentiel qui a présenté à l'institution fédérale concernée une opposition [...] et à qui l'institution refuse réparation peut déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus, s'il a présenté son opposition dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de l'opposition ».

19. Autrement dit, une partie plaignante dispose de 10 jours ouvrables suivant la date où elle prend connaissance des faits à l'origine de l'opposition, ou suivant la date où elle aurait dû vraisemblablement les découvrir, soit pour présenter une opposition auprès de l'institution fédérale, soit pour déposer une plainte auprès du Tribunal. Si une partie plaignante présente une opposition auprès de l'institution fédérale dans le délai prévu, celle-ci peut ensuite déposer une plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables à partir du moment où elle a pris connaissance, directement ou par déduction, du refus de réparation de l'institution fédérale.

20. Le Tribunal considère que Falconry a présenté une opposition à TPSGC relativement aux modifications apportées à la DP dans le délai prévu en portant l'affaire à l'attention du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux dès le 26 mai 2010.

21. Toutefois, le Tribunal conclut qu'après avoir reçu la lettre datée du 25 juin 2010 du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, Falconry a reçu un refus de réparation concernant tous ses griefs à l'égard des modifications apportées à la DP. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, cette lettre indique clairement que, selon TPSGC, toutes les modifications publiées étaient pertinentes. Par conséquent, en recevant la lettre du 25 juin 2010 de TPSGC, Falconry savait ou aurait dû savoir que TPSGC ne réviserait pas ni n'annulerait les modifications publiées antérieurement.

22. Pour que la plainte de Falconry soit considérée comme ayant été déposée dans le délai prescrit, elle aurait dû être déposée dans les 10 jours ouvrables suivant la réception du refus de réparation ou au plus tard le 12 juillet 2010 (c.-à-d. 10 jours ouvrables après le 25 juin 2010)⁵. Étant donné que la plainte n'a été déposée auprès du Tribunal que le 14 août 2010, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'a pas été déposé dans le délai prescrit et, par conséquent, a décidé de ne pas enquêter.

ANALYSE DU TRIBUNAL

23. Aux termes de l'article 30.14 de *la Loi sur le TCCE*, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte et, à la fin de l'enquête, déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique.

5. Le 1^{er} juillet 2010 était un jour férié et, par conséquent, il n'est pas entré en ligne de compte dans le calcul des 10 jours ouvrables.

24. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents, lesquels sont, en l'espèce, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁶, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*⁷, l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou*⁸ et l'*Accord sur le commerce intérieur*⁹.

25. L'article 1013 de l'*ALÉNA* prévoit que la documentation relative à l'appel d'offres « [...] devra contenir tous les renseignements nécessaires pour [permettre aux fournisseurs] de présenter des soumissions valables [...] [et] contiendra également [...] les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions [...] ».

26. De même, l'article 1015(4) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

L'adjudication des marchés s'effectuera conformément aux procédures suivantes :

- a. pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation;

[...]

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

[...]

27. L'*ALÉCC* et l'*ALÉCP* contiennent des dispositions similaires.

28. Le paragraphe 506(6) de l'*ACI* prévoit que « [l]es documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères ».

29. La question dont le Tribunal est saisi consiste à déterminer si TPSGC a évalué la proposition de Falconry conformément aux exigences des documents d'appel d'offres. Le Tribunal rappelle qu'il fait généralement preuve de déférence à l'égard des évaluateurs pour ce qui est de leur évaluation des propositions¹⁰. Le Tribunal n'interviendra quant à une évaluation uniquement dans les cas où elle serait réputée déraisonnable. Dans des décisions antérieures, le Tribunal a affirmé qu'une décision sera jugée raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal¹¹.

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

7. *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997) [ALÉCC]. Le chapitre Kbis, intitulé « Marchés publics », est entré en vigueur le 5 septembre 2008.

8. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) [ALÉCP].

9. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

10. *Re plainte déposée par Chamber of Shipping of British Columbia* (24 mars 2010), PR-2009-069 (TCCE).

11. *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE); *Re plainte déposée par l'entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et Notra Inc.* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE).

30. Étant donné les motifs de plainte de Falconry acceptés aux fins d'enquête, le Tribunal doit d'abord évaluer si TPSGC a commis une erreur susceptible d'examen en déterminant que la proposition de Falconry ne respectait pas une exigence obligatoire énoncée dans la DP. Les dispositions pertinentes de la DP sont résumées ci-dessous.

31. L'article 2 de la partie 4 de la DP, « **Méthode de sélection** » [traduction], prévoit ce qui suit : « Afin d'être jugée conforme, la proposition du soumissionnaire doit répondre à tous les critères d'évaluation technique obligatoires et obtenir une note minimale de 60 p. 100 (1 200 points) à l'égard des critères cotés à l'annexe 4 [...] » [traduction].

32. De même, l'article 1.1.1 de la partie 4 de la DP, « **Critères techniques obligatoires** » [traduction], prévoit ce qui suit : « Les propositions doivent répondre à chacune des exigences obligatoires du présent article, à défaut de quoi la proposition sera jugée non conforme. Une proposition jugée non conforme ne sera plus considérée » [traduction].

33. L'alinéa 1.1.1*b*) de la partie 4 de la DP comprenait l'exigence obligatoire suivante en ce qui concerne l'« expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat »[traduction] :

Le soumissionnaire doit joindre à sa proposition la documentation prouvant que l'entité juridique soumettant la proposition possède au moins 5 ans d'expérience en prestation de services de contrôle de la faune à contrat (dans les dix ans précédant la date de clôture) semblables à ceux de ce marché. Si la proposition comprend des descriptions portant sur des périodes d'expérience plus longues, l'État décidera quelle période évaluer, à sa discrétion.

L'expérience semblable minimale doit comprendre tout ce qui suit pour chacune des périodes d'expérience et comporter au minimum l'expérience suivante :

- a) Contrôle de la faune d'un terrain d'aviation de dimensions et d'importance semblables à Trenton : superficie clôturée du terrain d'aviation (44 000 pieds carrés, longueur de la piste de 10 000 pieds);
- b) Mouvements annuels d'aéronefs : 15 411 mouvements militaires (arrivées et départs); 16 160 mouvements civils; 16 481 mouvements par règles de vol aux instruments (IFR); 15 090 mouvements par règles de vole à vue (VFR); total de 31 571 mouvements;
- c) L'utilisation de types d'aéronefs semblables : avions à réaction se déplaçant à grande vitesse, hélicoptères, avions de transport à réaction plus gros et plus lents, soit l'Airbus 300/310 et l'aéronef à hélices Hercules[;]
- d) Les méthodes de contrôle de la faune comprenaient l'utilisation d'oiseaux de proie.

Pour cette exigence obligatoire, le soumissionnaire doit fournir au minimum les renseignements suivants conformément à l'annexe 5 ci-jointe :

- 1) Le nom et l'adresse du client pour chaque contrat semblable.
- 2) Le nom, le titre, le numéro de téléphone et l'adresse courriel (sauf si la personne ne possède pas d'adresse courriel) d'une personne-ressource du client pouvant confirmer les renseignements fournis par le soumissionnaire. S'il y a contradiction entre les renseignements fournis par la personne-ressource du client et la soumission, l'évaluation portera sur les renseignements fournis par la personne-ressource et non sur les renseignements contenus dans la soumission. [...]
- 3) Les dates du début et de la fin de chaque contrat semblable.

4) La description du service qui a été fourni par le soumissionnaire dans le cadre de chaque contrat semblable. La ou les descriptions doivent prouver que le service était semblable au service demandé dans la présente DP.

5) La valeur du contrat.

6) Le contrat doit avoir été exécuté par le soumissionnaire lui-même (et ne comprend pas l'expérience d'un sous-traitant proposé ou d'une société affiliée du soumissionnaire). [...]

[Traduction]

34. La proposition de Falconry comprenait les renseignements suivants en réponse à ce critère :

L'entité juridique David Ascott / Falconry concept possède 8,8 années d'expérience en matière de contrat de contrôle de la faune à la 8^e Escadre Trenton. Dave a travaillé pour Intercept Wildlife Control de décembre 1996 jusqu'à la fin avril 1997, puis il a travaillé de mai 1997 à septembre 2005 pour Falcon Environmental Services. La fauconnerie a été utilisée comme méthode de contrôle pendant toute cette période. David détient [...] un permis de fauconnerie valide depuis 1999, année où la province de l'Ontario a commencé à exiger que les fauconniers détiennent un permis¹².

[Traduction]

35. En outre, les éléments de preuve indiquent que M. David Ascott est l'unique propriétaire de Falconry et qu'il exploite cette entité non constituée en société en tant que propriétaire depuis décembre 2006.

36. TPSGC a déterminé que la proposition de Falconry ne respectait pas l'exigence obligatoire concernant l'« expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat ». Les évaluateurs ont formulé les observations suivantes sur ce point :

Non conforme : Ni Falconry Concepts ni Dave Ascott, l'entité commerciale, n'a fourni de services semblables en vertu d'un contrat en tant que société. Dave Ascott n'a travaillé qu'à titre d'employé de sociétés qui ont offert ce service. Dave Ascott ne possède pas, en tant que société, d'expérience en supervision et en gestion d'un programme semblable de contrôle de la faune à un aéroport et n'a pas exercé d'activités d'administration ni d'activités commerciales associées à l'exécution d'un contrat semblable de contrôle de la faune à un aéroport¹³.

[Traduction]

37. Falconry affirme que cette déclaration est incorrecte et trompeuse. Elle soutient qu'elle a travaillé dans le cadre de multiples contrats à la BFC Trenton qui respectaient toutes les exigences, tel qu'il est indiqué dans sa soumission.

38. Falconry soutient que, malgré le fait que M. Ascott, propriétaire-exploitant de Falconry, ait été dans le passé employé de F.E.S., dans le cadre de son travail auprès de cette société, il a essentiellement accompli l'ensemble des tâches de gestion exigées par la DP en question, à l'exception de la facturation.

39. Falconry prétend également que sa proposition contenait tous les renseignements exigés à l'annexe 5 de la DP. Elle soutient qu'elle est par ailleurs en affaires depuis quatre ans et qu'elle a exercé toutes les activités d'administration et d'affaires associées à un contrat de services de contrôle de la faune.

12. Voir la version publique de la plainte.

13. RIF, pièce 15.

40. TPSGC affirme que l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat », dans son sens courant et dans le contexte des modalités de la DP, désigne l'expérience en matière d'exécution de contrats visant la prestation de « services de contrôle de la faune » tels que ceux décrits dans la DP. TPSGC fait remarquer que les exigences particulières relatives à des contrats antérieurs énoncées à l'article 1.1.1b) de la partie 4 de la DP prévoyaient expressément que « [l]e contrat devait avoir été exécuté par le soumissionnaire lui-même [...] » [traduction].

41. TPSGC soutient que l'expérience en tant qu'employé d'un fournisseur de services de contrôle de la faune, plutôt qu'en tant qu'entrepreneur fournissant ces services, ne suffisait pas pour remplir les exigences du critère obligatoire en question.

42. TPSGC soutient de plus qu'en l'espèce, le soumissionnaire, ou plutôt « l'entité juridique soumettant la proposition » [traduction], était en fait M. Ascott, faisant affaire sous le nom de Falconry. Par conséquent, selon TPSGC, l'objet du litige consiste à déterminer si M. Ascott, faisant affaire sous le nom de Falconry, possédait suffisamment d'expérience en tant qu'entrepreneur pour la prestation des services demandés.

43. TPSGC soutient que le propriétaire-exploitant de Falconry n'a jamais été l'entrepreneur réel pour la prestation de services de contrôle de la faune d'un terrain d'aviation dont l'importance et les activités correspondent à celles qui sont décrites et exigées dans la DP et que, par conséquent, aucun élément de preuve de cette expérience obligatoire n'a été ou n'aurait pu être fournie dans la proposition de Falconry.

44. Le Tribunal fait remarquer que TPSGC a interprété le critère obligatoire relatif à l'« expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » comme l'exigence de prouver un nombre minimum d'années d'expérience en tant qu'entrepreneur en matière de prestation de services de contrôle de la faune à un terrain d'aviation semblable à celui de la BFC Trenton.

45. En revanche, selon Falconry, l'expérience antérieure de son dirigeant, M. Ascott, en tant qu'ancien employé de F.E.S. (société qui a obtenu des contrats visant la prestation de tels services dans le passé), aurait dû être admise en tant qu'expérience semblable dans le cadre de la DP, puisque M. Ascott est celui qui a physiquement réalisé le contrôle de la faune à la BFC Trenton ainsi qu'à des endroits semblables.

46. Le Tribunal doit par conséquent déterminer si l'interprétation de TPSGC de l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat », selon laquelle l'expérience est acquise en tant que titulaire réel d'un contrat, est raisonnable par rapport à celle de Falconry, selon laquelle l'expérience en tant qu'employé travaillant pour une entité titulaire de contrats visant la prestation de tels services est suffisante pour être considérée comme « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat ».

47. À cet égard, le Tribunal fait remarquer que la DP ne contient pas de définition précise de l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune *sous contrat* » [nos italiques].

48. Bien que l'article 1.1.1b) de la partie 4 de la DP comprenne une définition générale de la portée de l'« expérience semblable » exigée dans le domaine du contrôle de la faune à un terrain d'aviation, cette disposition ne définit pas l'expression « expérience [...] *sous contrat* » [nos italiques] en termes précis et, par conséquent, n'aborde pas expressément toutes les questions relatives au sens de l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat ». Plus particulièrement, les expressions « contrat » et « expérience [...] *sous contrat* » ne sont pas définies dans ce contexte.

49. Toutefois, une lecture contextuelle de la disposition, qui est nécessaire afin de déterminer sa signification et de discerner les intentions de l'entité acheteuse, corrobore l'interprétation de TPSGC selon laquelle l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » portait sur l'expérience en tant que partie à un contrat et en gestion d'un contrat en vue de la prestation de services de contrôle de la faune.

50. En effet, si son intention n'avait été que d'exiger qu'un soumissionnaire démontre un minimum de cinq années d'expérience en prestation de services de contrôle de la faune, TPSGC aurait pu utiliser ces termes à l'article 1.1.1*b*) de la partie 4 de la DP. Le choix d'utiliser l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » tend à indiquer qu'il y a une distinction entre l'expérience personnelle en prestation de services de contrôle de la faune et le type ou la nature de l'expérience prévue à l'article 1.1.1*b*).

51. Cette position de TPSGC selon laquelle l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » n'englobe pas l'expérience acquise à titre d'employé d'un fournisseur de services de contrôle de la faune est également corroborée par le fait que la DP contient des exigences distinctes quant à l'expérience d'un « agent principal de contrôle de la faune » [traduction] et d'un « agent de contrôle de la faune » [traduction] dont les services doivent être proposés par les soumissionnaires¹⁴.

52. Comme l'a mentionné TPSGC dans le RIF, les exigences relatives à l'expérience antérieure s'appliquant à ces agents ne se rapportent pas aux « contrats » mais à la « prestation de services de contrôle de la faune » [traduction] et à l'« expérience en contrôle de la faune en se servant d'oiseaux de proie à un aérodrome » [traduction]. Le Tribunal considère que ces dispositions concordent avec une interprétation qui donne à l'expression « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » un sens qui va au-delà de l'expérience d'une personne exerçant des activités de contrôle de la faune sur un terrain d'aviation¹⁵.

53. En outre, l'article 1.1.1*b*) de la partie 4 de la DP exigeait que les soumissionnaires fournissent des renseignements détaillés sur l'expérience antérieure à l'égard de « chaque *contrat semblable* » [nos italiques, traduction]. Dans le cours normal des activités, seule la partie à un contrat (l'entrepreneur lui-même) est en mesure de fournir des renseignements exacts et complets du type exigé de la part des soumissionnaires (p. ex. les dates du début et de la fin du contrat, la valeur de chaque contrat semblable).

54. Selon le Tribunal, cette importance accordée à l'obtention de renseignements détaillés sur des contrats semblables antérieurs indique que TPSGC avait l'intention de s'assurer qu'un soumissionnaire soit en mesure de prouver qu'il détient un nombre minimum d'années d'expérience en tant que titulaire de tels contrats ou en tant qu'entrepreneur pour la prestation de services de contrôle de la faune.

55. Cette interprétation est davantage renforcée par le fait que l'article 1.1.1*b*) de la partie 4 de la DP prévoit expressément que « [l]e contrat doit avoir été *exécuté par le soumissionnaire lui-même* (et ne comprend pas l'expérience d'un sous-traitant proposé ou d'une société affiliée du soumissionnaire) » [nos italiques, traduction].

14. Alinéas 1.1.1*c*) and 1.1.1*d*) de la partie 4 de la DP.

15. RIF, pièce 1.

56. Cette disposition indique que le critère obligatoire exige qu'un soumissionnaire démontre son *exécution passée* de contrats semblables pour la prestation des services de contrôle de la faune demandés, plutôt que de simplement démontrer son expérience en matière d'exécution de tâches quotidiennes de contrôle de la faune ou d'utilisation des méthodes de contrôle de la faune indiquées.

57. En droit, un contrat est exécuté par la partie qui est liée par ses modalités; en l'espèce, il s'agit nécessairement de la personne qui a été titulaire de contrats semblables pour la prestation de services de contrôle de la faune. Bien qu'un employé remplisse des obligations contractuelles envers son employeur, il n'exécute pas en droit les contrats conclus par son employeur. Un contrat est une convention obligatoire entre deux parties adhérentes, qui est défini par le contenu même de la convention. En revanche, un employé est considéré comme un tiers face aux responsabilités et aux droits prévus par une telle convention. Le rapport juridique entre un employé et une partie est, à de nombreux égards, étranger aux parties contractantes.

58. Autrement dit, le fait qu'un entrepreneur embauche un employé pour l'aider à s'acquitter de ses obligations aux termes d'un contrat n'autorise pas l'employé à déclarer avoir exécuté le contrat. Afin d'exécuter un contrat portant sur la prestation de services de contrôle de la faune, il faut être partie à ce contrat.

59. Par conséquent, après avoir examiné les modalités de la DP dans leur ensemble, le Tribunal est d'avis que l'interprétation de TPSGC selon laquelle seule une entité détenant un minimum of cinq années d'expérience en tant que contractant en matière de prestation de services de contrôle de la faune pouvait démontrer son respect de l'exigence obligatoire concernée est raisonnable dans les circonstances.

60. Cela signifie que bien que le propriétaire-exploitant de Falconry détienne une expérience considérable en matière de réalisation d'activités de contrôle de la faune en tant qu'employé, cette expérience ne suffit pas à respecter l'exigence obligatoire de la DP.

61. Cela ne signifie pas que Falconry ne serait pas en mesure de fournir les services de contrôle de la faune envisagés dans le marché public. Au contraire, les éléments de preuve indiquent que le propriétaire de Falconry possède une expérience et une expertise substantielles dans le domaine. Toutefois, le Tribunal accepte l'argument de TPSGC selon lequel, dans la détermination de la conformité au critère obligatoire pertinent, la question était de déterminer si Falconry avait de l'expérience en tant qu'entrepreneur fournissant les services envisagés dans le marché public.

62. À cet égard, le fait que le soumissionnaire (c.-à-d. l'entité juridique qui a soumis la proposition) était M. Ascott, faisant affaire sous le nom de Falconry, n'est pas contesté. Le fait que Falconry est une entité non enregistrée dont le propriétaire unique est M. Ascott ne lui interdit pas de soumissionner dans le cadre de la DP sur la seule base de son statut juridique. La loi permet aux personnes exerçant leurs activités sous des noms non enregistrés de proposer leurs services en tant qu'entités juridiques dans le cadre d'un marché.

63. Bien que le Tribunal considère que Falconry était autorisée à soumettre une proposition en réponse à la DP¹⁶, les éléments de preuve présentés au Tribunal indiquent que la proposition de Falconry ne démontrait pas qu'en tant qu'entité juridique présentant la soumission, elle possédait l'expérience requise à titre d'entrepreneur pour les services de contrôle de la faune décrits dans la DP. Les renseignements sur l'expérience fournis par Falconry se limitaient à l'expérience d'un employé d'autres entrepreneurs.

16. À cet égard, rien n'indique qu'une structure d'organisation particulière était requise afin de constituer une entité légale autorisée à soumissionner. Une petite société individuelle non constituée est une entité légale.

64. Plus particulièrement, les renseignements fournis par Falconry se rapportaient à des contrats auxquels ni Falconry ni son propriétaire unique, M. Ascott, n'était partie. Il est clair que Falconry n'était pas le titulaire du contrat ni l'entrepreneur dans ces cas et, par conséquent, ces contrats ne peuvent être considérés en droit comme ayant été exécutés par Falconry.

65. Par conséquent, les contrats en question n'ont pas été exécutés par le soumissionnaire lui-même (c.-à-d. Falconry) comme l'exige l'article 1.1.1b) de la partie 4 de la DP. Ils ont plutôt été exécutés par d'autres entités juridiques, soit, F.E.S. et Intercept Wildlife Control. En bref, la proposition de Falconry semble démontrer l'« expérience [...] sous contrat » d'autres entités juridiques et non de la sienne.

66. En ce qui concerne les observations formulées par Falconry à TPSGC en date du 13 août 2010 selon lesquelles M. Ascott avait, par le passé, exécuté certaines tâches de gestion alors qu'il était employé de F.E.S., le Tribunal considère que ces allégations ne sont pas pertinentes puisque, comme il a été déterminé précédemment, la question qui nous occupe est l'expérience de Falconry en tant que partie ayant la responsabilité ultime de l'exécution d'un contrat, c.-à-d. en tant qu'entrepreneur, et non son expérience en tant qu'employé d'un autre entrepreneur.

67. Quoiqu'il en soit, le Tribunal accepte l'argument de TPSGC selon lequel ces renseignements ne pourraient pas avoir été pris en considération dans le processus d'évaluation même s'ils avaient été pertinents puisque les renseignements fournis le 13 août 2010 n'étaient pas inclus dans la proposition de Falconry.

68. Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut que la détermination de TPSGC selon laquelle la proposition ne respectait pas les exigences obligatoires quant au nombre d'années minimum d'« expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat » a été faite conformément aux exigences énoncées dans les documents d'appel d'offres, était bien fondée et, par conséquent, était raisonnable. Pour cette raison, il n'y a pas de motif d'intervenir dans cette décision.

69. Malgré cette conclusion, le Tribunal fait remarquer que TPSGC aurait pu mieux définir dans la DP les expressions « contrat » ou « expérience en prestation de services de contrôle de la faune sous contrat ».

70. Il aurait été avantageux pour toutes les parties que la DP contienne une définition simple de l'une ou l'autre de ces expressions. Si TPSGC avait indiqué explicitement et clairement, dans les documents d'appel d'offres, que chaque soumissionnaire devait démontrer qu'il possédait au moins cinq ans d'expérience en tant qu'« entrepreneur » relativement à la prestation de services de contrôle de la faune à un terrain d'aviation dont l'importance et les activités correspondaient à celles du terrain décrit dans la DP, on peut concevoir que la question du respect de cette exigence par Falconry n'aurait pas fait l'objet d'une plainte devant le Tribunal.

71. Le Tribunal est conscient du fait que, dans sa plainte, Falconry conteste également certaines notes accordées à sa proposition par suite de l'évaluation de TPSGC des critères techniques cotés énoncés dans la DP.

72. Puisque le Tribunal conclut que TPSGC n'a pas commis d'erreur susceptible d'examen judiciaire en déterminant que la proposition de Falconry ne respectait pas le critère obligatoire énoncé à l'article 1.1.1b) de la partie 4 de la DP, le Tribunal n'a pas besoin d'examiner l'évaluation faite par TPSGC de la réponse de Falconry aux critères cotés énoncés dans la DP pour disposer de la présente plainte.

73. Comme il est mentionné ci-dessus, la DP énonçait clairement que si elle ne respectait pas l'un ou l'autre des critères obligatoires, une proposition ne serait plus considérée. Par conséquent, la conclusion du Tribunal à l'égard de l'autre allégation de Falconry signifie que cette dernière n'est plus en mesure de se voir attribuer le contrat.

74. En bref, le contrat n'aurait pas pu être adjugé à Falconry même si le Tribunal avait conclu que sa proposition aurait dû obtenir au moins la note minimale de 60 pour 100 (1 200 points) pour les critères cotés à l'annexe 4 de la DP. Dans ces circonstances, il n'est par conséquent pas nécessaire que le Tribunal examine la question de savoir si les notes accordées par les évaluateurs de TPSGC étaient raisonnables à la lumière des renseignements inclus dans la proposition de Falconry.

75. Enfin, le Tribunal remarque que, dans les observations sur le RIF présentées par Falconry, certaines allégations et questions sont soulevées pour la première fois alors qu'elles ne sont pas contenues dans la plainte. Cela comprend notamment une allégation selon laquelle l'un des évaluateurs de TPSGC peut avoir été en situation de conflit d'intérêts et, de façon plus générale, des allégations selon lesquelles l'évaluation a été réalisée par une équipe de personnes non qualifiées.

76. Le Tribunal considère que ces allégations constituent de nouveaux motifs de plainte qui n'étaient pas contenus dans la plainte initiale que le Tribunal a examinée et acceptée aux fins d'enquête dans le délai prévu par la loi. Le Tribunal fait remarquer que les motifs de plainte ne peuvent simplement être modifiés ni faire l'objet d'ajouts après qu'il accepte d'enquêter sur une plainte.

77. D'ailleurs, l'acceptation de nouveaux motifs de plainte constituerait une modification de fond de la plainte contrairement à l'article 7 du *Règlement*, qui ordonne au Tribunal de déterminer si certaines conditions sont respectées avant d'accepter d'enquêter sur un motif de plainte particulier.

78. Pour ces motifs, les nouveaux motifs de plainte introduits par Falconry dans ses observations sur le RIF n'ont pas été examinés par le Tribunal.

Frais

79. Le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte. Pour décider du montant de l'indemnisation en l'espèce, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), laquelle fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

80. Le Tribunal conclut que le présent marché public était modérément complexe; différentes questions ont été posées à TPSGC quant aux exigences de la DP et deux modifications ont été publiées. Le degré de complexité de la plainte était faible, puisqu'elle ne portait que sur la question de l'admissibilité en tant que soumissionnaire. La procédure relative à la plainte était aussi simple, car il n'y a eu ni requêtes, ni parties intervenantes, ni audience.

81. Tenant compte de ces trois facteurs, l'indication provisoire donnée par le Tribunal relativement à la présente affaire est que son degré général de complexité correspond au premier degré de complexité prévu à l'annexe A de la *Ligne directrice*. Par conséquent, le Tribunal détermine que l'indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffre à 1 000 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

82. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée.

83. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Falconry. En conformité avec l'article 4.1 et l'annexe A de la *Ligne directrice*, l'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal se situe au degré 1, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffre à de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut déposer des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président