



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2011-009 et
PR-2011-010

The Access Information Agency
Inc.

c.

Agence du revenu du Canada

*Décision rendue
le lundi 17 octobre 2011*

*Motifs rendus
le mercredi 21 décembre 2011*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION DU TRIBUNAL.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS DE JASON W. DOWNEY, MEMBRE PRÉSIDENT INITIAL, RELATIVEMENT À LA DÉCISION D'ENQUÊTER SUR LES PLAINTES.....	1
CONTEXTE.....	1
HISTORIQUE DES PROCÉDURES AU 1 ^{er} SEPTEMBRE 2011.....	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	5
MOTIFS DE LA DÉCISION D'ENQUÊTER.....	6
Cadre juridique.....	6
Motifs de plainte rejetés.....	8
Motifs de plainte acceptés.....	11
EXPOSÉ DES MOTIFS DE SERGE FRÉCHETTE, MEMBRE PRÉSIDENT ACTUEL.....	12
HISTORIQUE DES PROCÉDURES À COMPTER DU 1 ^{er} SEPTEMBRE 2011.....	12
QUESTION PRÉLIMINAIRE.....	13
Demande de rejet de la plainte.....	13
ANALYSE.....	13
Les premier et troisième sous-critères techniques du critère C3 n'ont pas fait l'objet d'une évaluation.....	14
Critère C6.....	17
Frais.....	20
DÉCISION DU TRIBUNAL.....	20

EU ÉGARD À deux plaintes déposées par The Access Information Agency 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 À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur les plaintes aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**THE ACCESS INFORMATION AGENCY INC.****Partie plaignante****ET****AGENCE DU REVENU DU CANADA****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 les plaintes ne sont pas fondées.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à l'Agence du revenu du Canada le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre aux plaintes, ces frais devant être payés par The Access Information Agency Inc. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur se situe au degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffre à 2 400 \$. 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 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.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre présidentant

Dominique Laporte
Dominique Laporte
Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membres du Tribunal :	Serge Fréchette, membre président actuel Jason W. Downey, membre président initial
Directeur :	Randolph W. Heggart
Gestionnaire de l'enquête :	Michael W. Morden
Enquêteur principal :	Josée B. Leblanc
Conseiller juridique pour le Tribunal :	Eric Wildhaber
Partie plaignante :	The Access Information Agency Inc.
Conseiller juridique pour la partie plaignante :	Thomas Dastous
Institution fédérale :	Agence du revenu du Canada
Conseillers juridiques pour l'institution fédérale :	Alexander Gay Marie-Josée Montreuil

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 DE JASON W. DOWNEY, MEMBRE PRÉSIDENT INITIAL, RELATIVEMENT À LA DÉCISION D'ENQUÊTER SUR LES PLAINTES

CONTEXTE

1. J'ai présidé l'examen des présentes affaires jusqu'au 1^{er} septembre 2011. Le 29 août 2011, j'ai demandé au secrétaire du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) d'informer les parties que je venais tout juste de prendre connaissance d'une situation pouvant possiblement mener à un conflit d'intérêts dans l'éventualité qu'on me confie la tâche de décider du bien-fondé des motifs de plainte sur lesquels le Tribunal a décidé d'enquêter. Les circonstances sont décrites dans une lettre que le secrétaire a immédiatement fait parvenir aux parties et dans laquelle il leur demande de présenter leurs observations sur la question. Le même jour, le conseiller juridique de The Access Information Agency Inc. (AIA) a présenté des observations non équivoques, demandant mon retrait des présents dossiers. Le 30 août 2011, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a présenté des observations, indiquant qu'elle n'avait pas d'objection à ce que je poursuive l'examen des présentes plaintes.

2. Pour les motifs qui figurent dans la lettre du Tribunal aux parties datée du 1^{er} septembre 2011, j'ai décidé de me retirer des présents dossiers¹. M. Serge Fréchette a assumé seul le rôle de membre président à compter de cette date.

3. Préalablement à ces événements, j'avais décidé qu'il y avait lieu d'enquêter sur certains motifs de plainte. J'avais examiné une demande de report d'adjudication de contrat et une demande de production de documents. Ces décisions ont été communiquées aux parties dans des lettres datées des 10 et 21 juin 2011, dans lesquelles il était indiqué que les motifs suivraient.

HISTORIQUE DES PROCÉDURES AU 1^{er} SEPTEMBRE 2011

4. AIA a déposé deux plaintes auprès du Tribunal aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*² à l'égard d'un marché public (invitation n° 1000290123) passé par l'ARC portant sur des services de consultants en accès à l'information et protection des renseignements personnels pour une période d'une année, plus trois années d'option. La première (dossier n° PR-2011-009) était en date du 3 juin 2011 et la deuxième (dossier n° PR-2011-010), en date du 10 juin 2011.

5. Je remarque tout d'abord qu'AIA a numéroté ses allégations successivement à partir du numéro 1 dans chaque dossier. De plus, AIA a inclus, sans exception, à l'intérieur de chacune des allégations de chaque dossier plusieurs sous-catégories d'allégations que j'ai choisi de nommer « griefs ». Au moment de la décision d'enquêter sur certains des motifs de la plainte du dossier n° PR-2011-010, j'ai décidé, compte tenu des similitudes entre ce dossier et le dossier n° PR-2011-009, que les deux procédures devaient être jointes en une seule aux termes de l'article 6.1 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³.

6. Il s'avère aussi que plusieurs allégations et griefs se répètent d'une plainte à l'autre. Ainsi, pour faciliter la lecture et la compréhension des présents motifs et pour traiter efficacement et intelligiblement de ces plaintes, j'ai regroupé les allégations et les griefs similaires, voire identiques de la manière qui suit. J'aurais apprécié, plutôt, qu'un effort accru en vue d'améliorer la clarté et la concision de la présentation et l'articulation de ses prétentions ait été fait par AIA elle-même, du moins dans chacune de ses plaintes.

1. Pièce du Tribunal PR-2011-009-40.

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

3. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

7. AIA fait certaines allégations dans ses plaintes, qui sont énoncées plus bas.

Allégation n° 1 dans PR-2011-009 et allégation n° 2 dans PR-2011-010

- Certains sous-critères d'évaluation énoncés dans la demande de propositions (DP) n'ont pas fait l'objet d'une évaluation, à savoir les critères de cotation numérique C3, C6 et C7.
- Des critères d'évaluation ont été ajoutés qui n'étaient pas inclus dans la DP.
- Certains critères énoncés dans la DP et dans la modification à la DP définissaient des questions générales, mais fournissaient aucune indication quant aux méthodes de pondération et d'évaluation de ces critères.
- Le comité d'évaluation n'a pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans sa proposition.

Allégation n° 2 dans PR-2011-009 et allégation n° 1 dans PR-2011-010

Les membres du comité d'évaluation et le surveillant :

- ne se sont pas appliqués à assurer un traitement équitable lors de l'évaluation et de la réévaluation de sa proposition;
- ont mal interprété la portée de plusieurs exigences de la DP, à savoir le critère d'évaluation technique obligatoire O1 (critère O1) et les critères de cotation numérique C1 (critère C1), C4 (critère C4) et C6 (critère C6);
- n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans les modifications à la DP et dans sa proposition;
- ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués.

Allégations n° 3 et 4 dans PR-2011-009 et allégation n° 3 dans PR-2011-010

- Le barème de notation et les renseignements verbaux obtenus le 20 avril 2011 ne sont pas détaillés, sont incomplets et fournissent des renseignements supplémentaires qui n'étaient pas évidents dans la DP.
- La divulgation effectuée le 27 mai 2011 est muette quant aux caractéristiques et avantages relatifs de la soumission qui a été retenue.

8. À titre de mesures correctives dans les deux plaintes, AIA demande ce qui suit :

- le report de l'adjudication du contrat;
- la réévaluation de la soumission d'AIA;
- la substitution du jugement du Tribunal à celui du comité d'évaluation;
- la communication par l'ARC, à AIA, de tous les détails relatifs à l'examen et à la discussion de sa proposition technique;
- la transmission par l'ARC des motifs pour lesquels sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue;
- les frais engagés par AIA pour la préparation de sa soumission;
- l'annulation du présent contrat et son attribution à AIA;

- le versement d'une indemnité à AIA en reconnaissance des profits ou de l'occasion qu'elle a perdue;
- les frais pour la préparation et le traitement des plaintes;
- toutes autres mesures correctives appropriées selon les circonstances et les faits découverts en cours d'enquête.

9. De plus, AIA a informé le Tribunal que s'il décidait d'enquêter sur ses plaintes, elle demanderait la production de l'analyse initiale de sa soumission faite par le comité d'évaluation.

10. Le 10 juin 2011, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur certains motifs de la première plainte puisque ceux-ci répondaient aux exigences du paragraphe 30.13(1) 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*⁴. Précisément, le Tribunal indiquait qu'il limitait son enquête à l'allégation n° 1 de la première plainte concernant deux des sous-critères techniques du critère C3. Les deux sous-critères techniques sont les suivants :

- premier sous-critère : « [...] réputée sensible, puisqu'elle avait déjà attiré l'attention des médias ou que la possibilité qu'elle attire l'attention des médias était très forte »;
- deuxième sous-critère : « [...] comprenait l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*^[5] »⁶.

11. Selon AIA, ces deux sous-critères techniques du critère C3 n'avaient pas fait l'objet d'une évaluation de la part de l'ARC, alléguant que cette dernière n'avait pas considéré l'ensemble des renseignements présentés par AIA quant à la ressource n° 5. Quant au sous-critère concernant l'application de la *LIR*, AIA soutient que l'ARC avait appliqué un critère d'évaluation qui n'avait pas été divulgué aux soumissionnaires ou qui n'était pas raisonnablement prévisible, que les renseignements fournis par les ressources d'AIA avaient été mal évalués et qu'en exigeant des exemples précis de l'application de la *LIR*, l'ARC forçait les ressources à agir contrairement à la loi.

12. Dans sa lettre du 10 juin 2011, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé de ne pas enquêter sur les autres allégations et qu'il fournirait l'exposé des motifs de sa décision à la fin de l'enquête. Le Tribunal informait également AIA, concernant sa demande pour la production de l'analyse initiale de sa soumission, qu'il attendrait le dépôt du rapport de l'institution fédérale (RIF) pour déterminer quels documents supplémentaires, le cas échéant, seraient nécessaires.

13. Le 21 juin 2011, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur certains motifs de la seconde plainte. Le Tribunal indiquait qu'il limitait son enquête à l'allégation n° 1 concernant le critère C6 et à l'allégation n° 2 concernant les deux mêmes sous-critères énumérés dans l'allégation n° 1 de la première plainte. Selon AIA, le critère C6 n'était pas conforme à la DP, modifiée le 14 février 2011, car les mots « autres que des notes d'information régulières », éliminés par la modification du 14 février 2011, n'avaient pas été retranchés dans la version française de la DP modifiée.

14. Le Tribunal n'a pas rendu d'ordonnance de report d'adjudication de contrat pour les deux plaintes puisqu'un contrat avait déjà été adjugé.

4. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

5. L.R.C. 1985 (5^e supp.), c. 1 [*LIR*].

6. Plainte, 3 juin 2011, onglet 1 à la p. 47.

15. De plus, dans sa lettre du 21 juin 2011, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé de ne pas enquêter sur les autres allégations de la seconde plainte et qu'il fournirait l'exposé des motifs de sa décision à la fin de l'enquête. Le Tribunal a alors informé les parties que, compte tenu des similitudes entre les dossiers n^{os} PR-2011-009 et PR-2011-010, il avait décidé, aux termes de l'article 6.1 des *Règles*, de joindre les procédures en une seule enquête.

16. Le 5 juillet 2011, l'ARC déposait un RIF auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles*.

17. Le 7 juillet 2011, AIA déposait auprès du Tribunal une requête pour qu'il ordonne à l'ARC la production de certains documents pour qu'elle puisse fournir ses commentaires sur le RIF. AIA informait également le Tribunal que le RIF public contenait des renseignements confidentiels sur certaines pages et demandait à ce que ces pages soient remplacées par l'ARC. Le 11 juillet 2011, même si elle était d'avis qu'aucun renseignement confidentiel n'avait été divulgué, l'ARC déposait une version publique des pages auprès du Tribunal. Le 11 juillet 2011, l'ARC déposait ses observations sur la requête en production de documents d'AIA ainsi que certains documents. Le 14 juillet 2011, AIA déposait ses observations en réponse aux observations de l'ARC sur la requête en production de documents d'AIA. Le 15 juillet 2011, le Tribunal ordonnait à l'ARC de déposer certains documents. Le 18 juillet 2011, l'ARC déposait les grilles d'évaluation individuelles de l'évaluation de mai 2011 pour les critères C3 et C6 seulement et informait le Tribunal qu'il avait déjà en sa possession les documents énumérés aux points 2 à 5 de son ordonnance.

18. Dans une lettre datée du 18 juillet 2011, AIA alléguait que l'ARC n'avait pas correctement appliqué l'ordonnance du Tribunal du 15 juillet 2011 parce qu'elle n'avait déposé que les grilles d'évaluation pour les critères C3 et C6. Le 19 juillet 2011, le Tribunal informait les parties que, conformément au paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, il était tenu de limiter son étude à l'objet de la plainte, soit les premier et troisième sous-critères du critère C3 et le critère C6, et était donc d'avis que les termes de l'ordonnance pour la production de documents avaient été respectés.

19. Dans sa lettre aux parties du 19 juillet 2011, le Tribunal les informait également qu'aux termes de l'article 105 des *Règles*, il tiendrait une audience le 24 août 2011 afin d'entendre les points de fait et de droit que les parties avançaient à l'appui de leurs positions respectives.

20. Le 22 juillet 2011, l'ARC demandait au Tribunal de remettre l'audience à une date ultérieure puisque ses conseillers juridiques n'étaient pas disponibles le 24 août 2011 et, par la même occasion, informait le Tribunal qu'elle ferait entendre deux témoins à l'appui de ses prétentions.

21. Le 25 juillet 2011, AIA déposait auprès du Tribunal ses commentaires sur le RIF et l'informait qu'elle était d'accord avec une remise de la date de l'audience.

22. Le 25 juillet 2011, le Tribunal informait les parties que l'audience était reportée au 1^{er} septembre 2011.

23. Le 9 août 2011, AIA informait le Tribunal qu'elle n'avait pas l'intention de faire entendre de témoins.

24. Le 17 août 2011, AIA déposait son cahier des autorités.

25. Le 25 août 2011, l'ARC demandait au Tribunal de lui fournir les directives quant à la procédure à suivre et à l'étendue de la preuve qui devait être présentée lors de l'audience.

26. Dans une lettre au Tribunal datée du 28 août 2011, AIA allègue que l'ARC a enfreint les articles 45 et 46 de la *Loi sur le TCCE* et l'article 16 des *Règles*.

27. Le 29 août 2011, le Tribunal fournissait aux parties des directives quant à la procédure à suivre et à l'étendue de la preuve qui devait être présentée lors de l'audience.

28. Le 1^{er} septembre 2011, ma participation a pris fin et M. Fréchette a poursuivi l'enquête.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

29. La DP était publiée par l'intermédiaire du MERX⁷ le 25 janvier 2011. La DP visait à retenir les services de ressources expérimentées relativement au traitement de demandes d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels (AIPRP) hautement complexes. La durée prévue du contrat est de un an et celui-ci comporte trois options de prolongation⁸. Deux modifications, en date du 31 janvier et du 14 février 2011, ont été apportées à la DP en réponse aux questions de fournisseurs.

30. L'invitation devait prendre fin le 21 février 2011, mais la date de clôture pour la remise des soumissions a été remise au 28 février 2011. L'ARC a reçu quatre propositions en réponse à la DP, y compris celle d'AIA.

31. Le 25 mars 2011, l'ARC informait AIA des motifs pour lesquels sa proposition n'avait pas été retenue et l'informait également qu'un contrat avait été adjugé à Altis Professional Resources (Altis) le 24 mars 2011.

32. Le 19 avril 2011, l'ARC informait AIA que trois de ses ressources proposées avaient reçu des points supplémentaires à la suite d'une réévaluation du critère d'évaluation technique obligatoire O3, augmentant ainsi le pointage technique total de la proposition d'AIA de 72 à 78 points pour une cote totale combinée de 83,98⁹.

33. Une séance d'information avait lieu le 20 avril 2011 au cours de laquelle l'ARC informait le représentant d'AIA des motifs pour lesquels sa proposition n'avait pas été retenue.

34. Les 28 et 29 avril 2011, AIA faisait parvenir à l'ARC quatre oppositions, demandant à l'ARC de procéder à une réévaluation de sa proposition.

35. Du 9 au 12 mai 2011, l'ARC procédait à la réévaluation des critères de cotation numérique pour les quatre propositions reçues en réponse à la DP, y compris celle d'AIA.

36. Le 27 mai 2011, l'ARC informait AIA qu'elle avait procédé à la réévaluation de chaque proposition présentée et qu'afin d'assurer le traitement équitable et uniforme des quatre propositions reçues en réponse à la DP, elle avait retenu les services d'un tiers indépendant agissant à titre de surveillant de l'équité. Aux termes de la réévaluation des propositions par cette personne, la proposition d'Altis avait obtenu le nombre de points le plus élevé tandis que celle d'AIA s'était classée troisième¹⁰.

37. Le 2 juin 2011, AIA déposait une cinquième opposition auprès de l'ARC.

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

8. Plainte, 3 juin 2011, onglet 1 à la p. 21.

9. RIF, onglet C.

10. Plainte, 3 juin 2011, onglet 7 à la p. 5.

38. Le 3 juin 2011, AIA déposait sa première plainte auprès du Tribunal (concernant les quatre premières oppositions) et, le 10 juin 2011, sa deuxième plainte (concernant la cinquième opposition).

MOTIFS DE LA DÉCISION D'ENQUÊTER

Cadre juridique

39. Conformément au paragraphe 6(1) du *Règlement*, le fournisseur potentiel doit déposer une plainte auprès du Tribunal « [...] 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 ».

40. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par la partie plaignante démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*¹¹, au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*¹², à l'*Accord sur les marchés publics*¹³, au chapitre Kbis de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*¹⁴, au chapitre 14 de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou*¹⁵ ou au chapitre quatorze de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*¹⁶, selon le cas. En l'espèce, le marché public est assujéti à l'ACI, à l'ALÉNA, à l'AMP, à l'ALÉCC et à l'ALÉCP. L'ALÉCCO n'était pas en vigueur au moment de la publication de l'invitation.

41. 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.

42. Le paragraphe 1013(1) 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, notamment les renseignements devant être publiés dans l'avis mentionné au paragraphe 1010(2), exception faite des renseignements visés à l'alinéa 1010(2)h). La documentation contiendra également :

[...]

-
11. *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].
 12. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].
 13. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [AMP].
 14. *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.
 15. *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].
 16. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra&view=d>> (entré en vigueur le 15 août 2011) [ALÉCCO].

- 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 [...];

[...]

43. Le paragraphe 1015(4) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

4. 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

[...]

44. L'alinéa 1015(6)b) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

6. Une entité devra,

[...]

- b. sur demande, communiquer aux fournisseurs dont la soumission n'a pas été retenue des renseignements pertinents concernant les raisons du rejet, et les informer des caractéristiques et des avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que du nom de l'adjudicataire.

45. Le paragraphe 1015(8) de l'*ALÉNA* prévoit ce qui suit :

8. Nonobstant les paragraphes 1 à 7, une entité pourra décider de ne pas divulguer certains renseignements relatifs à l'adjudication, si la communication de ces renseignements

- a. ferait obstacle à l'application des lois ou serait autrement contraire à l'intérêt public,
- b. porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'une personne donnée, ou
- c. pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

46. Le paragraphe XII(2) 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 les renseignements qui doivent être publiés dans l'avis de marché envisagé, à l'exception de ceux qui sont mentionnés au paragraphe 6 g) de l'article IX, ainsi que les renseignements suivants :

[...]

- 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 [...];

[...]

47. Le paragraphe XVIII(2) de l'AMP prévoit ce qui suit :
2. Chaque entité, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquera dans les moindres délais :
- [...]
- c) à un soumissionnaire non retenu, des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire.
48. L'ALÉCC et l'ALÉCP contiennent des dispositions similaires à celles qui viennent d'être citées.
49. Même si le présent marché public est également assujéti à l'ACI, aucune disposition pertinente de l'ACI ne prévoit la communication des renseignements pertinents aux soumissionnaires non retenus.

Motifs de plainte rejetés

50. Les motifs pour lesquelles j'ai décidé de ne pas enquêter sur certains motifs de plainte dans les dossiers n^{os} PR-2011-009 et PR-2011-010 sont énoncés plus bas.

Allégation n^o 1 dans PR-2011-009 et allégation n^o 2 dans PR-2011-010

51. AIA allègue que la rubrique du critère C6 dans le barème de notation contenait les mots « qui/quel niveau » [traduction], lesquels n'apparaissent pas dans le texte de la DP¹⁷. Selon AIA, ces mots ajoutent ainsi des exigences qui n'étaient pas évidentes au regard de la DP. AIA allègue également que certains critères énoncés dans la DP et dans les modifications à la DP fournissaient peu d'indications quant aux méthodes de pondération et d'évaluation de ces critères.
52. Les notes de l'ARC concernant l'évaluation de la proposition d'AIA par rapport au critère C6, telles que présentées à AIA le 20 avril 2011 au moment de la session d'information, sont les suivantes :

Relevé des points accordés pour l'aspect technique¹⁸

[...]

- C6** Expérience dans la préparation de documents d'information à l'intention des cadres supérieurs (au moins deux niveaux plus haut) 7/10
- 5 des 7 ressources ont respecté cette exigence
 - n'a pas indiqué à l'intention de *qui/quel niveau* les documents d'information ont été préparés (n'a fourni qu'une liste de fichiers)
 - n'a pas indiqué à l'intention de *qui/quel niveau* les documents d'information ont été préparés (n'a fourni qu'une liste de fichiers)

[Nos italiques, traduction]

53. Les mots « qui/quel niveau » apparaissent bel et bien dans les notes de l'ARC concernant l'évaluation de la proposition d'AIA telles qu'elles ont été présentées à AIA le 20 avril 2011 au moment de la séance d'information. Par contre, ces mots n'apparaissent pas dans la lettre de l'ARC du 27 mai 2011, qui demeure l'énoncé officiel des motifs de rejet de la proposition d'AIA.

17. Plainte, 3 juin 2011, aux para. 55-57.

18. *Ibid.*, onglet 3 à la p. 5.

54. Le Tribunal est d'avis que soit ces mots ont réellement été un facteur, certes non énoncé dans la DP, qui a été appliqué dans l'évaluation des soumissions, soit ces mots ne s'y trouvaient que par maladresse innocente. Enfin, je suis d'avis, qu'il n'est pas du tout apparent que ces mots, bien que présents dans les notes de l'ARC en rapport avec cette évaluation, aient été pris en considération dans l'évaluation définitive de l'ARC.

55. Je suis donc d'avis que ce motif de plainte ne démontre pas, de façon raisonnable, qu'il y a eu violation de l'un quelconque des accords commerciaux puisque la lettre de l'ARC du 27 mai 2011 semble contredire cette prétention ou du moins ne la corrobore certainement pas. Je suis d'avis qu'aucun élément de preuve au dossier ne me permet de conclure que l'inclusion des mots « qui/quel niveau » dans les notes non officielles puisse être assimilée, dans les circonstances, à l'utilisation d'un critère non divulgué dans la DP. Conclure le contraire sous entendrait une remise en question de la bonne foi et de la probité de l'ARC, et je suis d'avis que cela n'est pas le cas en l'espèce. Plutôt, il est apparent que les autres mesures prises par l'ARC, notamment le fait d'avoir engagé un tiers réviseur, démontrent plutôt la probité avec laquelle l'ARC entendait poursuivre ce marché public.

56. En ce qui a trait à l'allégation que les critères énoncés dans la DP ne fournissaient aucune indication quant aux méthodes de pondération et d'évaluation de ces critères, le Tribunal est d'avis qu'il appartient au soumissionnaire de demander des éclaircissements et des précisions au besoin. Le Tribunal remarque que, dans le cadre des présentes plaintes, toutes questions relatives à la DP et à son contenu, y compris celles relatives aux critères d'évaluation de la DP, auraient dû, selon le *Règlement*, être déposées auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date du 28 février 2011, soit la date de clôture des soumissions, ou, au plus tard le 14 mars 2011, soit 10 jours ouvrables après la date de clôture. Or, puisque les plaintes ont été déposées les 3 et 10 juin 2011, elles n'ont pas été déposées en temps opportun et, par conséquent, le Tribunal ne peut enquêter sur ces allégations.

Allégation n° 2 dans PR-2011-009 et allégation n° 1 dans PR-2011-010

57. AIA allègue que les membres du comité d'évaluation et le surveillant en équité ne se sont pas appliqués à assurer un traitement équitable lors de l'évaluation et de la réévaluation de sa proposition. Plus particulièrement, AIA allègue qu'ils n'ont pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans les modifications à la DP et dans sa proposition et ont mal interprété la portée de plusieurs exigences de la DP, à savoir les critères O1, C1 et C4.

58. Le Tribunal a déclaré, dans des décisions précédentes, qu'il ne substituerait pas son jugement à celui des évaluateurs sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à bien évaluer la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure¹⁹. Le Tribunal est d'avis que ni l'une ni l'autre de ces situations n'existent en l'espèce car aucun élément de preuve ne démontre, dans une mesure raisonnable, que cela ait été le cas. Le Tribunal ne peut prêter foi à de simples affirmations sans que celles-ci soient autrement étayer.

19. *Re plainte déposée par Vita-Tech Laboratories Ltd.* (18 janvier 2006), PR-2005-019 (TCCE); *Re plainte déposée par Marcomm Inc.* (11 février 2004), PR-2003-051 (TCCE).

59. L'ambiguïté alléguée par AIA quant au critère O1 se rapportait à une incongruité entre les versions française et anglaise de ce critère quant au nombre minimal de ressources bilingues. Le Tribunal est d'avis qu'il appartient au soumissionnaire de se renseigner lorsque, à son avis, les critères ne sont pas assez clairs ou posent une quelconque difficulté et de demander des précisions au moment opportun.

60. Le critère O1 et sa version anglaise, le critère M1, sont formulés ainsi :

<p>O1 Le soumissionnaire DOIT proposer un minimum de cinq (5) ressources nommées individuellement, qualifiées et qui sont en mesure de fournir les services demandés, tels qu'ils sont décrits dans l'Énoncé des travaux.</p> <p>Le soumissionnaire DOIT proposer ce qui suit :</p> <p>a) deux [(2)] ressources parfaitement bilingues (français et anglais) et deux (2) ressources unilingues (anglais); OU</p> <p>[...]</p>	<p>M1 <i>The Bidder MUST propose a minimum of five (5) individually named resources, qualified and able to perform the required services as described in the Statement of Work.</i></p> <p><i>The Bidder MUST propose:</i></p> <p>a) <i>two (3) fluently bilingual (English and French) resources and two (2) unilingual (English) resources; OR</i></p> <p>...</p>
--	--

61. Le Tribunal remarque que, dans les présentes plaintes, toutes questions relatives à la DP et à son contenu, y compris celles relatives aux critères d'évaluation et aux modifications apportées à la DP, auraient dû, selon le *Règlement*, être déposées auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date limite du 28 février 2011, soit la date de clôture des soumissions, ou, au plus tard le 14 mars 2011, soit 10 jours ouvrables après la date de clôture. Or, puisque les plaintes ont été déposées les 3 et 10 juin 2011, ces motifs de plainte n'ont pas été déposés en temps opportun et, par conséquent, le Tribunal ne peut enquêter sur ces allégations.

62. AIA allègue ensuite que l'ARC a mal interprété le critère C1 relatif au nombre de points qui lui ont été attribués.

63. Le critère C1 est formulé ainsi :

C1	<p>Le soumissionnaire se verra accordé des points pour l'expérience supplémentaire que possèdent les ressources proposées, allant au-delà de l'expérience indiquée comme critère obligatoire O3 au niveau d'analyste principal.</p>	<p>La ressource proposée possède le nombre d'années d'expérience suivant au niveau d'analyste principal :</p> <p>10 points – plus de 3 ans et moins de 4 ans</p> <p>15 points – de 4 ans à moins de 5 ans</p> <p>20 points – de 5 ans à moins de 6 ans</p> <p>24 points – de 6 ans à moins de 7 ans</p> <p>27 points – de 7 ans à moins de 8 ans</p> <p>30 points – 8 ans ou plus</p> <p>Chaque ressource sera évaluée séparément. Les points obtenus pour chaque ressource seront additionnés et une moyenne sera établie pour obtenir une note totale pour ce critère.</p>	30 points
----	---	--	------------------

64. De l'avis du Tribunal, les éléments de preuve au dossier n'appuient pas cette prétention. Le Tribunal remarque plutôt que dans sa lettre du 27 mai 2011, qui contient une explication beaucoup plus détaillée des points attribués à la proposition d'AIA, l'ARC souligne qu'AIA a reçu la quasi-totalité des points pour ce critère.

65. Enfin, AIA soutient que le critère C4 exigeait que les ressources proposées soient titulaires de titres professionnels en matière d'AIPRP, dont certains ne pouvaient être obtenus puisqu'ils n'étaient pas encore en existence au moment de la date de clôture des soumissions²⁰. Pour les mêmes motifs que le rejet du grief relativement au critère O1, ce grief a été déposé en retard.

Allégations n^{os} 3 et 4 dans PR-2011-009 et allégation n^o 3 dans PR-2011-010

66. AIA allègue que les explications fournies par l'ARC, le 20 avril 2011, lors de la séance d'information n'étaient pas détaillées et étaient incomplètes. AIA allègue également que la divulgation effectuée par l'ARC le 27 mai 2011 était muette quant aux caractéristiques et avantages relatifs de la soumission qui avait été retenue.

67. AIA soutient que peu de détails relatifs à l'examen et à la discussion de sa proposition ont été donnés lors de la séance d'information. D'après AIA, cela démontre « [...] de la confusion, de l'incohérence et de la négligence » et, selon elle, « [i]l s'agit d'un exercice réductionniste et de rationalisation subséquente qui vise à diminuer les mérites relatifs des ressources d'AIA »²¹. Plus particulièrement, AIA allègue que l'ARC refuse de divulguer le nom des sous-traitants d'Altis.

68. En ce qui a trait aux éléments de preuve à l'appui de ces allégations, le Tribunal remarque que la lettre du 27 mai 2011 contenait des renseignements plus détaillés que ceux qui se trouvaient dans le barème de notation donné à AIA lors de la session d'information du 20 avril 2011. Cette lettre comprend notamment le nom et le prix des propositions de tous les soumissionnaires ainsi qu'une explication plus détaillée des points attribués à la proposition d'AIA.

69. Comme il appert dans le libellé des dispositions susmentionnées, ces exigences visent, entre autres, la divulgation des renseignements pertinents quant aux motifs pour lesquels la proposition d'AIA n'a pas été retenue. Dans le cas qui nous intéresse, la grille d'évaluation en dit long quant aux motifs du rejet de la proposition d'AIA. Une analyse objective des détails révélés dans cette grille d'évaluation permet, à elle seule, de comprendre les motifs qui ont mené au rejet de la proposition d'AIA. De l'avis du Tribunal, les annotations contenues dans la grille d'évaluation sont bien détaillées. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que ces allégations sont sans fondement.

Motifs de plainte acceptés

70. La lettre du Tribunal datée du 10 juin 2011 relativement au dossier n^o PR-2011-009 indiquait que j'avais décidé qu'il existait une indication raisonnable de violation des accords commerciaux relativement à l'allégation n^o 1 relativement au critère C3, plus particulièrement quant aux sous-critères suivants :

- premier sous-critère : « réputée sensible, puisqu'elle avait déjà attiré l'attention des médias ou que la possibilité qu'elle attire l'attention des médias était très forte »;
- troisième sous-critère : « comprenait l'application de la [LIR] »²².

20. Ces titres professionnels seraient les suivants : « [...] accès à l'information et protection des renseignements personnels (AIPRP), professionnel délégué en AIPRP, professionnel agréé en AIPRP, professionnel accrédité en AIPRP ou maître professionnel en AIPRP. » Plainte, 3 juin 2011, onglet 1 à la p. 49.

21. Plainte, 3 juin 2011, au para. 113.

22. *Ibid.*, onglet 1 à la p. 47.

71. Cette lettre indiquait également que j'avais décidé de ne pas donner droit à la demande de report d'adjudication de contrat d'AIA aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE* étant donné qu'un contrat avait déjà été adjugé à Altis.

72. La lettre du Tribunal datée du 21 juin 2011 relative au dossier n° PR-2011-010 indiquait que j'avais décidé qu'il existait une indication raisonnable de violation des accords commerciaux relativement aux griefs des allégations n° 1 et 2, plus particulièrement en ce qui concerne les critères suivants :

- allégation n° 1, critère C6, en ce qui a trait aux mots « autres que des notes d'information régulières »;
- allégation n° 2, critère C3 :
premier sous-critère : « réputée sensible, puisqu'elle avait déjà attiré l'attention des médias ou que la possibilité qu'elle attire l'attention des médias était très forte »;
troisième sous-critère : « comprenait l'application de la [LIR] »²³.

73. Cette dernière correspondance indiquait également que j'avais décidé de ne pas donner droit à la demande de report d'adjudication de contrat d'AIA, aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*, étant donné qu'un contrat avait déjà été adjugé à Altis.

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre président initial

EXPOSÉ DES MOTIFS DE SERGE FRÉCHETTE, MEMBRE PRÉSIDENT ACTUEL

HISTORIQUE DES PROCÉDURES À COMPTER DU 1^{er} SEPTEMBRE 2011

74. Tel qu'indiqué précédemment, j'ai été chargé de l'examen de ces plaintes à compter du 1^{er} septembre 2011, à la suite de la récusation de M. Downey. Je suis d'avis que les motifs de M. Downey décrivent bien la procédure de passation du marché public et donc je les fais miens.

75. Le 14 septembre 2011, AIA déposait les documents qu'elle prévoyait utiliser lors de l'audience. Le 15 septembre 2011, le Tribunal demandait à AIA de l'informer de la façon dont elle entendait utiliser ces documents. Le 16 septembre 2011, AIA déposait auprès du Tribunal des renseignements additionnels en réponse à cette demande.

76. Dans une lettre datée du 19 septembre 2011, le Tribunal informait AIA qu'après avoir pris connaissance des observations des parties concernant l'allégation d'AIA selon laquelle l'ARC avait commis une violation des articles 45 et 46 de la *Loi sur le TCCE* et de l'article 16 des *Règles*, il était d'avis qu'aucune violation des articles mentionnés n'avait été commise par l'ARC et tenait la question pour réglée.

23. *Ibid.*, onglet 1 à la p. 47.

77. Le 20 septembre 2011, l'ARC déposait ses observations concernant les explications fournies par AIA quant à la pertinence de documents qu'AIA tentait de déposer tardivement aux fins de l'audience. De plus, dans cette lettre, l'ARC informait le Tribunal qu'elle ne prévoyait assigner qu'un seul témoin à comparaître lors de l'audience.

78. Le 26 septembre 2011, le Tribunal informait les parties qu'il avait pris connaissance des documents aux dossiers et qu'il ne jugeait plus nécessaire la tenue d'une audience mais demandait aux parties de déposer leurs observations à cet effet. Dans cette lettre, le Tribunal informait également les parties qu'à la suite de leurs observations et commentaires au sujet des documents qu'AIA entendait utiliser lors de l'audience, il refusait de verser certains documents au dossier. Le 26 septembre 2011, AIA indiquait qu'elle n'insistait pas pour qu'une audience soit tenue. Le 27 septembre 2011, l'ARC indiquait qu'elle était d'avis qu'une audience n'était pas nécessaire.

79. Le 28 septembre 2011, le Tribunal informait les parties qu'à la suite des observations d'AIA et de l'ARC au sujet de la nécessité de tenir une audience, il avait décidé de statuer sur ces plaintes sur la foi des renseignements au dossier seulement.

80. Dans sa lettre au Tribunal du 26 septembre 2011, AIA demandait également la possibilité de répondre à des éléments de preuve qui, prétendument, n'avaient pas été préalablement divulgués par l'ARC. Dans sa lettre aux parties datée du 28 septembre 2011, le Tribunal informait les parties qu'il n'accédait pas à cette demande d'AIA étant donné que le Tribunal avait déjà disposé, dans ses lettres des 15 et 19 juillet 2011, d'une demande identique faite par AIA précédemment.

QUESTION PRÉLIMINAIRE

Demande de rejet de la plainte

81. Avant de traiter du bien-fondé des motifs de plainte sur lesquels le Tribunal a décidé d'enquêter, le Tribunal examinera d'abord la prétention de l'ARC selon laquelle il n'est pas utile d'enquêter sur ces derniers. En effet, dans le RIF, l'ARC demande au Tribunal de ne pas donner suite aux plaintes, affirmant que l'allégation n° 2 des plaintes d'AIA est « théorique » puisque, selon l'ARC, dans l'hypothèse où le Tribunal juge que les allégations d'AIA sont fondées et AIA obtient le maximum de points pour les deux sous-critères techniques du critère C3, la note totale combinée d'AIA passerait de 83,22 à seulement 85,82. Par conséquent, selon l'ARC, même si le Tribunal faisait droit à ces griefs, AIA ne serait toujours pas admissible puisqu'elle se trouverait toujours derrière Altis, qui a obtenu une note totale combinée de 87,34.

82. Le Tribunal est d'avis qu'il demeure pertinent dans la présente affaire d'examiner l'ensemble des motifs de plainte. Les prétentions de l'ARC ci-dessus sont valides seulement en ce qui a trait à l'opportunité pour le Tribunal d'octroyer un remède ou pas dans l'éventualité où il conclurait à une violation des accords commerciaux. S'il y a eu violation de ces accords demeure néanmoins une question pertinente que le Tribunal ne peut ignorer²⁴.

ANALYSE

83. 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. 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

24. *Re plainte déposée par Krista Dunlop & Associates Inc.* (14 avril 2010), PR-2009-064 (TCCE) au para. 28.

spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit, en outre, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux pertinents, qui en l'espèce sont l'*ACI*, l'*ALÉNA*, l'*AMP*, l'*ALÉCC* et l'*ALÉCP*. L'*ALÉCCO* n'était pas en vigueur au moment de la publication de l'invitation.

Les premier et troisième sous-critères techniques du critère C3 n'ont pas fait l'objet d'une évaluation

Premier sous-critère du critère C3 : l'attention des médias

84. Le critère C3 de la DP est le suivant :

C3	<p>Le soumissionnaire se verra accorder des points pour l'expérience des ressources proposées en ce qui concerne le traitement de demandes d'AIPRP complexes ou sensibles qui pourraient comprendre l'un ou plusieurs des éléments suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - réputée sensible, puisqu'elle avait déjà attiré l'attention des médias ou que la possibilité qu'elle attire l'attention des médias était très forte - comprenait l'application d'une exemption ou d'une exclusion des renseignements sensibles dans les documents - comprenait l'application de la [LIR] - comprenait une affaire judiciaire 	<p>Pour chacun des éléments précisés, le soumissionnaire obtiendra trois (3) points si l'élément figure dans le résumé.</p> <p>Chaque ressource sera évaluée séparément. Les points obtenus pour chaque ressource seront additionnés et une moyenne sera établie pour obtenir une note totale pour ce critère.</p>	12 points
-----------	---	---	------------------

85. AIA soutient que les deux exemples donnés par la ressource n° 5 démontrent que les « [...] demandes d'accès à l'information travaillées étaient "sensibles" et qu'il y avait une "possibilité qu'elles attirent l'attention des médias (...)" »²⁵. AIA soutient que lorsque l'on demande à un soumissionnaire de démontrer une « possibilité », il faut s'attendre à l'une de deux choses : soit 1) il est réductionniste et déraisonnable d'exiger une « preuve claire » qu'il y avait une « possibilité », soit 2) le comité d'évaluation doit accepter une « preuve par inférence », car AIA soutient qu'il est clairement illogique, inique et déraisonnable de demander une « preuve claire » de l'existence d'une « possibilité ». Selon AIA, une exigence d'une « preuve claire », de la part du comité d'évaluation relativement à l'existence d'une « possibilité », constitue un manque de discernement flagrant²⁶. AIA allègue que cette description est suffisante pour faire la preuve de l'existence d'une telle possibilité.

86. L'ARC soutient que les deux exemples donnés dans la proposition pour la ressource n° 5 ne permettaient pas au comité d'évaluation de conclure que les demandes d'AIPRP ont attiré ou ont pu attirer l'attention des médias. L'ARC soutient que la proposition ne fait pas référence au mot « média » ou à des synonymes et est donc muette sur le sujet. De plus, l'ARC soutient qu'elle ne doit se fonder que sur les explications et renseignements donnés par le soumissionnaire et ne peut pas inférer des exemples donnés

25. Plainte, 3 juin 2011, onglet 2 à la p. 4.

26. Commentaires sur le RIF au para. 20.

qu'ils auraient pu être de nature à avoir attiré l'attention des médias comme l'indique AIA dans ses plaintes²⁷. Selon l'ARC, c'est ce qui explique la note zéro pour ce critère dans la grille de réévaluation remise à AIA.

87. AIA soutient qu'il existe une ambiguïté quant à l'évaluation des termes suivants du premier sous-critère : « *réputée sensible* » et « que la *possibilité* qu'elle attire l'attention des médias était très forte »²⁸. AIA soutient qu'il n'existe aucune façon de quantifier et d'évaluer une telle ambiguïté « [...] lorsqu'aucun sous-critère d'évaluation n'existe »²⁹. AIA allègue que ce sous-critère n'a pas fait l'objet d'une évaluation raisonnable de la part du comité d'évaluation et que ce dernier n'a pas considéré l'ensemble des renseignements soumis par AIA à l'égard de la ressource n° 5.

88. L'ARC soutient à cet effet que la partie 1 de la DP³⁰ indiquait clairement que les soumissionnaires devaient démontrer la façon dont ils respectaient les critères obligatoires et les critères cotés. De plus, l'ARC soutient que le libellé de la section 2 de la DP³¹ réitérait l'importance pour les soumissionnaires de préparer une proposition suffisamment détaillée. L'ARC soutient que les directives qu'elle a données aux soumissionnaires permettaient aux évaluateurs d'évaluer chacune des exigences en se fondant sur les renseignements contenus dans la proposition.

89. Le Tribunal a déjà indiqué à maintes reprises que « [...] c'est au fournisseur qu'il incombe de répondre et de satisfaire aux critères établis dans une invitation »³² et « [...] qu'un soumissionnaire ne doit pas se contenter d'indiquer une capacité afin de démontrer qu'il la possède effectivement »³³. Tel qu'il a également souvent indiqué, le Tribunal réitère qu'il ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs sauf si ces derniers ne se sont pas appliqués à bien évaluer la proposition d'un soumissionnaire, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, ont mal interprété la portée d'une exigence, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont pas procédé à une évaluation équitable au plan de la procédure³⁴. De l'avis du Tribunal, aucune de ces circonstances ne s'appliquent aux présentes plaintes et le Tribunal n'interviendra donc pas en l'espèce.

90. En effet, le Tribunal est d'avis que les éléments de preuve ne démontrent pas qu'il y ait eu quoi que ce soit de déraisonnable dans la façon dont le sous-critère relativement à l'attention des médias a été appliqué par l'ARC. Les évaluateurs ont tout simplement appliqué ce critère suivant lequel il appartenait au soumissionnaire d'établir clairement l'existence de l'expérience des consultants. Sans faire de réévaluation à proprement parler, le Tribunal remarque qu'aucun renseignement donné dans la proposition relativement à la ressource n° 5, dans l'énoncé fourni par AIA en réponse au critère C3, n'établit de corrélation de fait qui montre clairement que la demande d'accès à l'information traitée était sensible au sens du critère, c.-à-d. qu'elle avait attirée l'attention des médias ou qu'il existait une possibilité qu'elle attire l'attention des médias. Pour atteindre une conclusion différente en se fondant sur les renseignements fournis par AIA, le Tribunal est d'avis que les évaluateurs auraient dû se fonder sur une présomption et non sur un fait établi. Or, il appartenait à AIA de démontrer clairement qu'elle satisfaisait aux critères applicables et non aux évaluateurs de démontrer, à partir d'une présomption, que tel était le cas.

27. Plainte, 3 juin 2011, aux para. 13 et 14; plainte, 10 juin 2011, aux para. 34 et 35.

28. Commentaires sur le RIF au para. 39.

29. *Ibid.* au para. 39.

30. RIF, onglet A à la p. 4 de la DP.

31. *Ibid.*, onglet A à la p. 15 de la DP.

32. *Re plainte déposée par Info-Electronics H P Systems Inc.* (2 août 2006), PR-2006-012 (TCCE).

33. *Re plainte déposée par Noël Import/Export* (6 février 2003), PR-2002-036 (TCCE); *Re plainte déposée par Antian Professional Services Inc.* (2 juillet 2008), PR-2008-001 (TCCE); *Re plainte déposée par WorkLogic Corporation* (12 juin 2003) PR-2002-057 (TCCE).

34. *Re plainte déposée par Vita-Tech Laboratories Ltd.* (18 janvier 2006), PR-2005-019 (TCCE); *Re plainte déposée par Marcomm Inc.* (11 février 2004), PR-2003-051 (TCCE).

Troisième sous-critère du critère C3 : l'application de la LIR

91. AIA prétend qu'il lui suffisait de démontrer que les ressources proposées avaient traité des demandes au terme de l'article 241 de la *LIR* pour répondre au troisième sous-critère du critère C3.

92. L'extrait pertinent de l'article 241 de la *LIR* prévoit ce qui suit :

241. (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire ou autre représentant d'une entité gouvernementale :

[...]

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel en dehors du cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

93. AIA allègue que lors de la session d'information du 20 avril 2011, un membre du comité d'évaluation a précisé que des points avaient été attribués uniquement pour des « “[...] *exemples où des dossiers de contribuables avaient été traités*” »³⁵. AIA soutient que six de ses sept ressources ont démontré qu'elles avaient appliqué la *LIR* et que la DP ne requérait pas que les ressources proposées aient « “*traité des dossiers de contribuables*” »³⁶. De plus, AIA soutient qu'il n'était pas possible, d'une manière raisonnable, pour un soumissionnaire de « deviner »³⁷ l'existence d'un tel critère ni que l'expression « l'application de la [LIR] » pouvait signifier « traitement de dossiers de contribuables ». Selon AIA, si ce critère de sélection avait été connu, elle aurait proposé une équipe de projet différente en vue de décrocher la totalité des points.

94. AIA soutient que le fait d'exiger des exemples précis relativement à l'application de la *LIR* constitue une demande illégale. Selon AIA, la *LIR* interdit qu'un représentant d'une entité gouvernementale, dans le cas présent, des consultants en AIPRP, n'utilise des renseignements confidentiels en dehors du cadre de l'application de la *LIR*. AIA soutient que d'appliquer le troisième sous-critère du critère C3 reviendrait à demander à des consultants de violer l'article 241 de la *LIR* ou, en d'autres mots, qu'ils ne pourraient donner des exemples de traitement de tels dossiers sans contrevenir à cet article.

95. L'ARC soutient qu'elle cherchait des consultants qui possèdent de l'expérience dans l'application générale de la *LIR* et que les ressources devaient démontrer qu'elles possédaient cette expérience. Selon l'ARC, le comité d'évaluation n'a pas modifié la DP pour y inclure une obligation concernant le « “[...] *traitement de dossiers de contribuables* [...] »³⁸.

96. À ce sujet, l'ARC soutient qu'il était tout simplement possible de fournir suffisamment de détails relativement à ce critère sans se mettre en situation de violation de la loi, par exemple en précisant le type de renseignements visés par les demandes d'AIPRP traitées et leurs conditions de communication. L'ARC soutient que c'est parce qu'elle a manqué de préciser l'expérience des consultants que la proposition d'AIA a été notée ainsi.

35. Plainte, 3 juin 2011, au para. 20; plainte, 10 juin 2011, au para. 42.

36. Plainte, 3 juin 2011, aux para. 27-29; plainte, 10 juin 2011, aux para. 47-50.

37. *Ibid.*

38. RIF, onglet 1 au para. 40.

97. Le Tribunal est d'avis qu'il n'y a aucun élément de preuve montrant que les évaluateurs ne se soient pas adéquatement appliqués à évaluer la proposition d'AIA ou qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux figurant dans la proposition d'AIA. Donc, le Tribunal ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs.

98. Par définition, une demande d'accès à l'information relative à des dossiers assujettis à la *LIR* relève de l'application de l'article 241. Cependant, compte tenu du contexte particulier de la DP et de la description particulière des tâches à effectuées, soit les tâches 2, 3 et 4, à l'appendice A³⁹, il est tout à fait raisonnable, de l'avis du Tribunal, que le sous-critère soit interprété comme visant à évaluer l'expérience des ressources proposées liée aux aspects de la *LIR* qui vont bien au-delà de la seule application de l'article 241. Précisément, le Tribunal est d'avis que la DP était suffisamment claire pour qu'il soit compris que ce sous-critère demandait la démonstration du niveau de connaissance des ressources proposées relativement à l'application de la *LIR*, tel qu'il était précisé en toutes lettres dans la DP. En effet, la DP ne mentionnait pas la preuve d'expérience relativement au seul article 241, qui en somme n'est autre chose que la mise en œuvre du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels*⁴⁰. Dans ce contexte, le Tribunal fait sienne la position de l'ARC qu'il aurait été possible pour AIA de décrire ou d'expliquer de façon générique la nature et l'étendue précises d'une expérience en vertu de la *LIR*, tel qu'il était demandé dans la DP, sans pour autant faire référence à des renseignements proprement protégés par la loi.

Critère C6

99. La version française de la DP modifiée prévoit ce qui suit :

C6	Le soumissionnaire se verra accorder des points si les ressources proposées possèdent une expérience relative à l'analyse de la politique, des procédures et des processus d'AIPRP et à la recommandation ou à la suggestion de changements à ces éléments, en fonction de l'expérience, de lacunes découvertes ou de la constatation que des améliorations peuvent être apportées.	0 point – le soumissionnaire n'a pas démontré que la ressource possédait une expérience relative à l'analyse de la politique, des procédures et des processus d'AIPRP et à la recommandation ou à la suggestion de changements à ces éléments, en fonction de l'expérience, de lacunes découvertes ou de la constatation que des améliorations peuvent être apportées.	5 points
-----------	---	---	-----------------

39. Les tâches aux points 2, 3 et 4 de l'appendice A, « ÉNONCÉ DES TRAVAUX », à la page 36 de la DP prévoient ce qui suit :

- « • En appliquant les règles établies dans la LAI et la LPRP, déterminer le droit prévu par la loi du demandeur d'avoir accès à des renseignements fédéraux, tout en protégeant les renseignements personnels des contribuables.
- Analyser le contenu des dossiers ou des trousse de divulgation afin de régler des cas complexes, controversés et hautement délicats qui peuvent nécessiter une consultation et le règlement de questions qui ont trait aux demandeurs, à des tiers, à d'autres institutions fédérales et à d'autres gouvernements, aux gouvernements internationaux, aux gouvernements provinciaux et aux administrations municipales.
- Analyser l'information et la documentation de l'Agence à divulguer aux demandeurs ou à leurs représentants désignés (c.-à-d. des contribuables, des avocats, des comptables, des universitaires, des partis politiques, des organisations d'affaires, des députés, des journalistes, des employés de l'Agence et le grand public). »

40. L.R.C. 1985, c. A-1. Ce paragraphe prévoit ce qui suit : « 24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II. »

	Afin d'obtenir des points pour ce critère, pour chaque ressource proposée, le soumissionnaire doit fournir un résumé de l'endroit et du moment auxquels l'expérience a été acquise, y compris les coordonnées d'un ou de plusieurs répondants qui peuvent valider les renseignements fournis.	<p>5 points – Le soumissionnaire a démontré que la ressource possédait une expérience relative à l'analyse de la politique, des procédures et des processus d'AIPRP et à la recommandation ou à la suggestion de changements a ces éléments, en fonction de l'expérience, de lacunes découvertes ou de la constatation que des améliorations peuvent être apportées.</p> <p>Chaque ressource sera évaluée séparément. Les points obtenus pour chaque ressource seront additionnés et une moyenne sera établie pour obtenir une note totale pour ce critère.</p>	
--	---	--	--

100. La version anglaise de la DP modifiée prévoit ce qui suit :

R6	<p><i>The Bidder will be awarded points if the proposed resources have experience in preparing briefing material for Senior Management. Senior management is considered to be someone who is at least two levels higher than the resource.</i></p> <p><i>To obtain points for this criterion, for each proposed resource the Bidder must provide a summary of where and when this experience was obtained including contact information for a reference(s) that can validate the information cited.</i></p>	<p><i>The Bidder has demonstrated that the proposed resource has experience in preparing briefing material to Senior Management on:</i></p> <p>5 points – 1 to 5 occasions 10 points – 6 or more occasions</p> <p><i>Each resource will be evaluated separately. The scores obtained for each resource will be summed and averaged to obtain a total score for this criterion.</i></p>	10 points
-----------	---	--	------------------

101. La modification n° 002 à la DP, émise le 14 février 2011, prévoit ce qui suit :

1. Un fournisseur a posé les questions suivantes :

[...]

Q2. Le C7 affirme ce qui suit : « Le soumissionnaire se verra accorder des points si les ressources proposées ont de l'expérience en ce qui concerne la préparation de documents d'information à l'intention des cadres supérieurs (autres que des notes d'information régulières). Un cadre supérieur est considéré comme une personne dont le poste est d'au moins deux niveaux supérieurs à celui de la ressource. » Seriez-vous disposés à éliminer la phrase « autres que des notes d'information régulières », afin de tenir compte de la véritable expérience de rédaction des notes d'information (ce qui relève habituellement d'un analyste de l'AIPRP) – il est très rare que l'on prépare des notes d'information non régulières.

R. La phrase « autres que des notes d'information régulières » a été éliminée du C7 (maintenant C6).

102. Les mots « autres que des notes d'information régulières » qui apparaissaient dans la version initiale de la DP ont donc été retranchés de la DP par la modification du 14 février 2011. Il appert que leurs équivalents en langue anglaise ont été retranchés à la suite de cette modification mais que ces mots apparaissent toujours dans la version française de la DP après cette date. Était-ce une simple erreur d'écriture ou une erreur qui a eu des répercussions? Selon AIA, il y en a eu une : elle allègue que le comité

d'évaluation de l'ARC et le surveillant en équité se sont prévalus de ces mots en langue française (alors qu'ils auraient dû être retranchés de la DP) lors de leur application du critère C6 (plutôt que de se prévaloir de la version anglaise de la DP où les mots équivalents anglais n'apparaissent plus).

103. À ce chapitre, AIA allègue que les mots « autres que des notes d'information régulières » se retrouveraient dans le rapport du surveillant en équité sous le critère C6. Le Tribunal remarque immédiatement à ce sujet que, tel que l'ARC a aussi souligné, cela n'est pas le cas. En effet, ce rapport a été rédigé en langue anglaise, il ne constitue pas une grille d'évaluation et les mots « autres que des notes d'information régulières » n'y figurent pas. Le Tribunal remarque, par contre, que ces mots apparaissent bel et bien dans la traduction de la grille de réévaluation qui a été faite pour les besoins de cette cause⁴¹. En l'absence de preuve contraire au dossier, le Tribunal est prêt à accepter que ces mots ne sont présents dans cette traduction que parce qu'ils n'avaient pas été retranchés de la version française de la DP à la suite de la modification du 14 février 2011. En d'autres mots, il semble que cette erreur d'écriture se soit perpétuée.

104. Plutôt, parce que l'équivalent en langue anglaise de ces mots n'apparaît pas dans la version anglaise de la DP, laquelle l'ARC dit avoir été utilisée par le comité d'évaluation dans sa réévaluation, le Tribunal est d'avis que le comité avait bel et bien noté la proposition d'AIA suivant une grille d'évaluation (en l'occurrence sa version en langue anglaise) où les mots « autres que des notes d'information régulières », ou plus précisément leur traduction en langue anglaise, ne figuraient pas.

105. Le Tribunal n'a donc aucune raison de remettre en question la bonne foi de l'ARC lorsqu'elle dit avoir utilisé la version anglaise de la grille d'évaluation, car l'ensemble des soumissions, y compris celle d'AIA, avait été faites en langue anglaise et il est donc tout à fait plausible pour le Tribunal que les évaluations aient été faites dans cette langue. Qui plus est, pour cette raison, le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas impossible que les évaluateurs n'aient même jamais consulté la version (erronée) de la DP en langue française à quelque moment que ce soit de leur travail. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que l'ensemble des arguments d'AIA relativement aux prétendues conséquences de ce que le Tribunal ne voit que comme une erreur d'écriture sont sans conséquence.

106. Enfin, dans le cas où le Tribunal se soit trompé dans sa compréhension des faits relatés ci-haut, le Tribunal est d'avis que lors du dépôt de sa proposition, AIA était en possession de la version française du critère C6 de la DP modifiée et était donc en mesure de constater que cette version différait de la version anglaise⁴². La DP précise bien que « [t]oute demande de renseignements concernant la [DP] doit être présentée par écrit à l'autorité contractante indiquée ci-dessous dès que possible au cours de la période d'invitation [...]. Le calendrier suivant s'applique à la [DP] : [...] Date limite pour des questions sur la [DP] : (à midi HAE) le 14 février 2011 [...] ». Le Tribunal est donc d'avis qu'il appartient au soumissionnaire de demander des éclaircissements et des précisions au besoin. Le Tribunal remarque que, dans les présentes plaintes, toutes questions relatives à la DP et à son contenu, y compris celles relatives aux critères d'évaluation et aux modifications apportées à la DP, auraient dû, selon le *Règlement*, être déposées auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date limite du 28 février 2011, soit date de clôture des soumissions, ou au plus tard le 14 mars 2011, soit 10 jours ouvrables après la date de clôture. Or, puisque les plaintes ont été déposées les 3 et 10 juin 2011, le Tribunal ne peut enquêter sur ces allégations même s'il y a preuve suffisante à l'appui. Par conséquent, le Tribunal est en fin de compte d'avis que ce motif de plainte n'aurait pas dû faire l'objet de la présente enquête car elle a été déposée en retard.

41. Plainte, onglet 7.

42. En effet, les plaintes déposées auprès du Tribunal les 3 et 10 juin 2011 contenaient une copie de la DP modifiée en français ainsi qu'une copie de la soumission technique d'AIA en anglais, ce qui, d'après le Tribunal, signifie qu'AIA avait également en sa possession la version anglaise de la DP.

107. Par conséquent, le Tribunal conclut donc que les plaintes ne sont pas fondées.

Frais

108. Le Tribunal accorde à l'ARC le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre aux plaintes.

109. 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*), qui fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte selon trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

110. L'indication provisoire donnée par le Tribunal relativement aux présentes plaintes est que son degré de complexité correspond au degré moyen de complexité prévu à l'annexe A de la *Ligne directrice* (degré 2). La complexité du marché public était faible étant donné qu'il concernait la prestation de services de consultants en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels. Le Tribunal conclut que la complexité de la plainte était moyenne puisque celle-ci portait sur une évaluation fondée sur une combinaison d'exigences obligatoires et cotées. Enfin, la complexité de la procédure était élevée puisque le Tribunal a permis aux parties de présenter des renseignements supplémentaires allant au-delà de l'échange de renseignements habituel dans des enquêtes du Tribunal. De plus, la procédure a exigé le recours au délai de 135 jours pour déterminer la validité de la plainte.

111. Par conséquent, conformément à la *Ligne directrice*, l'indication provisoire donnée par le Tribunal eu égard au montant de l'indemnisation est de 2 400 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

112. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes ne sont pas fondées.

113. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à l'ARC le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre aux plaintes, ces frais devant être payés par AIA. L'indication provisoire du degré de complexité des présentes plaintes donnée par le Tribunal se situe au degré 2, et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation se chiffre à 2 400 \$. 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 la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Serge Fréchette
Serge Fréchette
Membre président actuel