



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2018-049

Accipiter Radar Technologies Inc.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision rendue
le vendredi 26 avril 2019*

*Motifs rendus
le lundi 13 mai 2019*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ.....	1
APERÇU DE LA DP.....	1
HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	4
Le processus de la DP.....	4
Processus de plainte	6
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	7
Report de l'attribution du contrat.....	7
Désignations confidentielles	8
Production de documents	9
ANALYSE.....	10
I. Évaluation des exigences obligatoires.....	11
II. Annulation de l'invitation à soumissionner.....	15
III. Demandes de précisions et processus de conformité des soumissions en phases.....	15
IV. Partialité.....	18
CONCLUSION	20
MESURE CORRECTIVE.....	20
FRAIS	21
DÉCISION	22
ANNEXE I	23

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

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**ACCIPITER RADAR TECHNOLOGIES INC.****Plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution
fédérale****DÉCISION**

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

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) accorde à Accipiter Radar Technologies Inc. (Accipiter) le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre au rapport d'évaluation de la conformité qui lui a été transmis le 18 juin 2018, ainsi que pour préparer sa réponse complémentaire transmise à TPSGC le 8 septembre 2018.

Si les parties sont incapables de s'entendre à l'égard du montant de l'indemnité, Accipiter déposera auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. TPSGC disposera ensuite de sept jours ouvrables après la réception du mémoire d'Accipiter pour déposer un mémoire en réponse. Accipiter disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire de TPSGC pour déposer des observations supplémentaires. Chaque partie doit faire parvenir simultanément tous les documents susmentionnés à la partie adverse ainsi qu'au Tribunal.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal accorde à Accipiter le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte, ces frais devant être payés par TPSGC. En conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le degré de complexité de la présente plainte déterminé provisoirement par le Tribunal est le degré 3, et le montant provisoire de l'indemnité est de 4 700 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant provisoire de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal, 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*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal : Ann Penner, membre président

Personnel de soutien : Helen Byon, conseillère juridique

Partie plaignante : Accipiter Radar Technologies Inc.

Conseillers juridiques pour la partie plaignante : Nicholas McHaffie
Anisha Visvanatha

Institution fédérale : ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux

Conseillers juridiques pour l'institution fédérale : Susan Clarke
Ian McLeod
Kathryn Hamill
Roy Chamoun
Nick Howard
Peter J. Osborne
Margaret Robbins

Veillez adresser toutes les communications au :

Greffier
Secrétariat du Tribunal canadien du commerce extérieur
15^e étage
333, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0G7
Téléphone : 613-993-3595
Télécopieur : 613-990-2439
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. La présente enquête concerne une plainte déposée par Accipiter Radar Technologies Inc. (Accipiter) relativement à un appel d'offres (invitation n° F7048-160039/B) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère des Pêches et des Océans. Il s'agit d'une demande de propositions (DP) pour l'acquisition d'équipement radar côtier destiné à la Garde côtière canadienne (GCC).

2. Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a décidé d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ et conformément aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*².

3. Le Tribunal a mené une enquête sur le bien-fondé de la plainte conformément aux articles 30.13 à 30.15 de la *Loi sur le TCCE*. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que la plainte est en partie fondée.

RÉSUMÉ DE LA PLAINTÉ

4. Accipiter soutient que la procédure de passation du marché public n'a pas été exécutée conformément au chapitre cinq de l'*Accord de libre-échange canadien* (ALEC), car TPSGC a mené la procédure de passation du marché public de manière inéquitable. Plus précisément, Accipiter fait valoir qu'elle a subi un préjudice, car TPSGC a communiqué aux autres soumissionnaires davantage de renseignements sur les éléments non conformes qu'Accipiter n'en avait reçu, n'a pas bien pris en considération la portée de plusieurs exigences de la DP, a annulé la DP de façon irrégulière alors que le contrat aurait dû être attribué à Accipiter, et a fait preuve de partialité à l'égard des soumissionnaires non Canadiens.

5. Comme TPSGC a annulé l'appel d'offres et a annoncé qu'il lancerait une nouvelle DP pour le même besoin, Accipiter demande au Tribunal d'ordonner à TPSGC de reporter l'attribution de tout contrat éventuel jusqu'à ce que le Tribunal détermine la validité de la présente plainte. Accipiter a également présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance de production de certains documents si ceux-ci ne figurent pas dans le Rapport de l'institution fédérale (RIF).

6. À titre de mesure corrective, Accipiter demande au Tribunal de recommander que le contrat lui soit adjugé ou, dans l'éventualité où le Tribunal conclurait que sa soumission n'était pas conforme, qu'une indemnité lui soit versée pour les frais engagés pour la préparation de sa soumission. Accipiter demande également d'être indemnisée pour les frais encourus pour l'engagement de la procédure. Si le Tribunal considère qu'aucune de ces mesures correctives n'est appropriée, Accipiter demande au Tribunal de recommander toute autre mesure corrective qu'il estimera juste et appropriée.

APERÇU DE LA DP

7. Dans la présente plainte, la DP en cause prévoit des exigences techniques très complexes. En outre, la présente plainte soulève plusieurs questions concernant la procédure de passation du marché public, notamment la préférence accordée dans l'évaluation aux soumissions qui comportaient une attestation de

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

contenu canadien, un processus de conformité des soumissions en phases et, plus importante encore, la présentation de demandes de précisions par TPSGC. Par conséquent, un cadre pour les éléments pertinents du processus est fourni ci-dessous.

– Exigences techniques obligatoires

8. La DP prévoit des exigences techniques obligatoires figurant dans quatre annexes distinctes. Dans la présente plainte, seules les exigences figurant aux annexes C et D de la DP sont en cause.

9. L'annexe C énonce les exigences pour le système radar à semi-conducteurs, dont la configuration exige des 1) systèmes d'antenne, 2) un équipement émetteur-récepteur radar et 3) des extracteurs/systèmes de suivi radar séparés ou intégrés. L'annexe C comprend des critères ayant trait à l'équipement, au rendement en matière de portée des radars, aux exigences opérationnelles et de surveillance, aux exigences concernant les antennes radar de remplacement, aux exigences générales concernant le système d'antenne, aux spécifications de l'émetteur-récepteur radar, aux exigences en matière de sécurité, aux exigences environnementales et à l'approbation de l'équipement³.

10. L'annexe D de la DP prévoit les exigences techniques obligatoires applicables aux extracteurs/pointeurs radars pour les stations radars des Services de communication et de trafic maritimes de la GCC. Les extracteurs/pointeurs radars à fournir doivent interagir avec les émetteurs-récepteurs radars à semi-conducteurs existants et doivent respecter divers paramètres relativement au rendement et à la fonctionnalité, aux interfaces, ainsi qu'aux considérations en matière de sûreté et d'environnement⁴.

– Contenu canadien

11. Dans le cadre de l'invitation à soumissionner, la préférence était accordée aux produits et aux services canadiens. Les soumissions accompagnées d'une attestation du contenu canadien étaient évaluées avant celles sans cette attestation⁵.

12. Les exigences relatives à l'attestation du contenu canadien figurent à la section 5.1.2.1 de la DP. Voici les extraits pertinents de la section :

Le défaut de fournir cette attestation remplie avec la soumission aura pour conséquence que les produits et services offerts seront traités comme des produits non[]canadiens et des services non[]canadiens.

Le soumissionnaire atteste que :

() au moins 80 p. 100 du prix total de la soumission correspond à des produits canadiens et des services canadiens [...]⁶.

13. Le paragraphe 4.1c) de la partie 4 – Procédures d'évaluation et méthode de sélection de la DP indique ce qui suit en ce qui concerne l'évaluation des soumissions accompagnées d'une attestation de contenu canadien :

c) L'équipe d'évaluation devra d'abord déterminer si deux soumissions ou plus sont accompagnées d'une attestation valide de contenu canadien. Si c'est le cas, seulement les soumissions accompagnées d'une attestation valide seront évaluées selon le processus d'évaluation, sinon toutes

3. Pièce PR-2018-049-15A, vol. 1 à la p. 14.

4. Pièce PR-2018-049-15A, vol. 1 à la p. 18.

5. Pièce PR-2018-049-06, vol. 1 aux p. 6, 9.

6. Pièce PR-2018-049-06, vol. 1 à la p. 12.

les soumissions reçues seront évaluées. Si des soumissions accompagnées d'une attestation valide sont déclarées non recevables, ou sont retirées, et qu'il reste moins de deux soumissions recevables accompagnées d'une attestation valide, l'équipe poursuivra l'évaluation des soumissions accompagnées d'une attestation valide. Si toutes les soumissions accompagnées d'une attestation valide sont déclarées non recevables, ou sont retirées, alors toutes les autres soumissions reçues seront évaluées⁷.

– Processus de conformité des soumissions en phases

14. Le processus de conformité des soumissions en phases était indiqué à l'alinéa 4.1d) de la DP. Il comprenait deux phases. La phase I prévoyait une évaluation de la conformité de l'information financière requise, dans laquelle les soumissionnaires pouvaient fournir l'information financière manquante dans un délai donné. Les soumissions qui présentaient toute l'information financière requise à la phase I pouvaient passer à la phase II, dans le cadre de laquelle l'équipe d'évaluation jugerait si les soumissions respectaient toutes les autres exigences obligatoires d'admissibilité. Une fois cette évaluation terminée, un rapport d'évaluation de la conformité (REC) allait être remis aux soumissionnaires les informant que TPSGC continuait d'examiner leur soumission ou indiquant une exigence obligatoire d'admissibilité pour laquelle la soumission ou l'offre n'avait pas encore démontré sa conformité. Dès réception du REC, les soumissionnaires étaient invités à présenter des renseignements supplémentaires ou différents « uniquement dans le but de rendre la réévaluation des exigences obligatoires d'admissibilité identifiés dans le REC conformes ». La DP prévoyait diverses règles régissant la présentation de l'information en réponse au REC, notamment :

- iii. Tous les soumissionnaires [...] bénéficieront du même délai au cours duquel ils pourront répondre à leur REC.
 - iv. Une réponse acceptable au REC doit respecter toutes les conditions suivantes :
 - a. adresser uniquement les critères obligatoires éligibles non conformes identifiés dans le REC;
 - b. préciser clairement tous les renseignements différents ou supplémentaires ainsi que l'endroit précis dans la soumission ou l'offre où ces renseignements s'appliquent;
 - c. Sous réserve de a. ci-dessus, identifiez tous les changements apportés à la proposition de soumission ou d'offre initiale nécessités par les informations supplémentaires ou différentes que le soumissionnaire ou offrant fournit en réponse au REC; et
 - d. Autrement, suivre les instructions de préparation de la soumission ou de l'offre dans le document de DP/DOC.
- [...]
- vi. Toutes les réponses au REC reçues après l'heure et la date requises ne seront pas prises en considération.

15. Les réponses au REC allaient ensuite être évaluées pour déterminer si les soumissions étaient conformes aux exigences obligatoires énoncées dans le REC. Les soumissions conformes passaient à la phase III où le processus d'évaluation se poursuivait jusqu'à ce qu'un soumissionnaire soit retenu⁸.

7. Pièce PR-2018-049-06, vol. 1 à la p. 9.

8. Pièce PR-2018-049-06, vol. 1 aux p. 10-11.

– Demandes de précisions

16. TPSGC a présenté des demandes visant à préciser ou à vérifier les renseignements liés aux soumissions, conformément aux Instructions uniformisées – biens ou services – besoins concurrentiels 2003 (2017-04-27) du *Guide des clauses et conditions uniformisées d'achat* (CCUA), intégrées par renvoi à la section 2.1 de la DP. La disposition 16 (2008-05-12) des CCUA prévoit ce qui suit :

1. Lorsque le Canada évalue les soumissions, il peut, sans toutefois y être obligé, effectuer ce qui suit :
 - a. demander des précisions ou vérifier l'exactitude de certains renseignements ou de tous les renseignements fournis par les soumissionnaires relatifs à la demande de soumissions;
- [...]
2. Les soumissionnaires disposeront du nombre de jours établi par l'autorité contractante pour se conformer à la demande concernant tout item ci-haut mentionné. Le défaut de répondre à la demande pourrait avoir pour conséquence que la soumission soit déclarée non recevable.

17. Dans la présente plainte, les demandes de précisions en cause ont été présentées aux soumissionnaires *avant* la délivrance du REC. Dès réception des réponses des soumissionnaires aux demandes de précisions, les REC ont été remis aux soumissionnaires, conformément aux modalités décrites ci-dessus.

HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

Le processus de la DP

18. TPSGC a publié la DP le 1^{er} décembre 2017, laquelle devait prendre fin le 26 mars 2018⁹.

19. Accipiter a présenté sa soumission le 21 mars 2018, laquelle était accompagnée d'une attestation de contenu canadien.

20. Le 29 mars 2018, TPSGC a demandé à Accipiter de lui fournir de l'information pour valider son attestation de contenu canadien. Accipiter a répondu le 4 avril 2018¹⁰. Les discussions avec Accipiter concernant la vérification par TPSGC des exigences relatives au contenu canadien se sont poursuivies jusqu'au 4 mai 2018¹¹.

21. Le 10 mai 2018, Accipiter s'est opposée au calcul du contenu canadien effectué par le Canada, dans le cadre duquel le calcul du prix total de la soumission tenait compte du prix calculé, aux fins de la section 5.1.2.1 de la DP¹².

22. Le 13 juin 2018, TPSGC a demandé des précisions à Accipiter au sujet de sa proposition de prix figurant à l'annexe A de la DP, ainsi que des précisions sur les questions relatives à divers renvois à l'annexe I, Matrice de l'Énoncé des travaux, à l'annexe J, Matrice d'évaluation du système radar à

9. En réponse à la DP, TPSGC a reçu des soumissions accompagnées d'une attestation de contenu canadien et d'autres qui ne l'étaient pas. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) à la p. 11; pièce PR-2018-049-15A, vol. 1 à la p. 11.

10. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 75-80; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 76-81.

11. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 81-94; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 82-100.

12. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 101-104.

semi-conducteurs et à l'annexe K, Matrice d'évaluation des extracteurs et des dispositifs de poursuite¹³. Accipiter a répondu le 15 juin 2018¹⁴.

23. Le 18 juin 2018, TPSGC a produit le REC d'Accipiter¹⁵. Accipiter a répondu au REC le 25 juin 2018¹⁶.

24. Le 4 septembre 2018, Accipiter a été informée de certains renseignements ayant trait à la plainte par une source externe¹⁷.

25. Le 8 septembre 2018, Accipiter a fourni une réponse supplémentaire au REC¹⁸. Le 19 octobre 2018, TPSGC a rejeté ces renseignements, comme indiqué ci-dessous.

26. Le 10 septembre 2018, Accipiter s'est opposée à ce que TPSGC commence l'évaluation des soumissions sans attestation de contenu canadien. Pour Accipiter, toute décision selon laquelle sa proposition n'est pas conforme et toute évaluation des soumissions sans attestation de contenu canadien à cette étape-là du processus d'invitation à soumissionner constitueraient un manquement aux obligations de TPSGC découlant de la common law et à ses obligations en vertu de l'ALEC¹⁹.

27. Le 19 octobre 2018, TPSGC a répondu à diverses oppositions présentées par Accipiter, notamment la façon dont TPSGC avait calculé l'attestation du contenu canadien de sa soumission et le moment où TPSGC avait commencé l'évaluation des soumissions non canadiennes. TPSGC a également informé Accipiter, en réponse à sa lettre du 8 septembre 2018, qu'il ne pouvait pas accepter de nouveaux renseignements après l'échéance du délai fourni pour le REC²⁰.

28. Aussi, le 19 octobre 2018, TPSGC a informé Accipiter de l'annulation de l'appel d'offres, faute de soumission conforme. La lettre faisait aussi état des critères techniques que ne respectait pas la soumission d'Accipiter (lettre d'annulation). TPSGC a indiqué qu'il lancerait à une date ultérieure un nouvel appel d'offres pour répondre au besoin²¹.

29. Le 2 novembre 2018, Accipiter s'est opposée à l'annulation de la DP par TPSGC²².

30. Le 8 novembre 2018, TPSGC a tenu une réunion de compte rendu par téléconférence avec Accipiter²³.

31. Le 30 novembre 2018, TPSGC a répondu à Accipiter afin de réaffirmer pourquoi il annulait la DP²⁴.

13. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 105-106.

14. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 97-102; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 107-112.

15. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 103-106; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 113-116.

16. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 107-174; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 117-137.

17. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 58.

18. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 149, 150; pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 183, 184.

19. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 185-187; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 151-153.

20. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 156-158.

21. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 188-190; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 159-161.

22. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 191-202; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 167-178.

23. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 162-166.

24. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) at 221-225; pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 aux p. 197-201.

Processus de plainte

32. Le 14 décembre 2018, Accipiter a déposé sa plainte auprès du Tribunal.
33. Le 21 décembre 2018, le Tribunal a informé les parties qu'il avait accepté la plainte pour enquête. Pour les motifs exposés ci-après, le Tribunal a également informé Accipiter qu'il ne pouvait rendre une ordonnance visant à reporter l'attribution d'un contrat en vertu du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*.
34. Le 8 janvier 2019, TPSGC a demandé au Tribunal d'accorder une prolongation du délai pour le dépôt du RIF jusqu'au 11 février 2019. Le Tribunal a accueilli la demande.
35. Le 9 février 2019, Accipiter a demandé au Tribunal de lui accorder jusqu'au 25 février 2019 pour faire des commentaires sur le RIF. Le Tribunal a accueilli la demande.
36. Le 11 février 2019, TPSGC a déposé les versions confidentielle et non confidentielle du RIF.
37. Le 15 février 2019, Accipiter a donné suite à la requête incluse dans sa plainte en sollicitant une ordonnance obligeant TPSGC à produire certains documents. Plus précisément, Accipiter a demandé ce qui suit :
- a. les copies des notes d'évaluation originales de chaque évaluateur concernant l'évaluation de la soumission d'Accipiter à toutes les phases de l'évaluation;
 - b. les réponses fournies par les autres soumissionnaires aux demandes de précisions de TPSGC avant la remise du REC et les REC;
 - c. les notes d'évaluation concernant les réponses des autres soumissionnaires avant les demandes de précisions, avant la remise du REC et durant les dernières étapes;
 - d. la correspondance du Canada avec d'autres soumissionnaires concernant l'annulation de l'invitation à soumissionner et l'intention d'en lancer une nouvelle;
 - e. les parties des soumissions des autres soumissionnaires se rapportant aux exigences pour lesquelles la soumission d'Accipiter a été jugée non conforme;
 - f. les notes, les dossiers et la correspondance internes de TPSGC et de la GCC ou entre TPSGC et la GCC au sujet de l'invitation à soumissionner et de son évaluation, y compris la correspondance concernant les précisions et les réponses avant la remise du REC, les REC, les évaluations de la non-conformité et toute considération à l'égard des fournisseurs privilégiés ou discussion avec ceux-ci.
- [Traduction]
38. Le 19 février 2019, le Tribunal a demandé aux parties de lui présenter leurs observations concernant la demande d'ordonnance de production présentée par Accipiter.
39. Le 20 février 2019, le Tribunal a ordonné à Accipiter d'examiner la vaste quantité de renseignements contenus dans sa plainte et qui, selon elle, étaient confidentiels, et de déposer à nouveau sa plainte. Le Tribunal craignait d'être considérablement limité dans son exposé des motifs non confidentiels pour bien étayer sa décision.
40. Le 21 février 2019, Accipiter a demandé au Tribunal de rendre sa décision sur les questions relatives à la confidentialité des renseignements qu'elle avait désignés dans sa plainte.

41. Le 22 février 2019, TPSGC a déposé ses observations concernant la demande de production de documents d'Accipiter et Accipiter a déposé sa réponse aux observations.
42. Le 25 février 2019, le Tribunal a accueilli la demande d'Accipiter en vue d'une autre prolongation de la période pour la formulation de commentaires sur le RIF jusqu'au 4 mars 2019.
43. Le 27 février 2019, le Tribunal a ordonné la production des évaluations individuelles de la soumission d'Accipiter. Le Tribunal a également accepté la version non confidentielle révisée du RIF, qui supprimait de la version publique du RIF déposée antérieurement certains paragraphes qu'Accipiter avait désignés comme étant confidentiels.
44. Le 1^{er} mars 2019, TPSGC a déposé les évaluations individuelles de la soumission d'Accipiter²⁵.
45. Le 4 mars 2019, Accipiter a présenté ses commentaires sur le RIF et les évaluations individuelles de sa soumission.
46. Le 8 mars 2019, le Tribunal a rendu une ordonnance visant la production de certains documents demandés par Accipiter, conformément au paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE*.
47. Le 15 mars 2019, Accipiter a déposé des versions révisées publique et confidentielle de sa plainte.
48. De plus, le 15 mars 2019, TPSGC a déposé des documents conformément à l'ordonnance du Tribunal²⁶.
49. Le 22 mars 2019, Accipiter a présenté ses commentaires concernant les documents produits par TPSGC. TPSGC a répondu aux commentaires d'Accipiter concernant les documents, le 27 mars 2019. Accipiter a fourni sa réponse le 1^{er} avril 2019.
50. Le 26 avril 2019, le Tribunal a rendu sa décision relativement à la plainte.
51. Le 9 mai 2019, le Tribunal a publié une version provisoire de sa décision et des motifs afin que les parties confirment qu'aucun renseignement confidentiel n'y figurait.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Report de l'attribution du contrat

52. Comme mentionné ci-dessus, Accipiter a demandé au Tribunal d'ordonner à TPSGC de reporter l'attribution de tout contrat éventuel jusqu'à ce que le Tribunal se prononce sur la validité de sa plainte.
53. Le Tribunal a déterminé qu'il ne pouvait pas rendre cette ordonnance aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*, qui énonce ce qui suit :

30.13(3) [Lorsque le Tribunal décide d'enquêter sur *une plainte* qui concerne un *contrat spécifique accordé* par une institution fédérale], le Tribunal peut ordonner à l'institution fédérale de différer l'*adjudication du contrat spécifique* en cause jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la validité de la plainte.

[Nos italiques]

25. Pièce PR-2018-049-29A, vol. 2 (protégée).

26. Pièce PR-2018-049-32A, vol. 2 (protégée).

54. Cette disposition ne s'applique qu'à un contrat spécifique faisant l'objet d'une plainte et qui peut être adjugé. En l'espèce, comme le processus d'invitation à soumissionner en vue de l'attribution du contrat spécifique a été annulé, aucun contrat ne peut être attribué au sens du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*.

Désignations confidentielles

55. Comme mentionné ci-dessus, le Tribunal a demandé à Accipiter de déposer une nouvelle version de sa plainte après examen de l'information désignée confidentielle. En réponse, le 21 février 2019, Accipiter a demandé au Tribunal de rendre sa décision pour déterminer si :

- a. dans les circonstances de l'espèce, les exigences obligatoires particulières pour lesquelles un soumissionnaire a été jugé non conforme au cours du processus d'évaluation sont confidentielles;
- b. dans l'affirmative, si la divulgation de parties de la DP qui permettraient ainsi de déterminer ces exigences obligatoires particulières sont également confidentielles dans le contexte, bien que ces parties soient tirées d'un document public²⁷.

[Traduction]

56. Accipiter soutient que les exigences obligatoires auxquelles sa soumission ne répondait pas et les motifs invoqués par TPSGC pour justifier la non-conformité de sa soumission sont de nature confidentielle. En effet, la divulgation de l'information permettrait à des concurrents d'avoir un aperçu de l'offre d'Accipiter et de la solution qu'elle proposait, ce qui est particulièrement préoccupant puisque le besoin en matière d'équipement radar ferait l'objet d'une nouvelle invitation. Accipiter fait remarquer que dans le RIF, TPSGC a protégé des renseignements semblables d'autres soumissionnaires²⁸. De plus, Accipiter invoque la décision *Lengkeek Vessel Engineering*, dans laquelle le Tribunal a conclu que la divulgation à un concurrent du prix total de la soumission d'un soumissionnaire dans le cadre d'une première invitation à soumissionner faisait en sorte que le soumissionnaire avait « vraisemblablement un sérieux désavantage au moment de fixer le prix de sa soumission eu égard à la seconde DP », ce qui équivalait pour ce soumissionnaire à « une exclusion injustifiable de la procédure de passation du marché public dans le cadre de la seconde DP »²⁹. Dans la décision *Lengkeek*, le Tribunal a pris en considération l'article 501 de l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI), selon lequel la procédure de passation des marchés publics doit être établie de façon à assurer « à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics »³⁰.

57. Conformément à sa conclusion dans la décision *Lengkeek* et à la lumière de l'article 502 de l'ALEC, une disposition qui s'applique à la présente plainte, le Tribunal a déterminé qu'un accès non discriminatoire à la prochaine procédure de passation du marché public requiert que soient protégés certains éléments de la soumission d'Accipiter de sorte qu'ils ne soient pas divulgués. Le Tribunal a accepté les arguments d'Accipiter selon lesquels l'information contenue dans sa soumission pouvait être assimilée par des concurrents avertis dans le domaine technique du radar en prenant connaissance des exigences auxquelles la soumission d'Accipiter ne répondait pas³¹. Si tel était le cas, Accipiter aurait été

27. Pièce PR-2018-049-20, vol. 1 à la p. 1.

28. Pièce PR-2018-049-20, vol. 1 à la p. 2.

29. *Lengkeek Vessel Engineering Incorporated c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (9 novembre 2006), PR-2006-002 (TCCE) [*Lengkeek*] au par. 38; voir aussi *Hawboldt Industries c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (27 avril 2018), PR-2017-045 (TCCE) au par. 47.

30. À cet égard, l'article 502 de l'ALEC contient l'obligation d'« accorde[r] un accès ouvert, transparent et non discriminatoire aux marchés couverts de ses entités contractantes ».

31. Pièce PR-2018-049-20, vol. 1 à la p. 2.

considérablement désavantagée lors de la présentation de sa soumission dans le cadre de la prochaine procédure de passation du marché public.

58. Par conséquent, pour préserver la confidentialité des renseignements ainsi désignés par les parties, le Tribunal ne fera pas référence aux exigences obligatoires particulières de la DP concernant la plainte d'Accipiter. Les exigences obligatoires seront plutôt désignées comme les exigences n° 1 à n° 4, comme indiqué dans la version confidentielle de la plainte³². De plus, l'identité des soumissionnaires sera protégée, de même que toute information technique relative à leurs offres.

Production de documents

59. Le RIF ne présentait pas tous les documents demandés par Accipiter dans sa plainte. TPSGC a affirmé qu'ils n'étaient pas pertinents pour le règlement de la plainte. Comme mentionné ci-dessus, le Tribunal a ordonné à TPSGC de produire certains documents demandés par Accipiter.

60. Pour permettre au Tribunal de procéder à l'enquête, le Tribunal maintient le point de vue qu'il adopte depuis longtemps selon lequel les notes des évaluateurs individuels sont importantes et pertinentes puisqu'elles peuvent être déterminantes lorsque le Tribunal cherche à comprendre pourquoi une soumission a été jugée conforme ou non conforme selon le cas³³.

61. Pour ce qui est des autres catégories de documents demandés par Accipiter, TPSGC soutenait qu'ils n'étaient pas pertinents pour le règlement de la plainte, les qualifiant d'« inutiles » [traduction] et d'« excessifs »³⁴ [traduction]. La demande d'Accipiter pour la production de l'information confidentielle des autres soumissionnaires reposait sur une allégation de partialité non fondée et non étayée et, par conséquent, l'accès à toutes sortes de documents non pertinents par rapport à la plainte elle-même ne devrait pas être autorisé³⁵. Dans sa réponse aux observations de TPSGC, Accipiter a affirmé que ses allégations ne se limitent pas à la partialité, mais visent également l'évaluation injuste et inadéquate de sa soumission par TPSGC. Ce dernier a choisi de ne pas répondre à ces observations.

62. Pour statuer sur le bien-fondé des motifs de la plainte, le Tribunal doit veiller à ce que les renseignements qui figurent au dossier soient suffisants³⁶. En examinant les commentaires d'Accipiter concernant le RIF, les copies de la correspondance décrivant en détail les demandes de précisions aux fournisseurs³⁷ et les notes d'évaluation de la soumission d'Accipiter³⁸, le Tribunal a conclu que les allégations d'Accipiter n'étaient pas spéculatives. Les questions envoyées aux autres soumissions avant la remise du REC sont fort différentes de celles reçues par Accipiter. Le Tribunal a exigé la production des documents pour lui permettre d'examiner la façon dont TPSGC a répondu aux autres soumissionnaires durant les diverses étapes du processus d'invitation à soumissionner, en particulier avant la remise du REC.

32. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux p. 31, 39, 45, 51.

33. *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (27 août 2014), PR-2014-006 (TCCE) [CGI] au par. 62; *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 et PR-2014-020 (TCCE) au par. 95.

34. Pièce PR-2018-049-22, vol. 1 à la p. 1.

35. Pièce PR-2018-049-22, vol. 1 à la p. 2.

36. *Vireo Network Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (23 avril 2014), PR-2013-037 (TCCE) [Vireo Network] au par. 58.

37. Pièce PR-2018-049-13B, vol. 2 (protégée) aux p. 12-19.

38. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux p. 196-200, 220-221, 261, 274-275.

Par conséquent, les documents concernant les soumissions présentées par les autres soumissionnaires et leur évaluation sont pertinents.

63. Cela dit, pour déterminer si la façon de procéder de TPSGC était inéquitable, seuls la correspondance, les notes d'évaluation et les autres documents ayant trait aux exigences obligatoires auxquelles la soumission d'Accipiter ne répondait toujours pas doivent être examinés. Par ailleurs, en ce qui concerne l'un des soumissionnaires, le Tribunal a déterminé que, d'après la réponse fournie à TPSGC, les précisions demandées sont de nature purement administrative, c'est-à-dire qu'elles ne reposent sur aucune question de fond particulière découlant de la proposition du soumissionnaire dans le cadre de la DP³⁹.

64. Dans son enquête en vue de déterminer si la conduite de TPSGC a porté préjudice à Accipiter, le Tribunal doit également procéder à l'examen de toute incidence des demandes de précisions de TPSGC sur l'évaluation de la conformité d'autres soumissions avant et après la remise du REC. Accipiter soutient que les réponses des autres soumissionnaires aux demandes de précisions et au REC permettraient de confirmer ou d'infirmer son allégation selon laquelle les autres soumissionnaires ont été avantagés du fait qu'ils ont reçu des demandes plus détaillées de la part de TPSGC avant la remise du REC. Le Tribunal reconnaît que, pour déterminer si les différences entre les demandes de précisions ont fait en sorte qu'Accipiter a été privé de certaines possibilités, les réponses des soumissionnaires doivent être divulguées. Par ailleurs, selon la forme de la lettre d'annulation remise à Accipiter, le Tribunal est d'avis que les lettres d'annulation aux autres soumissionnaires permettraient d'obtenir la liste des exigences obligatoires que les autres soumissionnaires ne respectaient pas au final.

65. La dernière catégorie de documents demandés par Accipiter, à savoir les documents et la correspondance concernant la GCC, se rapporte à l'allégation d'Accipiter selon laquelle la conduite de TPSGC a contribué à favoriser un autre fournisseur durant le processus d'invitation à soumissionner. Selon le Tribunal, la production de ces documents ne sera envisagée qu'au besoin, soit si aucun élément de preuve figurant dans les autres documents ne permet de trancher les questions relatives à la plainte.

66. Pour les motifs qui précèdent, le 8 mars 2019, conformément au paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a ordonné à TPSGC de produire les documents suivants :

- a. la correspondance adressée au soumissionnaire B et au soumissionnaire C concernant l'annulation de l'invitation n° F7048-160039/B et l'intention de publier une nouvelle invitation;
- b. les réponses fournies par le soumissionnaire B et le soumissionnaire C aux demandes de précisions préalables aux REC et aux rapports d'évaluation de la conformité de TPSGC qui portaient sur chacune des exigences obligatoires énoncées dans la DP de l'invitation susmentionnée auxquelles la soumission d'Accipiter ne répondait toujours pas;
- c. les parties des soumissions présentées par le soumissionnaire B et le soumissionnaire C en réponse à chacune des exigences obligatoires énoncées dans la DP auxquelles la soumission d'Accipiter ne répondait toujours pas;
- d. les notes d'évaluation concernant l'information indiquée aux points b. et c. ci-dessus⁴⁰.

ANALYSE

67. Le paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE* exige que, dans son enquête, le Tribunal limite son étude à l'objet de la plainte. À l'issue de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en

39. Pièce PR-2018-049-13B, vol. 2 (protégée) aux p. 1-11.

40. Pièce PR-2018-049-31, vol. 1.

fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. L'article 11 du *Règlement* prévoit que le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux dispositions des accords commerciaux applicables, qui en l'espèce est l'ALEC⁴¹.

68. Selon Accipiter, TPSGC a contrevenu aux dispositions de l'ALEC, notamment aux paragraphes 502(1), 502(2) et 502(3), le paragraphe 503(2), l'alinéa 507(3)(b), le paragraphe 509(1) et les paragraphes 515(1), 515(4) et 515(5). Le libellé de chacune de ces dispositions figure à l'annexe I.

69. En appuyant son analyse sur ces dispositions, le Tribunal déterminera la validité de la plainte en examinant si TPSGC 1) a raisonnablement conclu que la soumission d'Accipiter ne respectait pas les exigences techniques obligatoires, 2) a annulé l'invitation d'une façon qui contrevient aux accords commerciaux, 3) a mené le processus d'invitation à soumissionner de manière équitable et 4) a fait preuve de partialité en faveur des autres soumissionnaires durant le processus d'invitation à soumissionner.

I. Évaluation des exigences obligatoires

70. Comme le Tribunal l'a indiqué récemment dans la décision *Horizon*⁴², lorsqu'il examine la façon dont les soumissions sont évaluées, le Tribunal applique la norme de la décision raisonnable. Le Tribunal a indiqué précédemment qu'une détermination serait considérée comme raisonnable si elle s'appuyait sur une explication défendable, peu importe si le Tribunal lui-même la trouvait convaincante ou non⁴³. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans un contexte différent, «le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel»⁴⁴. Par conséquent, le Tribunal ne substitue généralement pas son jugement à celui des évaluateurs et n'intervient pas dans une évaluation à moins que ces derniers ne se soient pas appliqués à évaluer une proposition, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements d'importance cruciale contenus dans une proposition, qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou bien qu'ils n'aient pas procédé à une évaluation équitable sur le plan de la procédure.⁴⁵

71. De plus, le Tribunal a invariablement affirmé qu'il incombe aux soumissionnaires de démontrer que leur soumission satisfait aux critères obligatoires d'un appel d'offres au moment où celui-ci prend fin⁴⁶. Le Tribunal a aussi clairement indiqué qu'il incombe aux soumissionnaires de préparer leur soumission consciencieusement conformément aux instructions de l'appel d'offres, en prenant soin de s'assurer que les

41. La section 1.5 de la DP indique que l'accord commercial applicable est l'ALEC. Aux fins de la présente enquête, le Tribunal se référera aux dispositions de l'*Accord de libre-échange canadien*, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/CFTA-Consolidated-Text-Final-Print-Text-French-.pdf>> (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017).

42. *Horizon Maritime Services Ltd./Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 janvier 2019), PR-2018-023 (TCCE) au par. 45.

43. *Samson & Associates c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (13 avril 2015), PR-2014-050 (TCCE) [*Samson*] au par. 35.

44. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 RCS 708, 2011 CSC 62 (CanLII) au par. 11, citant *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190, 2008 CSC 9 (CanLII).

45. *Harris Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (22 octobre 2018), PR-2018-016 (TCCE) au par. 21; *MTS Allstream Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (3 février 2009), PR-2008-033 (TCCE) au par. 26.

46. *Samson* au par. 36; *Raymond Chabot Grant Thornton Consulting Inc. et PricewaterhouseCoopers LLP c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 octobre 2013), PR-2013-005 et PR-2013-008 (TCCE) au par. 37.

renseignements fournis démontrent clairement leur conformité aux exigences⁴⁷. Autrement dit, les soumissionnaires doivent soigneusement et explicitement faire le lien, pour les évaluateurs, entre des détails et des spécifications qui peuvent figurer à divers endroits de leur soumission pour démontrer pourquoi et comment celle-ci satisfait aux exigences techniques obligatoires de l'appel d'offres. Cela est clair à la lecture de la section 3.1 de la DP, qui indique ce qui suit : « La soumission technique devrait traiter clairement et de manière suffisamment approfondie des points faisant l'objet des critères d'évaluation en fonction desquels la soumission sera évaluée. Il ne suffit pas de reprendre simplement les énoncés contenus dans la demande de soumissions⁴⁸. »

72. Par ailleurs, un soumissionnaire a la responsabilité d'obtenir des précisions sur les exigences prévues dans une invitation à soumissionner, « au besoin, avant de déposer sa soumission », en particulier dans les circonstances décrites ci-après⁴⁹.

73. Accipiter soutient que l'approche adoptée par TPSGC pour procéder à l'évaluation des exigences n'était pas raisonnable, car les évaluateurs n'ont pas interprété les exigences en tenant compte de l'objet et des objectifs de la DP. Accipiter cite l'arrêt *Siemens Westinghouse* de la Cour d'appel fédérale à l'appui de l'interprétation téléologique. En voici un extrait pertinent :

Je reconnais également que les entités acheteuses doivent évaluer de façon rigoureuse et minutieuse la mesure dans laquelle un soumissionnaire a satisfait aux conditions obligatoires. Cependant, cela ne signifie pas que les conditions obligatoires doivent être interprétées de manière isolée et disjonctive. Comme le Tribunal l'a décidé dans *R.E.D. Electronics Inc.*, [1995] C.I.T.T. n° 44 au par. 13, elles doivent « être interprétées comme un ensemble en tenant compte de l'objet et des objectifs globaux de la DDP [demande de propositions] »⁵⁰.

74. Comme il en sera question plus en détail ci-après, le Tribunal conclut que l'interprétation d'Accipiter des critères évalués dépasse l'interprétation téléologique décrite par la Cour d'appel fédérale. En fait, selon le Tribunal, l'obligation d'examiner l'objet et les objectifs globaux de la DP n'équivaut pas à permettre à un soumissionnaire de proposer une solution différente de celle prescrite par l'entité acheteuse dans les documents de l'invitation à soumissionner et n'autorise pas l'application sélective des exigences obligatoires.

75. Le Tribunal a toujours soutenu que, de manière générale, une entité acheteuse a le pouvoir de définir ses propres besoins en matière d'approvisionnement, à condition, bien entendu, qu'elle le fasse raisonnablement et conformément aux règles des accords commerciaux applicables; les modalités de l'invitation à soumissionner ne doivent pas être impossibles à respecter⁵¹. Le Tribunal s'est également

47. *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 et PR-2014-020 (TCCE) au par. 150; *ADR Education c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (18 octobre 2013), PR-2013-011 (TCCE) [ADR] au par. 59.

48. Pièce PR-2018-049-06, vol. 1 à la p. 8.

49. Le paragraphe 2a) de la clause 05 (2018-05-22) Présentation des soumissions du *CCUA 2003* (2017-04-27) Instructions uniformisées – biens ou services – besoins concurrentiels est incorporé dans la section 2.1 de la DP par référence. Le Tribunal a déjà affirmé que les « soumissionnaires ont l'entière responsabilité de demander des éclaircissements » avant de présenter une soumission. Voir ADR au par. 59.

50. *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2000 CanLII 15611 (CAF), au par. 18.

51. Voir par exemple *Primex Project Management Limited c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (12 décembre 2012), PR-2012-032 (TCCE) au par. 24; *723186 Alberta Ltd. c. Agence de la santé publique du Canada* (12 septembre 2011), PR-2011-028 (TCCE) au par. 19; *Global Upholstery Co. Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (6 juillet 2009), PR-2008-052 (TCCE) au par. 10.

prononcé sur ce qui constitue un « obstacle au commerce intérieur » aux fins de l'article 403 de l'ACI, dont le libellé est semblable à celui du paragraphe 509(1) de l'ALEC. Dans de tels cas, le Tribunal a indiqué que, si une exigence a pour effet d'exclure un soumissionnaire parce que son offre ne respecte pas l'exigence, il ne s'agit pas d'un obstacle au commerce⁵². L'entité acheteuse n'est pas obligée de compromettre ses besoins opérationnels légitimes pour tenir compte des circonstances particulières d'un fournisseur potentiel ou pour répondre aux besoins des fournisseurs⁵³. Il s'ensuit que, dans la mesure où un soumissionnaire propose une solution qui n'est pas conforme aux exigences telles qu'énoncées dans la DP, les exigences pertinentes ne doivent pas être interprétées de manière à préserver le statut du soumissionnaire dans le processus d'invitation à soumissionner. Il incombe au soumissionnaire, *avant* de présenter sa soumission, de demander des précisions à l'entité acheteuse pour s'assurer qu'il n'a pas présumé de manière erronée la manière dont l'exigence doit s'appliquer⁵⁴. Les accords commerciaux ne protègent pas un soumissionnaire si son interprétation de l'exigence s'avère inexacte.

76. Pour les motifs exposés ci-après, le Tribunal conclut que TPSGC a raisonnablement évalué les critères pour lesquels Accipiter a été jugé non conforme. Ce motif de plainte n'est donc pas fondé. Pour assurer la protection de l'information confidentielle, le Tribunal traitera des questions pertinentes de façon générale au moyen de renvoi aux observations et aux éléments de preuves protégés.

Exigence n° 1

77. Selon Accipiter, les motifs pour lesquels TPSGC a jugé que sa soumission n'était pas conforme en ce qui a trait à l'exigence n° 1 (comme il est indiqué dans la lettre d'annulation), ne tenaient pas dûment compte des solutions proposées à l'égard des critères applicables⁵⁵. Chaque solution proposée devait tenir compte des paramètres pertinents de l'exigence n° 1, dont il est question ci-après⁵⁶.

78. Pour ce qui est du premier paramètre de l'exigence n° 1⁵⁷, le Tribunal conclut que TPSGC a évalué la soumission d'Accipiter de façon raisonnable⁵⁸. Dans la DP, il est indiqué clairement que le paramètre doit être respecté. Aucune exception n'est prévue en ce qui a trait à son applicabilité⁵⁹. Selon le Tribunal, Accipiter s'est fondée sur une hypothèse relativement à la solution particulière qu'elle proposait utiliser⁶⁰. Compte tenu de cette hypothèse, Accipiter a choisi de ne pas expliquer suffisamment de quelle façon le paramètre requis serait respecté⁶¹. Accipiter ne s'est pas acquittée de son fardeau d'obtenir des précisions auprès de TPSGC pour s'assurer que sa soumission répondait aux exigences d'une façon particulière qui n'était pas énoncée expressément dans la DP.

52. *Entreprise Marissa Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, PR-2010-086 (13 juin 2001) [*Marissa*] aux par. 59-60.

53. *Marissa* au par. 62.

54. Dans la mesure où un soumissionnaire considère qu'une exigence particulière, ou l'interprétation de celle-ci, ne respecte pas un élément des accords commerciaux, il incombe au soumissionnaire de présenter une opposition à l'institution gouvernementale ou de déposer une plainte auprès du Tribunal dans les délais prescrits à l'article 6 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*. Voir *IBM Canada Ltd. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, 2002 CAF 284 aux par. 20-21.

55. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 105.

56. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 108.

57. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 107-115.

58. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) au par. 103; pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux p. 948-966.

59. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 108-111.

60. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 109.

61. Pièce PR-2018-049-01A, vol. 2 (protégée) aux p. 2058, 2077; pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 99-101.

79. Pour ces motifs, le Tribunal n'accepte pas ou n'a pas à examiner les autres observations d'Accipiter sur cette question⁶².

80. En ce qui concerne le deuxième paramètre de l'exigence n° 1,⁶³ Accipiter fait valoir que la solution proposée permettrait de répondre à l'exigence. À son avis, l'application des critères par TPSGC était arbitraire étant donné que, dans l'évaluation d'autres critères, TPSGC avait accepté l'«équivalence fonctionnelle» [traduction] ou «avait reconnu qu'un critère était inapplicable» [traduction] selon la configuration d'un système radar⁶⁴.

81. Cependant, selon le Tribunal, la soumission d'Accipiter n'apportait pas une solution qui était prescrite dans les critères énoncés; Accipiter a plutôt présenté une solution différente qui, à son avis, pourrait servir d'équivalent fonctionnel à ce qui était demandé. Ce choix se reflète dans l'offre elle-même⁶⁵. Conformément aux principes énoncés précédemment, TPSGC a le droit de définir ses propres besoins en matière d'approvisionnement en s'assurant qu'ils ne sont pas déraisonnables ou contraires à une exigence des accords commerciaux. Dans la mesure où la solution proposée par Accipiter ne correspondait pas à ce qui était expressément indiqué dans les critères, il incombait à Accipiter de demander des précisions avant de présenter sa soumission pour savoir si une telle solution serait acceptable comme équivalent fonctionnel. Accipiter a plutôt choisi de présenter une soumission qui différait de ce qui était expressément exigé dans la DP, en supposant que TPSGC accepterait un équivalent fonctionnel de l'exigence.

Exigence n° 2

82. Accipiter soutient que sa solution proposée en réponse aux critères pertinents aurait dû être conforme, même si elle ne respectait pas l'un des paramètres (comme il est indiqué dans la lettre d'annulation). Selon Accipiter, TPSGC a appliqué les critères d'une façon qui ne tenait pas compte de la configuration particulière de sa solution proposée⁶⁶. Selon les éléments de preuve, lesquels confirment que la soumission d'Accipiter ne répondait pas aux critères, le Tribunal conclut que, dans son ensemble, la détermination de la non-conformité est raisonnable⁶⁷. Cela dit, la question n'a plus qu'un intérêt théorique puisque l'invitation à soumissionner a été annulée par TPSGC et que le besoin fera l'objet d'un nouvel appel d'offres. Dans cette optique, le Tribunal souligne que l'annulation d'une invitation à soumissionner en raison de caractéristiques techniques inadéquates préserve l'intégrité du processus d'appel d'offres et, de ce fait, est jugée valide, sauf si le refus de toutes les offres est abusif et fondé sur des considérations non pertinentes⁶⁸. Selon le Tribunal, aucun élément de preuve ne permet de croire que l'invitation à soumissionner a été annulée à des fins indues.

Exigence n° 3

83. Accipiter soutient que la conclusion de non-conformité de TPSGC (comme il est indiqué dans la lettre d'annulation) est fondée sur une mauvaise interprétation de certaines valeurs présentées dans sa soumission⁶⁹. Pour sa part, TPSGC affirme que son interprétation des valeurs de la soumission d'Accipiter est attribuable à la façon dont cette dernière a présenté l'information⁷⁰.

62. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 111; pièce PR-2018-049-30A, vol. 2 (protégée) aux par. 83-87.

63. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 116-126.

64. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 à la p. 38.

65. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 121.

66. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 40, 132, 136.

67. Pièce PR-2018-049-01A, vol. 2 (protégée) à la p. 2083; pièce 13A, vol. 2 aux p. 220-221, 1055-1059.

68. *Glenview Corp v. Canada*, [1990], F.C.J. No. 480.

69. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 152-156, 160-162.

70. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux par. 121-123.

84. Le Tribunal conclut que l'interprétation des données par TPSGC est raisonnable compte tenu de la façon dont l'information était présentée dans la soumission d'Accipiter; la façon dont Accipiter a utilisé les termes de la DP portait à confusion ou était erronée⁷¹. Affirmer que TPSGC aurait dû déceler les anomalies équivaudrait à décharger injustement Accipiter de sa responsabilité d'expliquer clairement de quelle façon sa soumission respectait les exigences applicables.

Exigence n° 4

85. Accipiter soutient que sa solution proposée en réponse aux critères applicables aurait dû être jugée conforme et que la détermination de TPSGC était fondée sur une mauvaise application des critères. Les évaluateurs ont considéré à tort qu'une composante particulière faisait partie du système pour lequel les critères s'appliquaient⁷². Quant à TPSGC, il justifie son évaluation en s'appuyant sur les motifs figurant dans ses observations, notamment le principe selon lequel les soumissionnaires ne peuvent pas se montrer *sélectifs* relativement à la façon dont les critères sont appliqués⁷³.

86. Selon le Tribunal, la DP présentait des paramètres précis pour ce besoin. La DP ne prévoyait aucune exception aux paramètres à respecter. Dans la mesure où Accipiter a décidé de présenter une solution non conforme au libellé de la DP⁷⁴, il lui incombait de demander des précisions avant de présenter sa soumission. Par conséquent, le Tribunal conclut que TPSGC a raisonnablement déterminé que la soumission d'Accipiter n'était pas conforme; Accipiter a mal appliqué les critères. Selon les éléments de preuve, des paramètres ont été omis dans la soumission d'Accipiter et d'autres ne respectaient pas les critères⁷⁵.

II. Annulation de l'invitation à soumissionner

87. Accipiter fait valoir que TPSGC a contrevenu au paragraphe 503(2) de l'ALEC en annulant le processus de passation du marché public, car il n'a pas attribué le contrat au soumissionnaire le moins-disant dont la soumission respectait les exigences publiées et appliquées de façon équitable et raisonnable. Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut qu'Accipiter n'a pas respecté les exigences obligatoires pertinentes, que TPSGC a appliquées de façon raisonnable. TPSGC n'a donc pas contrevenu au paragraphe 503(2). À ce titre, ce motif de plainte n'est pas fondé.

III. Demandes de précisions et processus de conformité des soumissions en phases

88. Les demandes de précisions présentées avant la remise du REC sont celles qui sont pertinentes en l'espèce.

89. D'après TPSGC, les demandes de précisions visaient à apporter des éclaircissements aux éléments ambigus d'une soumission et non pas à déterminer la conformité aux critères techniques obligatoires. L'avis de non-conformité devait être produit durant la phase II lors de la remise du REC. TPSGC soutient que les demandes de précisions étaient propres à chaque soumission; les soumissionnaires ne recevaient donc pas la même demande de précisions. En effet, les demandes de précisions devaient nécessairement être différentes,

71. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 154-155.

72. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 170-183.

73. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux par. 131-136; pièce PR-2018-049-15A, vol. 1 au par. 131.

74. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) aux par. 172-174; pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) au par. 133.

75. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) à la p. 223; RIF à la p. 133.

car elles étaient fondées sur la nature des soumissions comme telle⁷⁶. Pour ce qui est des REC, TPSGC fait valoir qu'ils étaient propres à chaque soumissionnaire, car ils énonçaient les exigences que chacune des soumissions ne respectait pas, selon les évaluateurs. Cependant, la forme et la portée de l'information fournie à chaque soumissionnaire étaient les mêmes. Comme aucune autre information n'était fournie dans les REC, TPSGC maintient que tous les soumissionnaires ont reçu un traitement équitable.

90. Pour sa part, Accipiter soutient que la conduite de TPSGC allait à l'encontre de l'objet des demandes de précisions, comme le décrit TPSGC dans le RIF. Par ailleurs, selon Accipiter, les demandes de précisions à son intention étaient différentes de celles fournies aux autres soumissionnaires, lesquelles renfermaient « beaucoup plus d'information et de détails »⁷⁷ [traduction]. Les demandes de précisions informaient les soumissionnaires des éléments non conformes de leur soumission. Accipiter indique que les demandes de précisions qu'elle a reçues le 13 juin 2018 se limitaient à des questions techniques concernant la structure de sa soumission telles que les éléments inclus dans la proposition de prix d'Accipiter, les hypothèses relativement à l'Énoncé des travaux (EDT), l'antenne proposée pour un emplacement particulier et la réponse qui avait la priorité en cas de conflit⁷⁸. Il n'y avait aucune mention des éléments qui auraient pu ne pas respecter les critères obligatoires⁷⁹. Selon Accipiter, comme elle n'a pas eu l'occasion de se pencher précisément sur ces questions, elle n'a pas pu fournir à TPSGC les renseignements nécessaires pour déterminer si sa soumission était effectivement conforme. À cet égard, Accipiter fait valoir qu'elle a fait l'objet de discrimination, car, les demandes de précisions ou le REC à son intention différaient de ceux des autres soumissionnaires.

91. Le Tribunal partage cet avis. D'après l'examen des éléments de preuve dont il dispose, le Tribunal conclut qu'il existe des différences à première vue entre les demandes de précisions à l'intention d'Accipiter et celles reçues par les autres soumissionnaires, tant sur le fond que sur la forme. Cependant, selon Tribunal, le REC remis à tous les soumissionnaires durant la phase II de l'évaluation était semblable quant à la forme et au fond (c'est-à-dire que chaque REC renfermait une liste des exigences que la soumission ne respectait pas, selon TPSGC). Par conséquent, la question de l'équité s'applique aux demandes de précisions, mais pas aux REC mêmes.

92. La principale question pour le Tribunal est donc de déterminer si les différences à première vue entre les demandes de précisions constituent une violation des dispositions applicables de l'ALEC⁸⁰. Pour ce faire, le Tribunal doit d'abord déterminer si les demandes de précisions étaient véritablement propres à chacune des autres soumissions, c'est-à-dire celles des soumissionnaires B et C. Dans la mesure où les demandes de précisions étaient propres à ces soumissions, il est moins probable que la conduite de TPSGC soulève des questions d'équité. Cependant, si ces demandes visaient effectivement des questions qui étaient également pertinentes au contenu de la soumission d'Accipiter, et qu'Accipiter n'a pas reçu les mêmes demandes de précisions, les autres soumissionnaires ont bénéficié d'un avantage concurrentiel. Ce préjudice ne se limite pas au fait qu'Accipiter n'a pas eu la possibilité de répondre aux demandes de précision, mais aussi à sa capacité de répondre au REC d'une manière plus efficace, en s'inspirant des difficultés auxquelles s'est heurté TPSGC en déterminant la conformité au moyen de demandes de précisions. Le Tribunal

76. Pièce PR-2018-049-015A, vol. 1 aux p. 22, 25, 49, 50.

77. Pièce PR-2018-049-16, vol. 1 à la p. 4.

78. Pièce PR-2018-049-01C, vol. 1 à la p. 38.

79. Pièce PR-2018-049-30, vol. 1 au par. 11.

80. Le Tribunal a déjà affirmé que « l'une des pierres angulaires de l'application d'une procédure de passation des marchés juste et transparente visée par les accords commerciaux est la communication équitable des renseignements importants à tous les fournisseurs potentiels ». Voir *Partnering & Procurement Inc. c. Ministère de l'Environnement* (24 août 2006), PR-2006-015 (TCCE) au par. 40. Accipiter soutient qu'une procédure de passation de marché public équitable nécessite le même niveau de renseignements pour toutes les parties en ce qui concerne leur soumission pour leur permettre de répondre.

constate que ce n'était peut-être pas l'intention ou l'objet des demandes de précisions, mais la façon dont elles ont été rédigées a néanmoins permis aux autres soumissionnaires de connaître précisément les éléments ayant une incidence sur la conformité de leur soumission.

93. Afin de protéger les renseignements confidentiels, le Tribunal traitera de façon générale des différences entre les demandes de précisions, établies par les éléments de preuve.

Les demandes de précisions visaient-elles des éléments propres aux soumissions?

94. Pour déterminer si les questions de clarification posées par TPSGC aux autres soumissionnaires découlaient d'éléments propres à chacune de leur soumission ou si ces éléments étaient aussi pertinents à la proposition d'Accipiter, le Tribunal a d'abord évalué les raisons pour lesquelles TPSGC avait demandé des précisions aux autres soumissionnaires. Le Tribunal a donc examiné les soumissions techniques, les notes d'évaluation, les demandes de précisions transmises aux soumissionnaires B et C et les réponses reçues de ces derniers, puis il a comparé ces éléments de preuves avec les éléments correspondants de la soumission d'Accipiter. Pour que l'examen soit aussi précis que possible, le Tribunal a limité sa comparaison des éléments de preuve en se fondant sur les mêmes critères pour chacune des exigences n^{os} 1 à 4, le cas échéant.

95. D'après son examen des éléments de preuve, le Tribunal conclut que les demandes de précisions que TPSGC a présentées aux autres soumissionnaires portaient, en partie, sur des éléments semblables à ceux que TPSGC avait recensés dans la soumission d'Accipiter⁸¹. Parmi ces éléments, mentionnons l'absence ou l'insuffisance d'information dans les soumissions pour déterminer la conformité à des critères précis; dans certains cas, il manquait aussi des renseignements semblables dans la soumission d'Accipiter. Bien que des demandes de précisions sur ces éléments aient été fournies aux autres soumissionnaires, des questions de nature similaire concernant des éléments semblables *n'ont pas* été fournies à Accipiter.

96. De plus, lors de l'évaluation de la soumission d'Accipiter relativement à l'exigence n^o 1, les évaluateurs ont relevé certaines questions à des fins de clarification, mais celles-ci ne figuraient pas dans la correspondance envoyée à Accipiter le 13 juin 2018⁸². TPSGC n'a pas expliqué pourquoi il n'a pas présenté ces demandes de précisions à Accipiter⁸³.

97. En résumé, en se fondant sur sa comparaison de l'évaluation des parties pertinentes de la soumission d'Accipiter et de celles des autres soumissions, le Tribunal ne peut que conclure que les demandes de précisions présentées aux autres soumissionnaires ne portaient pas, selon toute vraisemblance, sur des éléments propres à leurs offres.

En quoi consiste le préjudice subi par Accipiter?

98. Selon le Tribunal, Accipiter a subi un préjudice en raison de la façon dont TPSGC a demandé, ou n'a pas demandé, des précisions aux soumissionnaires. Le Tribunal reconnaît que, dans le cadre de la procédure, Accipiter n'a pas eu la même opportunité que les autres soumissionnaires de corriger les éléments non conformes. Selon les éléments de preuve, TPSGC a permis aux autres soumissionnaires, avant la remise du REC, de corriger les éléments précis qui auraient pu avoir une incidence sur l'évaluation de la conformité des évaluateurs. Accipiter n'a pas eu cette même opportunité.

81. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux p. 193-200, 220-221, 261, 274, 275; pièce PR-2018-049-13B, vol. 2 (protégée) aux p. 13, 14, 16. Pour ce qui est des autres soumissions, les notes d'évaluations suivantes présentent les questions recensées qui étaient similaires à celles de la soumission d'Accipiter : pièce PR-2018-049-32A, vol. 2 (protégée) aux p. 6-8, 11-13, 16-18, 122-126, 128.

82. Pièce PR-2018-049-13A, vol. 2 (protégée) aux p. 193-199.

83. Pièce PR-2018-049-34, vol. 1 à la p. 1.

99. TPSGC n'avait pas l'obligation de demander des précisions aux soumissionnaires au sujet de l'information présentée dans leurs soumissions ni d'informer les soumissionnaires des questions liées aux éléments non conformes de leurs soumissions. Toutefois, lorsqu'il a choisi de s'engager dans ce processus, en présentant des demandes de précisions avant la remise du REC, TPSGC était tenu de le faire d'une façon raisonnable, juste et équitable⁸⁴.

100. Par ailleurs, comme le REC d'Accipiter ne faisait mention d'aucun critère précis pour lequel la soumission n'était pas recevable, Accipiter n'a pas été en mesure de remédier aux éléments recensés par les évaluateurs avec le même degré de précision que les autres soumissionnaires, ni avant ni après la remise du REC. Le Tribunal conclut que le manque d'information dans les demandes de précisions de TPSGC à l'intention d'Accipiter était directement lié à la question de savoir si Accipiter avait eu la même possibilité de consulter de nouveau son fournisseur.

101. Cela dit, même si Accipiter a subi un préjudice en raison de la façon dont TPSGC a demandé des précisions sur l'information figurant dans les soumissions, les éléments de preuve ne permettent pas d'établir que, si Accipiter avait été traitée comme les autres soumissionnaires avant ou après la remise du REC, sa soumission aurait été jugée conforme. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a examiné les réponses que d'autres soumissionnaires ont présentées aux demandes de précisions de TPSGC et l'incidence de ces réponses, le cas échéant, sur l'évaluation par TPSGC de la conformité de ces soumissions. Selon le Tribunal, ces réponses ne permettent pas de démontrer, dans une mesure suffisante, que l'offre d'Accipiter, si elle avait présenté des renseignements similaires, aurait été jugée conforme⁸⁵. Les réponses étaient propres à la solution proposée par chaque soumissionnaire et ne traitaient pas de tous les éléments non conformes de la soumission d'Accipiter⁸⁶. De plus, ce serait spéculer que de déterminer la conformité de la soumission en fonction de l'information qui, selon Accipiter, aurait été présentée à TPSGC si elle avait reçu des demandes de précisions plus détaillées⁸⁷.

IV. Partialité

102. Compte tenu du préjudice subi par Accipiter durant le processus de l'invitation à soumissionner, comme indiqué ci-dessus, le Tribunal conclut qu'il existe une crainte raisonnable de partialité⁸⁸.

84. Le Tribunal a indiqué auparavant que, si les évaluateurs choisissent de vérifier les renseignements fournis par un soumissionnaire, comme le permettent les *Instructions uniformisées*, ils doivent le faire de façon raisonnable. Voir *Deloitte Inc. c. Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux* (10 juin 2015), PR-2014-055 (TCCE) au par. 60; *CAE Inc. c. Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux* (26 août 2014), PR-2014-007 (TCCE) au par. 80.

85. Pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 58; pièce PR-2018-049-33A, vol. 2 (protégée) au par. 17.

86. Plus précisément, les renseignements figurant à la pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 58 n'auraient pas pleinement abordé les éléments recensés relativement à l'exigence n° 1.

87. Par exemple, la pièce PR-2018-049-01D, vol. 2 (protégée) au par. 190; la pièce PR-2018-049-30A, vol. 2 (protégée), au par. 113.

88. Le Tribunal a indiqué précédemment que pour permettre l'annulation d'une décision, la loi exige normalement seulement que soit établie l'existence d'une crainte raisonnable de partialité afin de pouvoir contester la validité de la mesure administrative à laquelle l'obligation d'agir avec équité s'applique. Voir *CGI Information and Management Systems Consultants Inc. c. Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (14 octobre 2014), PR-2014-016 et PR-2014-021 (TCCE), au par. 161. Comme il est indiqué dans *Cougar Aviation (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)* (28 novembre 2000), A-421-99 (C.A.F.) [*Cougar Aviation*], « [I] 'insistance sur cette norme plus exigeante contribue à augmenter la confiance du public envers le processus décisionnel public et, partant, à renforcer la légitimité de ce dernier ».

103. Pour déterminer si les circonstances de l'espèce ont donné lieu à une crainte raisonnable de partialité, le Tribunal a appliqué le critère de la « personne bien renseignée » établi par le juge de Grandpré dans son opinion dissidente dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*⁸⁹, confirmée par la Cour suprême du Canada dans *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*⁹⁰, laquelle opinion dissidente porte ce qui suit :

[À] quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [cette personne], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

104. Ce qui constitue une crainte raisonnable de partialité varie au regard des faits et des circonstances propres au cas examiné. Comme pour tout motif de plainte, des éléments de preuve doivent permettre d'appuyer cette allégation⁹¹. Par ailleurs, en général, le Tribunal « présume de la bonne foi et de l'honnêteté aussi bien des soumissionnaires que des fonctionnaires chargés d'évaluer leur soumission »⁹².

105. À cet égard, le Tribunal doit examiner s'il existe une crainte raisonnable de partialité en l'espèce en se fondant sur les facteurs décrits par Accipiter. Selon Accipiter, chacun de ces facteurs, pris seuls, ne permet pas de démontrer la partialité; il convient plutôt d'examiner leur effet cumulatif. TPSGC soutient que les allégations de partialité d'Accipiter ne sont pas fondées.

106. Accipiter signale plusieurs indices de partialité, notamment la façon dont TPSGC a établi les modalités de la DP concernant l'attestation du contenu canadien, une modification à la DP qui a créé une nouvelle exigence (l'interface de protocole Inter VTS Exchange Format), l'approche différentielle utilisée pour évaluer la soumission d'Accipiter et présenter des demandes de précisions aux soumissionnaires, ainsi que l'établissement d'une nouvelle DP. Le Tribunal conclut que la conduite de TPSGC a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité uniquement dans la façon dont il a présenté les demandes de précisions aux soumissionnaires B et C avant la remise du REC.

107. En ce qui concerne les demandes de précisions présentées aux soumissionnaires B et C, Accipiter a été traitée différemment, tant pour ce qui est du fond que de la forme des questions. Par conséquent, aucune information pertinente n'a été fournie à Accipiter sur les éléments non conformes de sa soumission. Entre-temps, les autres soumissionnaires ont reçu cette information à divers degrés, ce qui leur a donné un avantage pendant le processus d'invitation à soumissionner. De plus, ils ont été autorisés à fournir des renseignements en répondant aux demandes de précisions pour l'évaluation, en dehors du cadre de règles établi par la DP⁹³; ces règles limitaient expressément la présentation de renseignements différents ou supplémentaires à la phase II du processus d'évaluation.

108. À cet égard, le Tribunal estime qu'il est approprié de tirer des conclusions défavorables en ce qui a trait au manque d'explication de TPSGC quant aux incohérences exposées ci-dessus⁹⁴.

89. [1978] 1 RCS 369, 1976.

90. [2003] 1 RCS 884, 2003 CSC 36 (CanLII) au par. 17.

91. *Renaissance Aeronautics Associates Inc. (s/n Advanced Composites Training) c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (28 mai 2017), PR-2017-063 (TCCE) au par. 38; *Tyr Tactical Canada, ULC* (16 mai 2016), PR-2016-006 (TCCE) au par. 26.

92. *MasterBedroom Inc.* (28 juin 2017), PR-2017-017 (TCCE) au par. 12; *GESFORM International* (26 mai 2014), PR-2014-012 (TCCE) aux par. 15-16.

93. Par exemple, voir pièce PR-2018-049-32A, vol. 2 (protégée) aux p. 19, 74, 76, 79, 101, 103.

94. *Les Systèmes Equinox Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (12 mars 2009) PR-2006-045R (TCCE) au par. 74. Les conclusions défavorables du Tribunal ont été confirmées par la Cour d'appel fédérale. Voir *Procureur général du Canada c. Les Systèmes Equinox Inc.*, 2009 CAF 304, au par. 3.

109. Le Tribunal, en appliquant le critère qui consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, estime que la conduite de TPSGC, comme exposé ci-dessus, donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte est fondé.

CONCLUSION

110. Compte tenu de ce qui précède, conformément au paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal conclut que la plainte est fondée en partie. Plus précisément, TPSGC a enfreint l'article 502 et le paragraphe 515(1) de l'ALEC en demandant des précisions au sujet des soumissions d'une manière préjudiciable à Accipiter et en menant le processus d'invitation à soumissionner d'une façon qui a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité.

MESURE CORRECTIVE

111. Comme la plainte est fondée en partie, le Tribunal doit déterminer la mesure corrective appropriée, conformément aux paragraphes 30.15(2) à 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*. Pour sa part, TPSGC soutient qu'aucune mesure corrective ne doit être accordée puisqu'il a annulé l'invitation à soumissionner et qu'il procédera à un nouvel appel d'offres pour répondre au besoin en apportant des modifications qui visent, entre autres, les questions soulevées précisément par Accipiter. À ce titre, Accipiter a déjà obtenu la mesure corrective appropriée.

112. Dans sa décision sur la mesure corrective appropriée, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché en question, notamment les suivants :

- 1) la gravité des irrégularités qu'il a constatées;
- 2) l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé;
- 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité et à l'efficacité du mécanisme d'adjudication;
- 4) la bonne foi des parties;
- 5) le degré d'exécution du contrat.

113. Selon le Tribunal, les lacunes étaient graves. Au lieu d'assurer l'uniformité des règles du jeu, les communications confidentielles de TPSGC avec les soumissionnaires B et C pendant le processus d'invitation à soumissionner (en particulier dans le cadre des demandes de précisions préalables au REC) ont permis à ces soumissionnaires de profiter d'un avantage important sur Accipiter. En demandant des précisions, il semble que TPSGC ne se soit pas assuré que l'information divulguée à un soumissionnaire ne portait pas préjudice à un autre.

114. Comme mentionné ci-dessus, la façon dont TPSGC a contrevenu à l'accord commercial a causé un préjudice à Accipiter. Le manque d'information concernant sa soumission et les éléments non conformes ont empêché Accipiter de pouvoir elle aussi répondre de façon efficace et efficiente au REC, ce qui était la seule occasion pour elle de donner suite à toute correspondance de TPSGC relative à sa non-conformité.

115. Le Tribunal conclut également que la conduite de TPSGC a miné l'intégrité et l'efficacité de la procédure de passation du marché public. Les demandes de précisions de TPSGC ont fait en sorte que, avant la remise du REC, des soumissionnaires étaient en meilleure position pour corriger des éléments précis qui auraient une incidence sur leur évaluation de conformité. Par conséquent, TPSGC n'était pas en mesure de s'assurer que la prochaine phase du processus d'invitation à soumissionner permette un

traitement juste et équitable de tous les soumissionnaires. Comme le Tribunal a conclu que la conduite de TPSGC a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité, il exhorte TPSGC à réfléchir soigneusement à la façon dont sera exécuté le prochain processus d'invitation à soumissionner.

116. Pour ce qui est de savoir si les parties ont agi de bonne foi, le Tribunal ne dispose pas de suffisamment de preuves pour établir l'intention malveillante de TPSGC.

117. Tenant pour acquis qu'elle avait présenté la soumission recevable dont le prix évalué était le plus bas et qu'elle était la seule parmi les fournisseurs non éliminés à détenir une attestation valide de contenu canadien, Accipiter soutient que la mesure corrective appropriée serait que le Tribunal recommande que le contrat lui soit attribué. Compte tenu des motifs susmentionnés, le Tribunal a déterminé que, pour chacune des exigences auxquelles Accipiter ne s'est pas conformée, l'évaluation de sa soumission par TPSGC était raisonnable dans l'ensemble. De ce fait, le Tribunal ne peut pas recommander que le contrat soit attribué à Accipiter.

118. Comme solution de rechange à l'attribution du contrat, Accipiter demande au Tribunal de recommander qu'elle soit indemnisée pour les coûts raisonnables de préparation des soumissions, conformément au paragraphe 30.15(4) de la *Loi sur le TCCE*. Selon le Tribunal, il ne serait pas approprié d'accorder des frais pour la préparation des soumissions dans les circonstances, car, selon lui, TPSGC a raisonnablement déterminé que la soumission d'Accipiter était non conforme aux exigences obligatoires. De plus, comme le besoin fera l'objet d'un nouvel appel d'offres, Accipiter pourra remédier aux lacunes de sa soumission précédente⁹⁵.

119. Cependant, comme TPSGC a sérieusement miné l'intégrité et l'efficacité de la procédure de passation du marché public, le Tribunal conclut que la mesure corrective appropriée dans les circonstances est d'indemniser Accipiter à hauteur de la somme correspondant aux frais engagés pour répondre au REC du 18 juin 2018, y compris la réponse supplémentaire présentée à TPSGC le 8 septembre 2018. Cette mesure corrective permet d'indemniser Accipiter pour le désavantage subi durant la Phase II du processus de conformité.

FRAIS

120. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, les frais relatifs à une enquête – même provisionnels – sont laissés à l'appréciation du Tribunal.

121. Pour déterminer le montant de l'indemnité en l'espèce, le Tribunal s'est fondé sur sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui prévoit trois critères pour évaluer le degré de complexité d'une cause : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

122. En l'espèce, la procédure de passation du marché public, la plainte et l'instance étaient complexes. Les exigences obligatoires pertinentes à la plainte étaient très techniques, ce qui a donné lieu à une DP s'étalant sur une longue période, et des présentations détaillées étaient nécessaires pour expliquer les exigences techniques, la soumission proposée et les éléments problématiques recensés lors de l'évaluation de la soumission d'Accipiter. En outre, il y avait plusieurs composantes à la procédure de passation du marché public, ce qui a accru sa complexité, notamment les modalités relatives à l'attestation du contenu

95. Des motifs semblables ont été avancés pour refuser d'accorder des frais pour la préparation des soumissions dans *Dynamic Engineering Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (16 mai 2018), PR-2017-060 (TCCE) au par. 55.

canadien et le processus de conformité en phases. Le volume des observations et la mesure dans laquelle elles ont été qualifiées confidentielles ont aussi contribué à la complexité de la plainte, car le Tribunal a dû prendre de grandes précautions pour la présentation des motifs publics. Par ailleurs, les éléments de preuve et les observations concernant les divers motifs de plainte étaient étroitement liés. L'un des motifs de plainte a exigé la production et l'examen de nombreux documents relatifs aux propositions des autres soumissionnaires. Le Tribunal a également eu à traiter de nombreux échanges avec et entre les parties au cours de l'enquête de 135 jours.

123. Par conséquent, et comme la plainte est fondée en partie, le Tribunal accorde à Accipiter une indemnisation à hauteur des frais raisonnablement engagés pour la préparation et la présentation de la présente plainte. Compte tenu du degré de complexité de l'instance et de la plainte, l'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 3 et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 4 700 \$.

DÉCISION

124. Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte est fondée en partie.

125. Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC accorde à Accipiter le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour répondre au rapport d'évaluation de la conformité qui lui a été transmis le 18 juin 2018, ainsi que pour préparer sa réponse complémentaire transmise à TPSGC le 8 septembre 2018.

126. Si les parties sont incapables de s'entendre à l'égard du montant de l'indemnité, Accipiter déposera auprès du Tribunal, dans les 40 jours suivant la date de la présente décision, un mémoire sur la question de l'indemnité. TPSGC disposera ensuite de sept jours ouvrables après la réception du mémoire d'Accipiter pour déposer un mémoire en réponse. Accipiter disposera ensuite de cinq jours ouvrables après la réception du mémoire de TPSGC pour déposer des observations supplémentaires. Chaque partie doit faire parvenir simultanément tous les documents susmentionnés à la partie adverse ainsi qu'au Tribunal.

127. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Accipiter le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte, ces frais devant être payés par TPSGC. En conformité avec la *Ligne directrice*, le degré de complexité de la présente plainte déterminé provisoirement par le Tribunal est le degré 3, et le montant provisoire de l'indemnité est de 4 700 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à la détermination provisoire du degré de complexité ou du montant provisoire de l'indemnité, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal, en conformité avec l'article 4.2 de la *Ligne directrice*. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Ann Penner

Ann Penner

Membre président

ANNEXE I

Dispositions de l'ALEC pertinentes en l'espèce :

Article 502 : Principes généraux

1. Chaque Partie accorde un accès ouvert, transparent et non discriminatoire aux marchés couverts de ses entités contractantes.
2. En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés couverts, chaque Partie accorde :
 - a) aux produits et aux services de toute autre Partie, y compris aux produits et aux services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres produits et services;
 - b) aux fournisseurs de produits et de services de toute autre Partie, y compris les produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres fournisseurs de tels produits et services.
3. En ce qui concerne le gouvernement du Canada, le paragraphe 2 signifie que celui-ci n'établit pas de discrimination :
 - a) entre les produits ou services d'une Province ou d'une région particulière, y compris les produits et services inclus dans les marchés de construction, et les produits ou services de toute autre Province ou région;
 - b) entre les fournisseurs de tels produits ou services d'une Province ou d'une région particulière et les fournisseurs de toute autre Province ou région.

Article 503 : Règles générales concernant les marchés publics

[...]

2. Une entité contractante n'utilise pas d'options, n'annule pas de marché ni ne modifie un marché adjugé de manière à contourner les obligations prévues au présent chapitre.

[...]

Article 507 : Conditions de participation

[...]

3. Pour déterminer si un fournisseur satisfait aux conditions de participation, une entité contractante :

[...]

- b) d'autre part, effectue son évaluation sur la base des conditions qu'elle a spécifiées à l'avance dans ses avis d'appel d'offres ou sa documentation relative à l'appel d'offres.

[...]

Article 509 : Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres

Spécifications techniques

1. Une entité contractante n'établit, n'adopte ni n'applique de spécifications techniques ni ne prescrit de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.

[...]

Article 515 : Traitement des soumissions et adjudication des marchés

Traitement des soumissions

1. Une entité contractante reçoit, ouvre et traite toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés, ainsi que la confidentialité des soumissions.

[...]

Évaluation et adjudication des marchés

4. Pour être considérée en vue d'une adjudication, une soumission est présentée par écrit et, au moment de son ouverture, est conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans les avis d'appel d'offres et dans la documentation relative à l'appel d'offres, et émane d'un fournisseur satisfaisant aux conditions de participation.
5. À moins qu'elle ne détermine qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'adjuger un marché, l'entité contractante adjuge le marché au fournisseur dont elle a déterminé qu'il est capable de satisfaire aux modalités du marché et qui, uniquement sur la base des critères d'évaluation spécifiés dans les avis d'appel d'offres et la documentation relative à l'appel d'offres, a présenté :
 - a) soit la soumission la plus avantageuse;
 - b) soit, si le prix est le seul critère, le prix le plus bas.

[...]