



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n^{os} PR-2020-038,
PR-2020-044 et PR-2020-056

Marine Recycling Corporation
et Canadian Maritime
Engineering Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le vendredi 22 janvier 2021*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DES PLAINTES.....	1
CONTEXTE DU MARCHÉ PUBLIC.....	2
Processus de DP	2
Procédure de traitement des plaintes	3
QUESTION PRÉLIMINAIRE.....	5
RIF de TPSGC	5
ANALYSE.....	6
Résiliation du contrat et lancement d'un nouvel appel d'offres.....	7
Motifs de plainte relatifs à l'évaluation.....	15
MESURE CORRECTIVE	26
FRAIS	28
DÉCISION	28
POST-SCRIPTUM	29
ANNEXE I	32

EU ÉGARD À une plainte déposée par Marine Recycling Corporation et Canadian Maritime Engineering Ltd. 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**MARINE RECYCLING CORPORATION****Partie plaignante****ET****CANADIAN MARITIME ENGINEERING LTD.****Partie 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 (Loi sur le TCCE)*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que les plaintes sont fondées en partie.

Aux termes des paragraphes 30.14(2) et 30.14(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) évalue à nouveau toutes les soumissions étudiées à la phase III du processus d'évaluation des soumissions par étapes, à la lumière des critères techniques obligatoires M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10 seulement, en application des directives du Tribunal énoncées dans les motifs de la présente décision. La nouvelle évaluation devra s'effectuer dans les meilleurs délais et, au plus tard, six mois suivant la date de la présente décision.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Marine Recycling Corporation une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa plainte (dossier n° PR-2020-038) et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public (Ligne directrice)*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité de la plainte ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer 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.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à Canadian Maritime Engineering Ltd. une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de ses plaintes

(dossiers n^{os} PR-2020-044 et PR-2020-056) et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de ces plaintes, traitées ensemble, correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité des plaintes ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer 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.

Cheryl Beckett

Cheryl Beckett

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membres du Tribunal :	Cheryl Beckett, membre président
Conseillers juridiques du Tribunal :	Helen Byon, conseillère juridique principale Zackery Shaver, conseiller juridique
Partie plaignante :	Marine Recycling Corporation
Conseillers juridiques de la partie plaignante :	Vince DeRose Stephanie Desjardins
Partie plaignante :	Canadian Maritime Engineering Ltd.
Conseillers juridiques de la partie plaignante :	Seamus Ryder Eric Machum
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillers juridiques de l'institution fédérale :	Manou Ranaivoson Roy Chamoun Peter Osborne Brendan Morrison Margaret Robbins Jenn Power

Veillez adresser toutes les communications à :

La greffière adjointe
Téléphone : 613-993-3595
Courriel : tcce-citt@tribunal.gc.ca

EXPOSÉ DES MOTIFS

[1] La présente enquête porte sur une demande de propositions (invitation n° F7044-200238/A) (DP) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère des Pêches et des Océans concernant l'élimination de l'ancien NGCC *W.E. Ricker*. Trois plaintes visant cette DP ont été déposées. La première plainte a été déposée par Marine Recycling Corporation (MRC) le 9 septembre 2020 (dossier n° PR-2020-038). Les deux autres plaintes ont été déposées par Canadian Maritime Engineering Ltd. (CME) le 17 septembre 2020 (dossier n° PR-2020-044) et les 21 et 22 octobre 2020 (dossier n° PR-2020-056). Ainsi qu'il est décrit ci-après, les trois plaintes ont fait l'objet d'une jonction des procédures.

[2] Le Tribunal a accepté d'enquêter sur les plaintes 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 des plaintes conformément aux articles 30.14 et 30.15 de la *Loi sur le TCCE*. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que les plaintes sont fondées en partie.

RÉSUMÉ DES PLAINTES

[4] Dans sa plainte dans le dossier n° PR-2020-038, MRC allègue que TPSGC a manqué à ses obligations aux termes de l'Accord de libre-échange canadien³ dans son évaluation des exigences cotées M.2.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10. MRC soutient que les évaluateurs se sont appuyés sur des critères non divulgués, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux figurant dans la soumission de MRC ou n'ont pas évalué sa soumission conformément aux critères publiés. MRC prétend que le contrat ne lui a pas été octroyé en raison de ces erreurs. En outre, MRC soutient qu'en annulant le processus d'appel d'offres, TPSGC a enfreint les règles de l'ALEC.

[5] Dans sa plainte dans le dossier n° PR-2020-044, CME allègue que TPSGC a contrevenu aux règles de l'ALEC en annulant de façon irrégulière le contrat qui lui avait été attribué de même que l'appel d'offres. CME soutient également que TPSGC ne s'est pas conformé aux modalités de l'ALEC en divulguant le prix offert et sa note technique, ce qui lui causera un préjudice dans le cadre du nouvel appel d'offres.

[6] Dans sa plainte dans le dossier n° PR-2020-056, CME allègue que TPSGC a manqué à ses obligations aux termes de l'ALEC dans son évaluation des exigences cotées M.2.3.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10. À l'instar de MRC, CME soutient que les évaluateurs se sont appuyés sur des critères non divulgués, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux figurant dans sa soumission ou n'ont pas évalué sa soumission conformément aux critères publiés.

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

² DORS/93-602 [*Règlement*].

³ Accord de libre-échange canadien, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2020/04/CFTA-Consolidated-Text-Final-French_April-24-2020.pdf> (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017) [ALEC].

[7] CME et MRC affirment toutes deux que le contrat en cause devrait leur être octroyé, chacune affirmant qu'elle aurait obtenu la note combinée la plus élevée n'eût été les erreurs commises dans l'évaluation. Les deux parties soutiennent également que le lancement d'un nouvel appel d'offres leur causera un préjudice. À titre subsidiaire, MRC et CME affirment que les soumissions devraient faire l'objet d'une réévaluation conformément aux modalités de la DP. Dans l'éventualité où le Tribunal recommanderait la publication d'un nouvel appel d'offres, MRC soutient que les deux parties devraient recevoir une indemnité en reconnaissance de l'occasion manquée (c'est-à-dire une indemnité correspondant à 50 p. 100 des profits perdus au titre du contrat). CME demande également qu'on lui verse une indemnité pour perte de profits et qu'on lui rembourse les frais de préparation de sa soumission de même que les frais associés à la présentation d'une réponse dans le cadre d'un futur appel d'offres. MRC et CME demandent chacune le remboursement des frais relatifs à la procédure engagée.

[8] TPSGC soutient qu'aucune des mesures de réparation demandées par MRC ou CME n'est indiquée compte tenu de la résiliation du contrat et de la nouvelle DP à venir.

CONTEXTE DU MARCHÉ PUBLIC

Processus de DP

[9] TPSGC a publié la DP le 22 avril 2020⁴, et celle-ci a fait l'objet de six modifications⁵. La date de clôture a été repoussée au 25 juin 2020, conformément à la modification n° 005⁶. TPSGC a reçu cinq soumissions.

[10] La DP prévoyait un processus d'évaluation des soumissions par étapes. À la phase I, les soumissions faisaient l'objet d'un examen visant à déterminer s'il manquait des renseignements dans la soumission financière. Les soumissionnaires avaient l'occasion de remédier aux lacunes relevées par TPSGC. La phase II se limitait à un examen de la soumission technique qui visait à vérifier si toutes les exigences obligatoires d'admissibilité avaient été respectées. Si le soumissionnaire avait omis de répondre à certaines de ces exigences, un rapport d'évaluation de la conformité (REC) lui était remis et un certain délai lui était accordé pour fournir des renseignements additionnels en vue de se conformer aux exigences⁷. Les renseignements additionnels présentés conformément à la DP étaient considérés comme faisant partie de la soumission, mais étaient uniquement pris en considération pour déterminer si la soumission respectait les exigences obligatoires d'admissibilité examinées à la phase II. Les renseignements additionnels ne pouvaient servir à hausser la note accordée à la soumission initiale. La phase III visait à évaluer les soumissions techniques par rapport à l'ensemble des exigences énoncées dans la DP⁸.

⁴ Dans son ordonnance et ses motifs rendus dans le dossier n° PR-2020-044, publié le 6 octobre 2020, le Tribunal indiquait que la DP avait été publiée le 21 avril 2020, comme il est indiqué dans la plainte de CME. Dans son rapport de l'institution fédérale déposé le 26 octobre 2020, TPSGC indique que la DP a été publiée le 22 avril 2020.

⁵ Modification n° 001 en date du 21 mai 2020; modification n° 002 en date du 1^{er} juin 2020; modification n° 003 en date du 11 juin 2020; modification n° 004 en date du 12 juin 2020; modification n° 005 en date du 15 juin 2020; modification n° 006 en date du 19 juin 2020. Voir la pièce PR-2020-0038-07A aux p. 497, 578, 666, 752, 837, 839.

⁶ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 838.

⁷ Un soumissionnaire dont la soumission était jugée recevable au regard des exigences examinées au cours de la phase II recevait un REC à cet effet. L'article 4.1.1.3(b) de la DP, pièce PR-2020-038-07A à la p. 430.

⁸ Voir les articles 4.1.1.2 à 4.1.1.4 de la DP. Voir la pièce PR-2020-038-07A aux p. 429-431.

[11] Le contrat a été adjugé à CME le 4 août 2020. Dans l'avis d'adjudication de contrat publié par TPSGC il était fait mention de la valeur totale du contrat⁹. Le même jour, TPSGC a informé MRC que le contrat avait été octroyé à CME. Dans sa lettre de refus, TPSGC précisait le prix prévu au contrat attribué à CME de même que les notes accordées aux soumissions de MRC et de CME à l'évaluation finale¹⁰.

[12] Le 11 août 2020, MRC a signalé à TPSGC son opposition concernant l'adjudication du contrat et l'évaluation de sa soumission¹¹.

[13] Le 28 août 2020, TPSGC a informé MRC et CME qu'il mettait fin au contrat en raison de « problèmes » [traduction] repérés dans la DP et qu'il prévoyait lancer un autre appel d'offres comportant de nouvelles modalités¹². Le même jour, CME a signalé son opposition à la résiliation du contrat et a demandé un compte rendu. CME s'est aussi informée au sujet des possibilités de modification de contrat et a exprimé ses inquiétudes concernant la publication du prix de sa soumission sur le site Web Achatsetventes.gc.ca, qui mettait en cause sa capacité de participer au nouvel appel d'offres¹³. Le 2 septembre 2020, TPSGC a confirmé à CME qu'il comptait lancer un nouvel appel d'offres comportant des modalités révisées¹⁴.

[14] Le 10 septembre 2020, TPSGC a donné un compte rendu à CME par téléconférence.

Procédure de traitement des plaintes

[15] Le 9 septembre 2020, MRC a déposé une plainte auprès du Tribunal (dossier n° PR-2020-038). Ce dernier a décidé d'enquêter sur la plainte le 14 septembre 2020.

[16] Le 15 septembre 2020, le Tribunal a envoyé une lettre à MRC concernant les renseignements désignés comme confidentiels dans sa plainte. MRC a déposé à nouveau sa plainte le 18 septembre 2020.

[17] Le 17 septembre 2020, CME a déposé sa première plainte auprès du Tribunal (dossier n° PR-2020-044). Ce dernier a décidé d'enquêter sur la plainte le 22 septembre 2020. Dans sa plainte, CME demandait au Tribunal de différer le nouvel appel d'offres. Le 24 septembre 2020, le Tribunal a avisé les parties que la requête de CME était rejetée¹⁵.

[18] Le 28 septembre 2020, CME a demandé au Tribunal l'autorisation d'intervenir dans la procédure relative au dossier n° PR-2020-038. MRC a déposé des observations le 30 septembre 2020, affirmant qu'elle ne s'opposait pas à la requête en intervention de CME, pourvu que MRC puisse aussi participer au dossier n° PR-2020-044 à titre d'intervenante. MRC demandait également la jonction

⁹ Pièce PR-2020-044-01 à la p. 433.

¹⁰ Pièce PR-2020-038-01B, par. 13, 14 à la p. 22; pièce PR-2020-038-01C (protégée) aux p. 729-732.

¹¹ TPSGC a reçu des objections de la part de deux soumissionnaires non reçus au sujet de la procédure de passation du marché public. Ces soumissionnaires n'ont pas participé à la présente procédure. Pièce PR-2020-038-41, par. 39, 40 à la p. 16.

¹² Pièce PR-2020-044-01 à la p. 436. La modification à la DP relative à la résiliation au gré de l'autorité contractante était datée du 25 août 2020. Voir la pièce PR-2020-038-41, par. 45 à la p. 17; pièce PR-2020-038-28B (protégée) aux p. 377, 378; pièce PR-2020-038-1B, par. 22 à la p. 23.

¹³ Pièce PR-2020-044-01 à la p. 438.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 440.

¹⁵ L'ordonnance et les motifs de la décision du Tribunal ont été publiés le 6 octobre 2020. Pièce PR-2020-044-15.

des deux plaintes. TPSGC a accepté les deux demandes d'intervention et a également consenti à regrouper les plaintes. Le 2 octobre 2020, CME a accepté que le statut d'intervenante soit accordé à MRC, mais elle souhaitait avoir l'occasion d'examiner la plainte confidentielle de MRC avant de formuler des commentaires sur la jonction des plaintes.

[19] Le 6 octobre 2020, le Tribunal a accordé à CME le statut de partie intervenante dans le dossier n° PR-2020-038 et à MRC le statut de partie intervenante dans le dossier n° PR-2020-044.

[20] Les parties ne s'y étant pas opposées, le Tribunal a confirmé la jonction des procédures dans le cadre des dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044 le 9 octobre 2020, et informé les parties que le délai dont il disposait pour rendre sa décision au regard des plaintes serait prolongé, jusqu'à 135 jours suivant le dépôt de la plainte dans le dossier n° PR-2020-038. La date limite pour le dépôt du rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en ce qui a trait aux dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044 a été repoussée au 20 octobre 2020.

[21] Les 21 et 22 octobre 2020, CME a déposé sa deuxième plainte (dossier n° PR-2020-056), et le Tribunal a décidé d'enquêter sur celle-ci le 26 octobre 2020.

[22] Le Tribunal ayant accepté de proroger de nouveau le délai pour le dépôt du RIF relatif aux dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044, TPSGC a déposé le RIF le 26 octobre 2020. Une version modifiée du RIF a été déposée le 29 octobre 2020.

[23] Le 29 octobre 2020, MRC a déposé une requête auprès du Tribunal visant à mettre fin à l'enquête portant sur la plainte de CME dans le dossier n° PR-2020-056 au motif que celle-ci n'avait pas été déposée dans le délai prévu à l'article 6 du *Règlement*. Subsidiairement, si le Tribunal décidait d'aller de l'avant avec l'enquête, MRC demandait que le statut de partie intervenante lui soit accordé. Le lendemain, CME a déposé des observations à l'encontre de la requête de MRC et a consenti à la demande d'intervention de MRC. CME a aussi demandé la jonction de la procédure engagée dans le dossier n° PR-2020-056 et de celle engagée dans les dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044.

[24] Le 30 octobre 2020, le Tribunal a accordé à MRC le statut d'intervenante dans le dossier n° PR-2020-056 et a demandé à TPSGC de formuler des observations sur la requête de MRC. Le 2 novembre 2020, TPSGC a confirmé qu'il ne prenait pas position sur la requête.

[25] Le 3 novembre 2020, le Tribunal a rendu une ordonnance dans laquelle il rejetait la requête de MRC au motif que la deuxième plainte de CME avait été déposée dans le délai prévu à l'article 6 du *Règlement*¹⁶. Puisque les parties n'ont formulé aucune opposition, le Tribunal les a également avisées qu'il allait joindre la procédure engagée dans le dossier n° PR-2020-056 et celle engagée dans les dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044.

[26] Le 4 novembre 2020, TPSGC a indiqué qu'il se fonderait sur le RIF déposé dans les dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044 aux fins de sa réponse à la plainte de CME dans le dossier n° PR-2020-056; le RIF traitait de la réparation demandée par CME dans sa première plainte et de la nécessité d'un nouvel appel d'offres. Le 19 novembre 2020, TPSGC a réitéré sa position à cet égard, après avoir reçu les commentaires de MRC et de CME sur le RIF le 13 novembre 2020.

¹⁶ L'ordonnance et les motifs ont été publiés le 17 novembre 2020. Pièce PR-2020-056-13B.

Le 8 décembre 2020, MRC a déposé une version révisée de ses observations sur le RIF tenant compte de renseignements auparavant désignés comme confidentiels par TPSGC.

[27] Comme le dossier renfermait suffisamment de renseignements pour lui permettre de déterminer si les plaintes étaient fondées, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a tranché les plaintes sur la foi du dossier.

[28] Le 22 janvier 2021, le Tribunal a rendu sa décision par rapport aux plaintes.

[29] MRC et TPSGC ont confirmé, les 8 et 9 février 2021 respectivement, que la version publique du RIF comportait des renseignements confidentiels. TPSGC a déposé une version publique révisée du RIF le 11 février 2021.

[30] Le 17 février 2021, le Tribunal a publié une version provisoire de sa décision et des motifs afin que les parties puissent confirmer qu'aucun renseignement confidentiel n'y figurait.

QUESTION PRÉLIMINAIRE

RIF de TPSGC

[31] Dans ses observations sur le RIF, MRC soutient que TPSGC n'a pas pleinement répondu aux allégations de MRC et de CME concernant l'évaluation de certaines exigences cotées et que, par conséquent, TPSGC ne s'est pas conformé à l'article 103 des *Règles du TCCE*, selon lequel le RIF doit contenir « [...] les autres documents pertinents; un énoncé renfermant les conclusions, les mesures et les recommandations de l'institution fédérale ainsi qu'une réponse à chaque allégation contenue dans la plainte; tout autre élément de preuve ou renseignement qui peut s'avérer nécessaire au règlement de la plainte ».

[32] En effet, selon le Tribunal, TPSGC n'a pas répondu de manière appropriée aux questions sur la procédure du marché public soulevées par MRC et CME dans leurs plaintes respectives. Le RIF présentait essentiellement la position de TPSGC sur les mesures de réparation demandées par MRC et par CME, les faits de procédure survenus avant et après l'adjudication du contrat et les motifs à l'appui de la décision de TPSGC de résilier le contrat et de lancer un nouvel appel d'offres. Le RIF contenait les documents pertinents relatifs au processus d'évaluation, c'est-à-dire les copies des évaluations individuelles et consensuelles pour MRC et pour CME, mais aucune des observations figurant dans le rapport ne portait précisément sur les questions liées à l'évaluation ou ne visait à expliquer les commentaires des évaluateurs sur les soumissions. La position de TPSGC à cet égard semblait être limitée au fait que le nouvel appel d'offres allait permettre, selon lui, de « régler les autres questions soulevées dans les plaintes »¹⁷ [traduction].

[33] TPSGC a indûment conclu qu'il n'était pas tenu d'aborder de manière plus approfondie les allégations de MRC et de CME au seul motif qu'il avait le droit de mettre fin à l'appel d'offres après avoir résilié le contrat. Ainsi qu'il est décrit ci-après, TPSGC était d'avis que les plaintes ne concernaient plus une procédure de marché public relative à un contrat spécifique. De l'avis du Tribunal, la validité de la décision prise par TPSGC d'annuler l'appel d'offres était sans contredit une question faisant partie de l'enquête du Tribunal dans le cadre de cette procédure. La position de TPSGC ne le libérait donc pas de son obligation de répondre de manière exhaustive aux allégations

¹⁷ Pièce PR-2020-038-41, par. 55 à la p. 19.

de MRC et de CME concernant la présence d'erreurs dans l'évaluation. Le RIF renfermait uniquement des observations ayant pour but d'expliquer comment TPSGC s'était rendu compte que la DP présentait des ambiguïtés et donnait divers exemples de formulations ambiguës contenues dans la DP qui pouvaient introduire une part de subjectivité dans le processus d'évaluation. Toutefois, TPSGC n'a présenté aucune observation pour expliquer expressément comment le processus d'évaluation des exigences cotées avait été mené et – question peut-être encore plus importante – comment les erreurs alléguées dans l'évaluation pouvaient s'expliquer par les modalités ambiguës de la DP.

[34] Les répercussions de la conduite de TPSGC dans le contexte de cette procédure se sont intensifiées après que le Tribunal eut accepté d'enquêter sur la deuxième plainte de CME (dossier n° PR-2020-056). Ainsi qu'il a été souligné précédemment, TPSGC a indiqué que le RIF, déposé antérieurement dans les dossiers n° PR-2020-038 et n° PR-2020-044, constituerait sa réponse à la deuxième plainte de CME. Dans sa description des lacunes relevées dans le RIF, MRC aborde comment le défaut de TPSGC de répondre aux allégations relatives à l'évaluation se répercutait sur l'enquête du Tribunal, notamment sur la capacité du Tribunal à évaluer la mesure dans laquelle les règles de l'ALEC avaient été enfreintes et son examen des mesures de réparation pertinentes, lesquelles pourraient comprendre l'adjudication du contrat. Après avoir reçu les commentaires sur le RIF, TPSGC a réitéré auprès du Tribunal qu'il se fondait sur le RIF et qu'il n'avait rien de plus à ajouter en réponse aux commentaires des parties sur le rapport. Par conséquent, vu les circonstances, la capacité du Tribunal à évaluer la validité des notes était limitée. Les éléments de preuve contenus dans le RIF étaient somme toute insuffisants pour que le Tribunal puisse vérifier ou modifier les notes établies par les évaluateurs sur la base d'un consensus. Le Tribunal a donc recommandé la réévaluation de certaines parties de la DP, au besoin.

ANALYSE

[35] Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal est tenu, dans son enquête, de limiter son étude à l'objet de la plainte. Le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. Conformément à l'article 11 du *Règlement*, le Tribunal doit décider si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences des accords commerciaux pertinents. En l'espèce, la DP précise que le marché public est assujéti aux dispositions de l'ALEC¹⁸.

[36] Les dispositions de l'ALEC invoquées par MRC et CME dans leurs allégations concernent le paragraphe 502(1), le paragraphe 503(2), l'alinéa 507(3)b), le paragraphe 509(7), le paragraphe 515(5) et le paragraphe 517(1). Les libellés sont reproduits à l'annexe I.

[37] Le Tribunal utilisera ces dispositions comme cadre d'analyse et statuera sur le bien-fondé des motifs des plaintes en examinant si TPSGC : 1) a annulé de façon irrégulière le marché qui avait été adjugé à CME; 2) a annulé de façon irrégulière l'appel d'offres; 3) a enfreint les dispositions de l'ALEC en divulguant le prix offert et la note technique de CME; 4) a évalué les exigences cotées M.2.1, M.2.3.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10 en s'appuyant sur des critères non divulgués, en ignorant des renseignements cruciaux figurant dans les soumissions ou en n'évaluant pas les réponses conformément aux modalités de la DP.

¹⁸ L'article 1.2 de la DP.

Résiliation du contrat et lancement d'un nouvel appel d'offres

Résiliation du contrat

[38] Les arguments de CME ayant trait à l'annulation du contrat par TPSGC comportent trois volets. Dans un premier temps, la résiliation du contrat par TPSGC constitue un manquement aux obligations du paragraphe 515(5) de l'ALEC relatives à l'adjudication du marché. À cet égard, CME soutient également que TPSGC a manqué à son obligation d'assurer une concurrence loyale en résiliant le contrat après avoir été informé par un autre soumissionnaire que la DP comportait des problèmes. Les soumissionnaires doivent demander des éclaircissements avant de présenter leur soumission. Ils ne devraient donc pas être autorisés à déposer « après coup » [traduction] des plaintes en dehors du cadre procédural d'enquête du Tribunal sur les marchés publics. Dans un deuxième temps, TPSGC a enfreint les dispositions du paragraphe 503(2) en mettant fin au marché et en annulant la DP. Étant donné que MRC a aussi soulevé des questions liées aux obligations prévues aux paragraphes 515(5) et 503(2), le Tribunal examinera ces questions ci-après.

[39] Dans un troisième temps, l'argument de CME concerne la question de savoir si TPSGC a manqué à son obligation d'agir de bonne foi dans l'exécution du contrat. CME soutient que le libellé des paragraphes 503(2) et 515(5) de l'ALEC oblige TPSGC à « donner suite au marché public » [traduction] pour lequel la DP a été publiée. En outre, CME invoque le devoir imposé par la common law d'exécuter un contrat en faisant preuve de bonne foi et d'honnêteté, et fait remarquer que les tribunaux canadiens ont statué qu'une partie ne pouvait exercer le droit contractuel inconditionnel de résilier un contrat sans motif raisonnable et de « bonne foi »¹⁹ [traduction]. À ce sujet, CME souligne qu'elle n'a pas eu l'occasion de discuter avec TPSGC de modifications qui pouvaient être apportées au contrat.

[40] Le Tribunal conclut que les questions ayant trait à la façon dont TPSGC a mis fin au contrat, c'est-à-dire le droit de TPSGC de résilier ou de modifier le contrat conformément aux modalités de celui-ci, sont directement liées à l'administration du marché par TPSGC. De ce fait, ces questions ne relèvent pas de la compétence du Tribunal²⁰. Le Tribunal étant le produit d'une loi, sa compétence en matière d'enquête sur des marchés publics lui est conférée par les articles 30.1 à 30.19 de la *Loi sur le TCCE*. Ces dispositions instituent un mécanisme de règlement des différends uniquement en ce qui concerne les dispositions en matière de marchés publics des accords commerciaux applicables.

[41] Comme il est mentionné ci-après, les obligations énoncées dans l'ALEC s'appliquent au processus d'appel d'offres comme tel. Dans ce contexte, la résiliation du contrat par TPSGC en vue de remédier à des erreurs dans le processus d'appel d'offres ne constituait pas en soi une infraction aux dispositions de l'ALEC. Comme l'ont statué le Tribunal et la Cour d'appel fédérale, l'autorité acheteuse doit prendre les mesures appropriées pour corriger les erreurs dans la procédure de marché public en respectant les modalités de l'appel d'offres et de manière à garantir l'intégrité de la procédure de passation de marché public concurrentielle²¹. Toutefois, une question clé examinée

¹⁹ Pièce PR-2020-044-01, par. 24, 26 à la p. 12.

²⁰ Voir *Aerospace Facilities Group Inc.* (12 octobre 2017) PR-2017-015 (TCCE) [*Aerospace*] au par. 31; *Valcom Consulting Group Inc.* (14 juin 2017), PR-2016-056 (TCCE) [*Valcom*] au par. 32; *HDP Group Inc.* (28 décembre 2016), PR-2016-047 (TCCE) au par. 10; *ML Wilson Management* (6 juin 2013), PR-2012-047 (TCCE) au par. 36.

²¹ Voir *CGI Information Systems and Management Consultants Inc.* (14 octobre 2014) PR-2014-016 et PR-2014-021 (TCCE) [*CGI*] au par. 137; *Valcom* au par. 52; *Francis H.V.A.C. Services Ltd.*, 2017 FCA 165 au par. 33.

dans la présente enquête consistait à savoir si l'annulation de la DP dans l'intention de lancer un nouvel appel d'offres représentait une mesure appropriée pour corriger les erreurs d'évaluation en cause, compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Annulation de la DP et lancement d'un nouvel appel d'offres

[42] MRC et CME affirment toutes deux que TPSGC est allé à l'encontre des paragraphes 515(5) et 503(2) de l'ALEC en n'adjudgeant pas le contrat et en annulant l'appel d'offres sans raison d'intérêt public valable. MRC soutient que le Tribunal et la Cour fédérale ont statué que, dans les cas où un soumissionnaire satisfait à toutes les exigences, l'institution fédérale est tenue d'adjudger le contrat à moins d'avoir une raison d'intérêt public valable d'annuler l'appel d'offres²². Plutôt que de procéder à une réévaluation des soumissions après avoir pris connaissance des oppositions concernant l'évaluation et l'adjudication du contrat au soumissionnaire classé au premier rang, TPSGC a choisi d'annuler la DP.

[43] TPSGC soutient qu'après avoir pris connaissance des oppositions et examiné la DP, il a déterminé que les critères d'évaluation et la méthode de notation présentaient des ambiguïtés et donnaient lieu à une évaluation subjective des soumissions qui rendait les notes injustifiables après un réexamen. Par conséquent, TPSGC a jugé qu'il convenait de résilier le contrat et de lancer un nouvel appel d'offres comportant des modalités révisées. TPSGC affirme qu'étant donné qu'un contrat avait été adjudgé, il n'était plus question d'une procédure de marché public soumise aux obligations du paragraphe 515(5) de l'ALEC. Autrement dit, les dispositions du paragraphe 515(5) s'appliquent uniquement *avant* l'adjudication du marché. TPSGC soutient par ailleurs, en prenant appui sur la définition de « contrat spécifique » figurant à l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*, qu'il n'est nullement question d'un contrat qui pourrait être accordé²³. Subsidiairement, TPSGC soutient qu'il avait des raisons d'intérêt public valables d'annuler la DP.

[44] Les observations de TPSGC soulèvent une question concernant la compétence pour enquêter sur les plaintes du Tribunal. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal est d'avis que l'adjudication et la résiliation du contrat par TPSGC, de même que l'annulation de la DP, ne privent pas le Tribunal de sa compétence et n'allègent pas TPSGC de ses obligations prévues dans l'ALEC. En outre, la décision de TPSGC d'annuler l'appel d'offres et de publier une nouvelle DP allait à l'encontre de ses obligations aux termes des paragraphes 515(5) et 503(2) de l'ALEC.

²² Bien que la jurisprudence citée par MRC discute de ce principe par rapport à l'alinéa 1015(4)c) de l'Accord de libre-échange nord-américain, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994 Can., n° 2, en ligne : Affaires mondiales Canada <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fr>> (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ALENA], le Tribunal est d'avis qu'elle s'applique aussi au paragraphe 515(5) de l'ALEC. *Valcom* au par. 36. *Lincoln Landscaping Inc.* (16 septembre 2016), PR-2016-018 (TCCE) [*Lincoln*] au par. 20; *Wang Canada Ltd. c. Canada (ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 CRF 3, 1998 CanLII 9093 (CF); *Conair Aviation, A division of Conair Aviation Ltd.* (8 août 1996), PR-95-039 (TCCE) [*Conair*]; *Carsen Group Inc.* (22 mars 1995), 94N66W-021-0019 (TCCE).

²³ Aux termes de l'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE*, « contrat spécifique » est un contrat « qui a été accordé par une institution fédérale – ou pourrait l'être ».

- Compétence du Tribunal

[45] Comme le soutient MRC, la compétence du Tribunal touche tous les aspects de la procédure de passation du marché public qui concernent le « contrat spécifique » tel qu'il est défini dans la *Loi sur le TCCE*. Le fait que le contrat a été annulé ne prive pas le Tribunal de sa compétence²⁴. La question du maintien de la compétence du Tribunal a fait l'objet d'une analyse dans *Valcom*. Le Tribunal avait alors conclu que le processus de passation du marché avait été « engagé de nouveau » après l'attribution du contrat, le contrat ayant été résilié et un nouvel appel d'offres ayant été lancé. De plus, « [...] [l]e processus ne prend fin que lorsque le marché est attribué de façon définitive » et « les accords commerciaux et la compétence du Tribunal englobent tous les éléments du cycle de passation des marchés, jusqu'à l'attribution du contrat inclusivement »²⁵. Dans *Valcom*, le Tribunal a statué qu'il avait compétence pour déterminer si le ministère de la Défense nationale avait enfreint les règles de l'alinéa 1015(4)c) de l'ALENA en révoquant le contrat et en lançant un nouvel appel d'offres²⁶. Le Tribunal estime qu'il n'y a pas de motif valable de déroger au principe énoncé dans *Valcom*; il conserve sa compétence pour examiner les questions relatives à la procédure de passation du marché public quand le contrat a été résilié. Le Tribunal peut donc examiner si TPSGC a manqué à ses obligations aux termes du paragraphe 515(5) et 503(2) de l'ALEC en prenant la décision d'annuler l'appel d'offres et de publier une nouvelle DP. Le Tribunal peut également examiner de manière plus approfondie les motifs des plaintes ayant trait à l'évaluation des soumissions par TPSGC.

- TPSGC a enfreint les règles de l'ALEC en annulant le processus d'appel d'offres

[46] TPSGC soutient qu'il était dans l'obligation de corriger ses erreurs et que l'annulation de l'appel d'offres était justifiée compte tenu des ambiguïtés et des incohérences relevées dans la méthode d'évaluation des aspects techniques. Il s'agissait d'une faille dans le processus d'appel d'offres qui s'est répercutée sur les notes globales attribuées aux soumissions. Pour étayer sa position, TPSGC cite le passage suivant d'une décision antérieure du Tribunal :

[U]n cas d'espèce où l'exercice du droit d'annuler une procédure de marché public serait *approprié* inclut normalement celui des situations imprévues, notamment celles où il est découvert tardivement que les spécifications sont inadéquates. En effet, dans de telles situations, l'annulation d'une procédure sera vue normalement comme servant à préserver l'égalité des soumissionnaires et l'intégrité du processus²⁷.

[Italiques dans l'original]

[47] Selon TPSGC, les critères de nature technique et la grille de notation de la DP comportaient des ambiguïtés, ce qui donnait lieu à une évaluation subjective des soumissions. Cette lacune devait

²⁴ *Medi+Sure Canada Inc.* (27 janvier 2017), PR-2016-031 (TCCE) [*Medi+Sure*] aux par. 11-12; *Bluenose Transit Inc.* (6 mars 2020) PR-2019-044 (TCCE) au par. 39; *Telecore c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (10 octobre 2017), PR-2017-021 (TCCE) aux par. 9-11; *Access to Information Agency Inc.* (26 octobre 2016), PR-2016-001 (TCCE) aux par. 32-36; *Valcom* au par. 35 (confirmé par la Cour d'appel fédérale dans *Attorney General of Canada c. Valcom Consulting Group Inc.*, 2019 CAF 1).

²⁵ *Valcom* aux par. 31, 35.

²⁶ *Ibid.* au par. 36. Voir aussi *Lincoln* au par. 20.

²⁷ *Agence Gravel Inc.* (26 janvier 2017), PR-2016-035 (TCCE) [*Agence Gravel*] au par. 93 (confirmé dans *Canada (Procureur général) c. Agence Gravel Inc.*, 2018 CAF 120), cité dans *Aerospace* au par. 34.

être corrigée dans la nouvelle DP. TPSGC soutient que la DP ne respectait pas les modalités du paragraphe 509(7) de l'ALEC, selon lesquelles la documentation relative à l'appel d'offres doit contenir tous les détails pertinents concernant les critères d'évaluation, y compris les méthodes de pondération et d'évaluation, à moins que le prix ne soit le seul critère. À titre de preuve de l'examen interne réalisé, TPSGC a présenté des documents de correspondance interne datés du 18 août 2020, dont voici un extrait :

De nombreux critères d'évaluation technique étaient de nature subjective plutôt qu'objective. La subjectivité donne lieu à des ambiguïtés et à des incertitudes dans l'évaluation des soumissions, et c'est cette interprétation subjective des critères et des notes connexes qui est à l'origine des plaintes reçues²⁸.

[Traduction]

[48] Le Tribunal fait remarquer qu'au moment où TPSGC a examiné la possibilité de procéder à une réévaluation des soumissions en guise de réponse aux objections soulevées, les commentaires ci-dessous ont été formulés :

Il est à noter que cette solution ne permet pas de régler la question de la subjectivité des critères d'évaluation. Si le Canada décidait de procéder à une réévaluation des soumissions et que le contrat était éventuellement accordé à un autre soumissionnaire, il est fort probable que CME déposerait une plainte auprès du TCCE, laquelle pourrait aboutir à des dommages-intérêts si elle était jugée fondée.

Les soumissions sont valides seulement jusqu'au 24 août 2020 (période de validité de 60 jours), ce qui limite notre capacité d'appliquer cette solution²⁹.

[Traduction]

[49] À la lumière de ce qui précède et d'autres commentaires issus de la correspondance interne de TPSGC, MRC soutient qu'en annulant la DP, TPSGC souhaitait essentiellement atténuer le risque de faire l'objet d'autres litiges et de devoir verser des dommages-intérêts; son objectif ne consistait pas à dûment rectifier les erreurs relevées dans le processus d'appel d'offres. La décision découlait d'une analyse coûts-avantages, sans égard à la question de savoir si l'annulation de l'appel d'offres constituerait un manquement aux règles de l'ALEC³⁰.

[50] De fait, les éléments de preuve au dossier confirment que TPSGC était préoccupé par la perspective d'autres litiges. Toutefois, le Tribunal n'est pas convaincu qu'il s'agit d'un fondement suffisant pour conclure que TPSGC a contrevenu aux règles de l'ALEC. Le Tribunal juge que le manquement découle du fait que TPSGC n'a pas effectué un examen valable des erreurs alléguées dans l'évaluation en vue de déterminer quel soumissionnaire devait à juste titre être considéré comme

²⁸ Pièce PR-2020-038-36A à la p. 1. Le document présentait les trois options suivantes pour répondre aux plaintes : (1) aller de l'avant avec le contrat existant; (2) réévaluer les soumissions; (3) annuler le contrat et lancer un nouvel appel d'offres. TPSGC a indiqué qu'il n'avait pas donné de précisions aux soumissionnaires quant aux ambiguïtés car cela aurait pu compromettre l'intégrité du nouvel appel d'offres.

²⁹ Pièce PR-2020-038-36A à la p. 2.

³⁰ Pièce PR-2020-038-40, par. 40-43 aux p. 11-13.

le mieux classé³¹. Il s'agissait d'une étape importante à accomplir avant de décider d'annuler la DP, compte tenu surtout du préjudice que le lancement d'un nouvel appel d'offres allait causer à CME et à MRC, comme il en sera question ci-après.

[51] La décision prise par TPSGC d'annuler la DP doit être examinée dans le contexte de l'obligation que lui confère le paragraphe 503(2) de l'ALEC, lequel interdit l'annulation d'un marché de manière à contourner les obligations prévues au chapitre 5. Cette obligation est conforme au principe visant à préserver l'efficacité et l'intégrité du processus de passation de marchés. Des objectifs semblables ont été mentionnés par le Tribunal dans *Agence Gravel*, où le droit d'annuler la DP a été apprécié à la lumière de l'objectif du régime réglementaire de l'Accord sur le commerce intérieur³². Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut, après avoir examiné les observations des parties et les éléments de preuve au dossier, que TPSGC a contourné ses obligations aux termes de l'ALEC en annulant la DP. Le Tribunal n'est pas convaincu que le fait que TPSGC ait tardivement pris conscience de l'ambiguïté de certaines modalités de la DP justifiait l'annulation de l'appel d'offres.

[52] La subjectivité du processus d'évaluation ne constitue pas en soi un manquement aux obligations des accords commerciaux justifiant l'annulation de la DP. Le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont tous deux reconnu que le processus d'évaluation des propositions consiste, dans une certaine mesure, en une évaluation subjective par rapport à des critères objectifs. Toutefois, l'évaluation subjective représente une infraction si elle est effectuée d'une façon qui va à l'encontre des critères publiés, et qui donne lieu à une évaluation arbitraire ou à un traitement inégal des soumissionnaires³³. Le Tribunal n'estime pas que c'est le cas en l'espèce.

[53] Par ailleurs, le Tribunal ne peut ignorer le fait qu'aucune des parties plaignantes ne fait valoir que les erreurs dans l'évaluation découlent de l'ambiguïté de certaines modalités de la DP. En fait, MRC et CME affirment que la DP n'était pas ambiguë. MRC soutient pour sa part que le système de notation des critères cotés offrait assez de détails et d'explications concernant l'application des modalités et que les critères cotés de nature technique étaient clairs. Si les critères ne semblaient pas clairs, les soumissionnaires avaient la possibilité de demander des précisions. CME a également fait valoir que l'objectif de la DP – l'élimination du navire – était clair, tout comme la méthode de

³¹ Quant à l'expiration de la période de validité de la clause, incorporée par renvoi à la DOC, elle « [...] ne sert qu'à limiter la discrétion de TPSGC pour ce qui est d'adjudgé un contrat après l'expiration de la période de présentation des soumissions, quand aucun octroi n'a encore été fait. La clause n'empêche pas TPSGC de compenser pour une violation des accords commerciaux qui aurait été apportée à son attention, une fois qu'il a déjà adjudgé un contrat au cours de la période des soumissions. Cela peut être fait même après la clôture de la période des soumissions, pourvu que les droits des soumissionnaires soient respectés par rapport à ce qu'ils étaient avant l'expiration de la période des soumissions ». *Medi+Sure* au par. 17. Voir aussi *Turbo Expert Québec Inc.* (6 février 2019), PR-2018-029 (TCCE) aux par. 34-38.

³² *Agence Gravel* aux par. 89, 90, 92.

³³ Voir *AmeriData Canada Ltd.* (9 février 1996), PR-95-011 (TCCE) à la p. 8; *Frontec Corporation* (6 mai 1998), PR-97-035 (TCCE) aux p. 16-17; *Cougar Aviation Ltd. c. Canada* (Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux) (28 novembre 2000), A-421-99 (CAF) au par. 36. Cela est conforme au principe selon lequel une entité contractante respectera ses obligations aux termes des accords commerciaux pourvu qu'elle utilise une méthode d'évaluation qui est logiquement compatible avec la méthodologie et les critères indiqués dans les documents d'appel d'offres et qui pourrait être raisonnablement anticipée ou déduite à partir de ceux-ci. *CGI Information Systems and Management Consultants Inc.* (27 août 2014), PR-2014-006 (TCCE) [*CGI PR-2014-006*] au par. 77; *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada* (Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux), [2002] 1 F.C. 292 [*Siemens*] aux par. 41, 43, 45.

travail. Aucun élément de preuve n'indique que les évaluateurs n'ont pas compris comment appliquer la grille de notation ou qu'ils ont relevé des ambiguïtés dans les critères techniques. En fait, selon la DP, TPSGC a attribué le contrat à CME à l'issue d'évaluations individuelles et consensuelles des soumissions.

[54] À la lumière des exemples de modalités ambiguës dans la DP présentés par TPSGC, le Tribunal n'est pas convaincu qu'il s'agissait d'ambiguïtés latentes qui ne pouvaient être relevées qu'après l'adjudication du marché ou qu'il s'agissait d'ambiguïtés pour lesquelles il était impossible de demander des précisions avant le dépôt de la soumission³⁴. Mais surtout, compte tenu de la preuve, le Tribunal ne peut conclure que les erreurs d'évaluation alléguées par MRC et CME sont attribuables à l'existence d'ambiguïtés dans la DP. Les ambiguïtés dans la DP ne peuvent donc pas justifier l'annulation de l'appel d'offres.

[55] TPSGC soutient que le système de notation comportait des ambiguïtés, ce qui a eu des répercussions sur l'ensemble des critères cotés. Il convient de souligner d'entrée de jeu que, dans la mesure où les préoccupations de TPSGC vont au-delà des critères cotés mentionnés par MRC et CME, le Tribunal est tenu, conformément au paragraphe 30.14(1) de la *Loi sur le TCCE*, de limiter son étude aux questions qui concernent l'objet des plaintes, c'est-à-dire aux exigences cotées visées par les plaintes.

[56] Selon TPSGC, le système de notation n'explique pas la distinction entre les cotes « excellente », « bonne », « acceptable », « faible », « incomplète », « insatisfaisant », « suffisante » et « inappropriée »³⁵. Bien que le Tribunal puisse comprendre que TPSGC souhaite clarifier le système de notation pour un prochain appel d'offres, le système de notation indiquait clairement que les soumissions seraient évaluées, ou *cotées*, en fonction d'un certain spectre prenant en considération la portée de l'information contenue dans la soumission, y compris le caractère suffisant de l'explication du soumissionnaire sur la manière dont il remplissait l'exigence ou les exemples fournis, le cas échéant. Ainsi que l'a déjà affirmé le Tribunal, en pareilles circonstances, puisqu'aucun soumissionnaire ne s'est opposé avant au système de notation ou n'a demandé des éclaircissements à ce sujet, le Tribunal doit respecter l'expertise des évaluateurs pour ce qui est de la façon dont ils évaluent le contenu des soumissions. De fait, le peu de détails publiés dans la DP peut donner aux évaluateurs une grande latitude dans l'application des modalités de la DP³⁶.

[57] TPSGC soutient par ailleurs que la mention « et/ou » dans le tableau M.1.1 ne vient pas préciser comment attribuer les points, en particulier dans les cas où le libellé est vague quant au nombre d'exemples que doivent donner les soumissionnaires et à la qualité des exemples fournis³⁷. Aucune des parties plaignantes ne considère qu'il s'agit d'un aspect problématique dans l'évaluation, et le Tribunal estime que la mention « et/ou » dans le tableau M.1.1 n'a pas contribué aux erreurs relevées dans l'évaluation des soumissions de MRC et de CME. De l'avis du Tribunal, l'emploi de « et/ou » conférait aux évaluateurs une marge de manœuvre pour déterminer comment les modalités du système de notation allaient s'appliquer à chacun des critères cotés, le cas échéant.

³⁴ *Accipiter Radar Technologies Inc.* (26 avril 2019), PR-2018-049 (TCCE) [*Accipiter*] au par. 72.

³⁵ Pièce PR-2020-038-41, par. 58 aux p. 19-21.

³⁶ *Pacific Northwest Raptors Ltd.* (16 octobre 2019), PR-2019-017 (TCCE) aux par. 27-29; *CGI PR-2014-006* aux par. 86, 87.

³⁷ Pièce PR-2020-038-41, par. 58 aux p. 19-21.

[58] En ce qui a trait aux modalités établies pour chaque niveau du système de notation, TPSGC soutient qu'elles n'étaient pas clairement définies. À titre d'exemple, TPSGC fait observer qu'un soumissionnaire se voyait attribuer 1 point s'il donnait une explication « incomplète ou limitée » et 2 points s'il donnait une « explication faible ». Selon la DP, pour obtenir 4 points, le soumissionnaire devait fournir une réponse « sans exception notable ». Ce qu'on entendait par « sans exception notable » n'était toutefois pas expliqué plus clairement. Le Tribunal estime que la description de chaque niveau du système de notation n'a pas empêché les évaluateurs de parvenir à un consensus pour ce qui est du nombre de points à attribuer en définitive aux soumissions pour chacune des exigences cotées. En outre, ni MRC ni CME ne fait mention de contradictions entre la note accordée et les commentaires des évaluateurs. De façon générale, elles affirment plutôt que les évaluateurs n'auraient dû relever *aucune* lacune dans leurs réponses aux exigences de la DP. En l'absence d'éléments de preuve sur l'effet de ces modalités sur les notes accordées par les évaluateurs, le Tribunal n'est toujours pas convaincu que le système de notation justifiait l'annulation immédiate de la DP.

[59] En ce qui a trait à l'ambiguïté des critères d'évaluation technique, TPSGC soutient que, de façon générale, « la manière dont sont rédigées les exigences peut créer de la confusion par rapport à ce qui est obligatoire et à ce qui ne l'est pas et à la façon de procéder des évaluateurs pour l'attribution des points »³⁸ [traduction]. TPSGC donne notamment les exemples ci-dessous :

- a) Le critère M.2.4.1 ne définit pas ce qu'on entend par installation « temporaire », et l'exigence selon laquelle les soumissionnaires doivent fournir les renseignements demandés si leur soumission prévoit une installation temporaire ne précise pas le nombre de points attribués pour ce critère si la soumission ne prévoit pas une telle installation;
- b) Le critère M.2.6 précise que le soumissionnaire doit fournir un plan de projet et énumère une liste d'éléments que « devrait comporter » ce plan. Malgré la tournure de nature permissive dans la version anglaise, il est mentionné, dans la grille de notation M.3, que la soumission doit comprendre tous les aspects énumérés au point M.2.6, même si le libellé du critère M.2.6. en anglais est en soi permissif;
- c) Le critère M.2.9 comporte une liste de 11 éléments que le soumissionnaire doit présenter. Selon la grille de notation M.3, jusqu'à cinq points peuvent être accordés pour ce critère, même si le libellé du critère exige que les 11 éléments figurent dans la soumission. Il n'est pas clairement précisé comment les évaluateurs procèdent à l'attribution des points sur une échelle de 0 à 5. Par exemple, on pourrait penser que, comme la soumission doit obligatoirement comprendre tous les éléments mentionnés au critère M.2.9, le soumissionnaire ne peut qu'obtenir 0 point ou 5 points;
- d) Selon le critère M.2.10, le soumissionnaire doit présenter un plan de protection de l'environnement préliminaire qui comprend les éléments énumérés. Le libellé de l'exigence peut créer de la confusion par rapport à ce qui est obligatoire et à ce qui ne l'est pas et à la façon de procéder des évaluateurs pour l'attribution des points³⁹.

³⁸ *Ibid.*, par. 58 aux p. 19-21.

³⁹ *Ibid.*, par. 59 aux p. 21, 22.

[60] Après avoir examiné les allégations au sujet des exigences cotées M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10, comme il sera expliqué plus loin, et les éléments de preuve au dossier relatifs à l'évaluation, le Tribunal n'est pas convaincu que l'ambiguïté décrite par TPSGC ait contribué aux erreurs d'évaluation visées dans la plainte de MRC et de CME. TPSGC pourrait souhaiter clarifier le critère *a posteriori*, mais une telle intention ne constituerait pas un motif suffisant pour annuler l'appel d'offres. Il ne s'agit pas d'un cas où une part de subjectivité dans l'évaluation aurait nécessairement entraîné dans le processus d'appel d'offres des erreurs que seul le lancement d'un nouvel appel d'offres aurait pu corriger. Comme il est décrit ci-après, même si certaines allégations font état d'une évaluation subjective par les évaluateurs, les éléments de preuve ne montrent pas que la subjectivité ait nécessairement mené les évaluateurs à procéder à une évaluation déloyale ou incompatible avec la DP. Comme il est expliqué ci-après, selon les éléments de preuve limités versés au dossier, les évaluateurs auraient pu manquer d'objectivité dans leur évaluation des soumissions parce qu'ils n'auraient pas tenu compte de certains renseignements fournis dans les soumissions ou ne les auraient pas dûment examinés conformément aux modalités de la DP, ou auraient appliqué des critères non divulgués dans l'évaluation.

[61] Un autre important facteur est l'effet qu'aura le lancement d'un nouvel appel d'offres sur la capacité de MRC et de CME de livrer une concurrence équitable dans le nouveau processus d'appel d'offres. À cet égard, CME fait valoir que l'annulation de la DP n'était pas raisonnable, car la divulgation par TPSGC de renseignements sur son prix et de sa note technique (dans les lettres de refus envoyées à tous les fournisseurs potentiels⁴⁰) allait à l'encontre du paragraphe 517(1) de l'ALEC, lequel proscriit la divulgation à un fournisseur de renseignements qui pourraient nuire à la concurrence loyale. CME soutient qu'elle ne pourra pas concurrencer les candidats de façon loyale dans le cadre du prochain processus d'appel d'offres en raison de la divulgation. Selon CME, la destruction et la démolition de navires constituent un travail complexe, et peu d'entreprises au Canada sont capables de mener à bien ce type de projet. Tout navire étant unique, les prix sont établis en fonction des caractéristiques propres à chaque navire et des circonstances particulières du projet. De plus, les concurrents de CME seront au fait du prix et de la méthode de CME. Les concurrents de CME pourraient déconstruire sa soumission à partir de son prix et de sa note technique⁴¹. Ces allégations n'ont pas été réfutées. TPSGC a fait part de son intention d'améliorer la méthode de notation, mais aucune observation ni aucun élément de preuve au dossier n'indiquent comment TPSGC entend revoir les modalités de la DP de façon à atténuer pour CME les risques de ne pouvoir livrer une concurrence loyale. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal est d'avis que la divulgation par TPSGC du prix et de la note technique de CME enfreint le paragraphe 517(1).

[62] De façon similaire, MRC fait aussi observer que le nouvel appel d'offres lui causera préjudice, car il offrira aux concurrents ayant eu de faibles notes techniques une occasion de « repasser l'examen » [traduction]. MRC fait valoir que, étant donné qu'elle a obtenu une note technique très élevée, elle a peu de marge de manœuvre pour améliorer sa note autrement qu'en diminuant ses prix. À cet égard, MRC subirait un préjudice advenant la divulgation du prix de CME. Dans le cadre d'un processus de nouvel appel d'offres, les autres soumissionnaires auraient amplement la possibilité d'améliorer leurs notes techniques et, si la pondération entre la note pour le prix et la note technique était revue pour favoriser le prix, MRC pourrait subir un préjudice additionnel. Même si TPSGC n'a pas divulgué indûment des renseignements liés à la soumission de

⁴⁰ Pièce PR-2020-044-01 à la p. 442.

⁴¹ *Ibid.*, par. 4, 19 aux p. 9, 11.

MRC, le Tribunal conclut que les préoccupations de MRC à l'égard du lancement d'un nouvel appel d'offres sont fondées⁴².

[63] Il n'en reste pas moins que le besoin auquel la procédure de passation du marché public devra répondre ne changera pas, c'est-à-dire qu'il s'agira encore de l'élimination de l'ancien navire NGCC *W.E. Ricker*. Il est difficile d'imaginer de quelle façon la DP pourrait être structurée pour ne pas désavantager les soumissionnaires d'une façon ou d'une autre. Par conséquent, les conclusions du Tribunal dans l'affaire *Conair* s'appliquent en l'espèce : la divulgation du prix total de la soumission à l'étape de l'avis d'adjudication rend presque impossible la présentation d'une nouvelle soumission concurrentielle⁴³. Même si le Tribunal a déjà reconnu, comme le fait observer TPSGC, que la divulgation du prix au moment de l'adjudication du contrat est une « caractéristique du système d'appel d'offres et d'adjudication public établi depuis longtemps »⁴⁴, il doit néanmoins examiner l'incidence d'une telle pratique dans un contexte où l'institution fédérale propose de lancer un nouvel appel d'offres pour le même besoin et que les obligations de concurrence loyale doivent être prises en compte⁴⁵.

[64] Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal convient que les actes de TPSGC constituaient un manquement au paragraphe 503(2) de l'ALEC. La décision d'annuler la DP avant de procéder à une réévaluation équivalait à omettre une étape cruciale de la procédure de marché public et ne pouvait se justifier par le motif de l'intérêt public. Le Tribunal n'est pas convaincu que l'ambiguïté dans la DP décrite par TPSGC ait empêché celui-ci de déterminer quel soumissionnaire se classait au premier rang, ou ait constitué une situation imprévue l'autorisant à exercer son droit d'annuler la DP. Il était nécessaire d'examiner attentivement les soumissions de MRC et de CME, étant donné leurs notes relatives. Il convient de noter que le Tribunal ne croit pas que la réponse de TPSGC aux oppositions soumises par les parties plaignantes ait été teintée de mauvaise foi; elle reposait plutôt sur une hypothèse erronée selon laquelle il n'existait qu'un recours possible. En définitive, la décision d'annuler prise en l'espèce découlerait d'un apparent manque de diligence raisonnable de la part de TPSGC qui n'aurait pas examiné les erreurs d'évaluation reprochées par les soumissionnaires, ni atténué l'incidence de ces erreurs sur l'intégrité de la procédure de marché public, particulièrement dans un contexte où au moins deux soumissionnaires conformes avaient la capacité d'exécuter le contrat.

Motifs de plainte relatifs à l'évaluation

[65] MRC et CME ont toutes deux soulevé des préoccupations concernant l'évaluation de certaines exigences cotées, soit les critères M.2.1, M.2.3.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10. Lorsqu'il examine la façon dont les soumissions ont été évaluées, le Tribunal applique le critère du caractère raisonnable⁴⁶. L'évaluation d'une entité acheteuse sera jugée raisonnable si elle est fondée

⁴² Cela est conforme au dossier tel qu'il était au moment de la publication de la décision du Tribunal, le 22 janvier 2021.

⁴³ *Conair* à la p. 16. Voir des conclusions similaires quant à la divulgation de renseignements confidentiels sur le prix : *Lincoln* au par. 50; *Med-Emerg International Inc.* (15 juin 2005), PR-2004-050 (TCCE) au par. 41; *Lengkeek Vessel Engineering* (2 novembre 2006), PR-2006-022 (TCCE) au par. 17; *Hawboldt Industries* (27 avril 2018), PR-2017-045 (TCCE) [*Hawboldt*] aux par. 44-48.

⁴⁴ *Aerospace*, note de bas de page 15 au par. 49.

⁴⁵ Comme mentionné dans *Hawboldt* au par. 48, aux termes du paragraphe 1015(8) de l'ALENA, la non-divulgation était permise dans le cas où des renseignements « pourraient nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs ». Voir aussi *Hawboldt* au par. 49.

⁴⁶ *Horizon Maritime Services Ltd./Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd.* (2 janvier 2019), PR-2018-023 (TCCE) au par. 45.

sur une explication justifiable, même si cette explication n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal⁴⁷. Le Tribunal a conclu à maintes reprises qu'il interviendra relativement à une évaluation uniquement dans les cas où elle est *déraisonnable* et qu'il ne substituera pas son jugement à celui des évaluateurs à moins que les évaluateurs ne se soient pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils n'aient pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, qu'ils aient donné une interprétation erronée de la portée d'une exigence, qu'ils aient fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou que l'évaluation n'ait pas été effectuée d'une manière équitable du point de vue de la procédure⁴⁸.

M.2.1 : Expérience en démantèlement de navire

[66] Seule MRC soulève un point portant sur l'évaluation de l'exigence cotée M.2.1 qui requiert que les soumissionnaires démontrent leur expérience à l'égard du critère M.2.1.1 (démantèlement de navire) ou du critère M.2.1.2 (construction de navire/expérience importante du radoub de navire)⁴⁹. En ce qui concerne l'expérience en démantèlement de navire de MRC, les évaluateurs ont justifié leur évaluation comme suit : « [c]ertains exemples ne sont pas très détaillés. Pour certains projets, les jalons sont manquants et les références (pour corroborer l'expérience déclarée) liées à certains projets sont manquantes »⁵⁰ [traduction]. MRC fait valoir que le critère M.2.1 n'indique pas que les soumissionnaires doivent fournir des « jalons ou des références (pour corroborer l'expérience déclarée) » [traduction]. Par conséquent, TPSGC a introduit des critères d'évaluation non divulgués dans l'évaluation de la réponse de MRC au critère M.2.1.

[67] Le Tribunal convient qu'il n'y a aucune référence *expresse* à des « jalons » ou à des « références » dans la description du critère M.2.1 et, plus précisément, du critère M.2.1.1 (démantèlement de navire). Toutefois, le Tribunal ne conclut pas que les évaluateurs ont fait une évaluation déraisonnable du critère M.2.1. Comme il a été mentionné, le système de notation prévoit un éventail de notes possibles fondées sur la portée des renseignements contenus dans la soumission. Par conséquent, les évaluateurs disposaient d'une certaine latitude dans leur évaluation du caractère adéquat des renseignements contenus dans la soumission. Par exemple, pour obtenir la note la plus élevée possible, la réponse devait être « excellente [...], approfondie » et ne contenir « aucune faiblesse »⁵¹.

[68] En examinant la question de savoir si les évaluateurs ont appliqué des critères non divulgués, le Tribunal adhère au principe selon lequel une entité acheteuse respectera ses obligations aux termes de l'accord commercial pourvu qu'elle utilise une méthode d'évaluation qui est logiquement compatible avec la méthodologie et les critères indiqués dans les documents d'appel d'offres⁵².

[69] En ce qui concerne les divers projets décrits par MRC en réponse au critère M.2.1, il a été fait mention d'une période générale où les projets auraient été exécutés, mais non de dates ou

⁴⁷ Comme la Cour suprême du Canada l'a déjà souligné dans un contexte différent, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel [...] ». Voir *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 SCR 708, 2011 SCC 62 (CanLII) au par. 11 (citant *Dunsmuir c. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, 2008 SCC 9 [CanLII]).

⁴⁸ *Samson & Associates* (13 avril 2015), PR-2014-050 (TCCE) au par. 35; *Harris Corporation* (22 octobre 2018), PR-2018-016 (TCCE) au par. 21.

⁴⁹ Pièce PR-2020-038-07A aux p. 567-568.

⁵⁰ Pièce PR-2020-038-01B, par. 50 à la p. 31.

⁵¹ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 567.

⁵² *CGI* au par. 77; *Siemens* aux par. 41, 43, 45.

d'échéanciers particuliers liés aux projets. Étant donné que, selon une des exigences clés énoncées au critère M.2.1.1, tous les projets devaient avoir été terminés « après le 1er janvier 2005 »⁵³, l'absence de détails qui auraient pu permettre aux évaluateurs de situer la période particulière où les projets avaient été exécutés permet de penser que la réponse n'était pas assez « approfondie » pour justifier une note parfaite⁵⁴. De plus, le Tribunal souligne que, s'agissant du projet pour lequel un plan d'aliénation devait être fourni, il était exigé au critère M.2.1.1 que le plan d'ordonnancement comprenne « [...] les *échéanciers*, de l'arrivée du navire au site de démolition jusqu'à l'achèvement du projet » [nos italiques]. Il n'aurait pas été déraisonnable, pour les évaluateurs, de s'attendre à ce que chaque élément du plan d'ordonnancement soit assorti d'un échéancier, plutôt que de s'attendre à obtenir un seul calendrier général pour l'exécution de l'ensemble du plan⁵⁵. Les notes de l'évaluation ne semblent pas non plus indiquer que l'absence de « jalons » ou de « références » était l'unique lacune dans la proposition de MRC.

M.2.3.1: Système de gestion environnementale

[70] Seule CME a soulevé une question relativement à l'évaluation du critère coté M.2.3.1, dont les exigences sont formulées comme suit :

L'entrepreneur doit disposer d'un système de gestion de l'environnement conforme aux procédures requises dans le document ISO 14001-2015 Systèmes de management environnemental – Exigences publié par l'Organisation internationale de normalisation.

Le soumissionnaire doit décrire le système de gestion de l'environnement, basé sur la norme ISO 14001- 2015, qu'il a mis en place sur ses sites approuvés.⁵⁶

[71] CME soutient que les évaluateurs ont utilisé des critères non divulgués pour déterminer si sa soumission répondait aux exigences du critère M.2.3.1. Pour sa part, MRC affirme que le critère non divulgué décrit par CME était en réalité un objectif principal de la norme ISO 14001-2015, et fait observer plus particulièrement que « cette norme internationale permet à une organisation d'employer une approche commune et une réflexion axée sur les risques pour aligner son système de gestion environnementale sur les exigences des autres systèmes de gestion »⁵⁷ [traduction]. Qui plus est, MRC souligne que la section 6.1 de la norme ISO traite expressément des « mesures à prendre à l'égard des risques et des possibilités »⁵⁸ [traduction] de façon générale, et plus particulièrement dans le contexte des aspects et objectifs environnementaux, des obligations en matière de conformité et des mesures de planification.

[72] Le Tribunal conclut que le critère M.2.3.1 exigeait clairement que CME fournisse un système de gestion environnementale qui était compatible avec la norme ISO 14001-2015. Même si la certification ISO du système n'était pas exigée, il n'était pas déraisonnable d'exiger que CME démontre en quoi son système de gestion environnementale était conforme à la norme ISO. Par

⁵³ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 567.

⁵⁴ Pièce PR-2020-038-01C (protégée) à la p. 474.

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 476.

⁵⁶ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 566.

⁵⁷ Pièce PR-2020-038-32 à la p. 43.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 51.

conséquent, le facteur que CME décrit comme un critère non divulgué pourrait en fait découler d'une interprétation raisonnable du critère⁵⁹.

M.2.4.1: Installations temporaires

[73] MRC et CME ont toutes deux soulevé des préoccupations concernant l'évaluation de l'exigence cotée M.2.4.1, qui comprend les critères relatifs aux installations qu'utiliseraient les soumissionnaires pour réaliser les travaux requis. Le Tribunal examinera d'abord les observations touchant les certifications exigées présentées par MRC, et examinera ensuite les observations portant sur l'accès aux installations.

- Certifications exigées

[74] MRC soutient que des critères d'évaluation non divulgués ont été appliqués dans l'évaluation de sa soumission, plus particulièrement que TPSGC exigeait « une certification concernant la cale sèche délivrée par un ingénieur » [traduction] et des renseignements « sur l'état de la cale sèche » [traduction]. MRC fait valoir que ces exigences n'étaient pas précisées dans la DP. Les exigences pertinentes applicables à la cale sèche proposée figurant au critère M.2.4.4 sont formulées comme suit :

Si le soumissionnaire propose d'utiliser une cale sèche [...] il doit:

Fournir la preuve, sous la forme d'une déclaration signée, qu'il a un accès ininterrompu à la cale sèche pour toute la durée du projet, conformément à son calendrier prévu.

- a. Démontrer que la cale sèche est certifiée et capable d'accueillir l'ancien NGCC *W.E. Ricker* dans les conditions prévues pendant la période prévue de démantèlement du navire;
- b. Préciser la période de validité de la certification de la cale sèche et indiquer les calendriers d'inspections subséquentes.⁶⁰

[75] MRC soutient que, aux termes de la section 2.9 de la DP, elle n'était pas tenue de fournir la certification concernant la cale sèche avec la soumission, car la certification était censée être obtenue auprès du soumissionnaire retenu, après le processus d'évaluation et avant l'adjudication du contrat. Le soumissionnaire retenu devait aussi fournir des renseignements au sujet de « l'état des installations de carénage ». La section 2.9 de la DP est formulée comme suit :

Avant l'attribution du contrat, le soumissionnaire retenu pourra être appelé à démontrer à la satisfaction du Canada que la capacité certifiée de son installation de carénage, incluant tout moyen utilisé pour retirer le navire de l'eau, est appropriée au chargement prévu conformément aux plans connexes de carénage et autres documents. Le soumissionnaire retenu sera avisé par écrit et disposera d'une période raisonnable pour fournir des dessins détaillés de distribution de la charge et de la stabilité des blocs, ainsi que les calculs nécessaires pour démontrer le caractère adéquat des installations de carénage proposées.

Avant l'attribution du contrat et dans les 5 jours calendrier suivant la réception d'un avis écrit de l'autorité contractante, le soumissionnaire retenu doit fournir une certification courante et valide de

⁵⁹ Pièce PR-2020-056-01, par. 24 à la p. 13; pièce PR-2020-056-01A (protégée), par. 24 à la p. 13.

⁶⁰ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 570.

la capacité et de l'état des installations de carénage devant être utilisées pour les travaux. Cette certification doit être fournie par un expert-conseil reconnu ou une société de classification reconnue et avoir été émise au cours des deux dernières années.⁶¹

[76] En plus de ses observations selon lesquelles des critères non divulgués ont été appliqués dans l'évaluation, MRC ajoute que les évaluateurs n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans sa soumission qui répondaient aux préoccupations des évaluateurs à l'égard de la certification de la cale sèche et de son état. MRC affirme avoir fourni la preuve de la certification requise dans sa soumission, ainsi que des renseignements sur la stabilité et les capacités des installations.

[77] Puisque les certifications exigées étaient clairement énoncées au critère M.2.4.1⁶² (comme elles sont décrites plus en détail au critère M.2.4.4), le Tribunal conclut que les soumissionnaires étaient tenus de satisfaire à ce critère au moment de la présentation de la soumission. Toutes les certifications exigées décrites à la section 2.9 de la DP ne visaient que le soumissionnaire retenu. Dans la mesure où une ambiguïté résidait dans la question de savoir s'il était acceptable de satisfaire aux exigences en matière de décrites au critère M.2.4.1 après la clôture de l'appel d'offres conformément à la section 2.9, il s'agissait d'une ambiguïté manifeste, au sujet de laquelle les soumissionnaires auraient pu demander des éclaircissements avant la présentation de leur soumission, ou alors présenter une opposition ou déposer une plainte en temps opportun⁶³.

[78] Cela dit, après avoir examiné les éléments de preuve versés au dossier⁶⁴, le Tribunal conclut que des renseignements importants fournis dans la soumission de MRC pourraient ne pas avoir été pris en compte, ou que les évaluateurs pourraient avoir appliqué des critères non précisés dans la DP ou avoir évalué la soumission de MRC d'une manière incompatible avec les critères publiés. TPSGC n'ayant pas expliqué pourquoi les renseignements contenus dans la soumission de MRC ne répondaient pas aux exigences en matière de certification des installations, le Tribunal est d'avis qu'il serait approprié que TPSGC réévalue le contenu des soumissions se rapportant aux exigences en matière de certification du critère M.2.4.1. Dans sa réévaluation, TPSGC devrait adopter une position uniforme à l'égard des certifications exigées qui soit conforme aux modalités de la DP. Si les documents remis par les soumissionnaires ne satisfont pas à ces exigences, TPSGC devrait indiquer clairement en quoi les exigences en matière de certification n'ont pas été satisfaites, en faisant des renvois aux critères applicables dans la DP.

[79] CME conteste aussi sa note obtenue pour le critère M.2.4.1 portant sur les certifications exigées et la capacité de ses installations proposées. Ayant déterminé, en réponse à la plainte de MRC, qu'il serait approprié que TPSGC réévalue les réponses au critère M.2.4.1 portant sur les exigences en matière de certification applicables, le Tribunal conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les allégations de CME sur ce point, par souci d'économie des ressources judiciaires. La soumission de CME sera aussi réévaluée aux fins de vérification de la conformité aux exigences en matière de certification du critère M.2.4.1.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 506.

⁶² Le critère M.2.4 au complet était considéré comme s'appliquant pour l'évaluation du critère M.2.4.1 selon le cas. Pièce PR-2020-038-41, par. 30 à la p. 10; pièce PR-2020-038-07A à la p. 569.

⁶³ *Primex Project Management Ltd.* (22 août 2002), PR-2002-001 (TCCE) à la p. 10; *Deloitte Inc.* (25 juillet 2017), PR-2016-069 (TCCE) au par. 39.

⁶⁴ Pièce PR-2020-038-01B, par. 63, 64 aux p. 34, 35; pièce PR-2020-038-01C (protégée), par. 63, 64 aux p. 32, 33, 502-540; pièce PR-2020-056-01, par. 28 à la p. 14; pièce PR-2020-056-01A (protégée), par. 28 à la p. 14; pièce PR-2020-056-01C (protégée) à la p. 309.

- Accès aux installations

[80] CME affirme aussi craindre que les évaluateurs aient appliqué des critères non divulgués à l'égard de la preuve qu'elle a fournie montrant son accès ininterrompu aux installations proposées. Selon le critère M.2.4.3, le soumissionnaire doit « [f]ournir la preuve, sous la forme d'une déclaration signée, qu'il a un accès ininterrompu à l'installation ou à la zone le long du quai pour toute la durée du projet, conformément à son calendrier prévu ». Le critère M.2.4.4 comprend une exigence similaire concernant la cale sèche⁶⁵. CME soutient que sa soumission contenait la déclaration signée requise attestant qu'elle aurait un accès ininterrompu à son installation proposée pour toute la durée du projet selon le calendrier prévu, soit une lettre de Harbour Homes Marina Incorporated⁶⁶.

[81] MRC soutient que le critère M.2.4.7 s'appliquait à la lettre décrite par CME, et exigeait que le soumissionnaire fournisse la preuve que le « sous-traitant [...] a accepté de mettre l'installation à la disposition du soumissionnaire pendant la période des travaux prévue, conformément au calendrier préliminaire du soumissionnaire »⁶⁷. La période des travaux était définie aux sections 2.8 et 7.3.1 de la DP et devait débuter à la date d'attribution du contrat et ne pas dépasser 240 jours maximum, soit se terminer au 1^{er} avril 2020⁶⁸. MRC affirme qu'il y aurait eu une incidence sur la note de CME si CME n'avait pas démontré qu'elle aurait un accès ininterrompu pendant la période des travaux, jusqu'à concurrence de la durée maximale prévue.

[82] De l'avis du Tribunal, la période des travaux de 240 jours débutant à la date d'attribution du contrat constitue la période maximale pendant laquelle un soumissionnaire peut accomplir les travaux demandés. La référence au calendrier préliminaire du soumissionnaire au critère M.2.4.7 donne aussi une indication sur la période pendant laquelle le soumissionnaire doit avoir un accès ininterrompu à l'installation. Par conséquent, dans la mesure où la période d'accès correspond au calendrier préliminaire du soumissionnaire, dont la durée pourrait être plus courte que celle de la période des travaux, il demeure possible que la preuve présentée par CME ait été suffisante pour démontrer un accès ininterrompu conformément « au calendrier préliminaire du soumissionnaire ».

[83] Le Tribunal conclut donc qu'il serait approprié que TPSGC réévalue l'exigence cotée M.2.4.1 en examinant la preuve fournie dans les soumissions concernant l'accès ininterrompu à l'installation pertinente pendant la période exigée, en portant attention à la période des travaux et au calendrier préliminaire du soumissionnaire. Même si les renseignements relatifs au calendrier préliminaire de CME présentés en preuve soulèvent certains doutes, le Tribunal souligne que les évaluateurs peuvent seulement se fonder sur les renseignements contenus dans la soumission tels qu'ils ont été présentés pour déterminer le calendrier préliminaire du soumissionnaire.

⁶⁵ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 570.

⁶⁶ Pièce PR-2020-056-01, au par. 30 à la p. 14; pièce PR-2020-056-01C (protégée) à la p. 311.

⁶⁷ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 570.

⁶⁸ Articles 2.8 et 7.3.1 de la DP; pièce PR-2020-038-07A aux p. 678, 690.

M.2.6: Plan de projet

[84] MRC et CME formulent toutes deux des allégations concernant l'évaluation de l'exigence cotée M.2.6, laquelle requiert que le soumissionnaire fournisse un plan de projet qui décrit son « approche et sa méthodologie relatives aux travaux requis à l'annexe A – Énoncé des travaux ». La description de l'exigence contient une énumération d'un certain nombre d'éléments devant être inclus, par exemple une ébauche du plan de remorquage pour chaque étape de remorquage⁶⁹.

[85] MRC soulève trois points qui pourraient avoir influé sur sa note au critère M.2.6. Le premier point concerne le fait que les évaluateurs ont conclu qu'un « système spécialisé temporairement installé doté d'une fonction de notification à distance » [traduction] n'était pas un élément de son plan de surveillance des inondations⁷⁰. MRC soutient que ni la DP ni la liste de contrôle pour les opérations de remorquage des navires privés d'énergie de Transports Canada (liste de contrôle de TC) n'exigeaient de système de notification à distance, et que la déduction de points sur cette base par les évaluateurs reviendrait à avoir appliqué des critères d'évaluation non divulgués.

[86] Après avoir examiné les modalités de la DP et la liste de contrôle de TC, lesquelles ne contenaient aucune mention expresse d'un système utilisant la notification à distance, le Tribunal conclut qu'il serait approprié que les soumissions fassent l'objet d'une réévaluation visant à déterminer si cette caractéristique précise (la notification à distance) est un critère pouvant raisonnablement être qualifié d'implicite ou de prévisible à partir des exigences formulées au critère M.2.6. S'il s'avère que la caractéristique n'est pas implicite ni prévisible, les évaluateurs devront revoir leurs notes pour s'assurer que des points n'ont pas été déduits au motif que le système proposé n'était pas doté d'une fonction de notification à distance.

[87] MRC soutient également que sa soumission était conforme à la liste de contrôle de TC, laquelle contient les énoncés suivants : « Les marques du tirant d'eau du navire remorqué doivent être clairement visibles » [traduction] et « Ligne d'indication du tirant d'eau peinte et bien visible »⁷¹ [traduction]. Le Tribunal conclut que rien n'indique au dossier que ces exigences ne s'appliqueraient pas à une réponse au critère M.2.6. Ainsi, les réponses des soumissionnaires au critère M.2.6 devraient être réévaluées de façon à ce qu'il soit tenu compte des exigences de remorquage de Transports Canada en ce qui concerne les marques de tirant d'eau du navire remorqué et la ligne d'indication. Dans la mesure où ces exigences s'appliquent, aucun point ne devrait être retranché pour des renseignements fournis en vue de satisfaire aux exigences de la liste de contrôle de Transports Canada précédemment décrite.

[88] L'autre point soulevé par MRC se rapportant à l'évaluation de la réponse au critère M.2.6 concerne la mesure dans laquelle des points ont été déduits en raison de la difficulté des évaluateurs à trouver les renseignements contenus dans la soumission. MRC soutient que lorsque les évaluateurs trouvent les détails pertinents dans la soumission, les renseignements en question doivent faire l'objet d'une évaluation équitable. Comme il a été mentionné, le système de notation des critères cotés confère aux évaluateurs une grande latitude, et le plus grand nombre de points ne peut être accordé que lorsqu'une réponse donnée constitue une « Excellente » explication et ne contient aucune faiblesse. Les instructions figurant au critère « M.1 Préparation de la soumission technique »

⁶⁹ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 490.

⁷⁰ Pièce PR-2020-038-01B, par. 67 à la p. 35.

⁷¹ *Ibid.*, par. 69 aux p. 36, 477.

décrivent aussi les exigences à respecter relativement aux renvois internes dans la soumission⁷². Qui plus est, 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 fin. À cet égard, 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 renseignements fournis démontrent clairement leur conformité aux exigences. Autrement dit, les soumissionnaires doivent soigneusement faire le lien, pour les évaluateurs, entre des détails et des spécifications qui peuvent figurer à divers endroits de leur soumission⁷³.

[89] De l'avis du Tribunal, le fait qu'un soumissionnaire ne précise pas clairement que des renseignements sont fournis en réponse aux critères peut fort bien influencer sur l'évaluation des points à attribuer par les évaluateurs. Par exemple, lorsque les renseignements se rapportant aux critères évalués sont difficiles à trouver, les évaluateurs peuvent avoir du mal à déterminer avec certitude si certains renseignements sont censés être considérés comme des éléments de réponse du soumissionnaire. Les renseignements que les soumissionnaires auraient fournis en réponse aux critères, sans toutefois les avoir reliés à ces derniers, pourraient également échapper aux évaluateurs. À la lumière des éléments de preuve versés au dossier, le Tribunal ne saurait affirmer à quel point la difficulté de trouver les renseignements dans la soumission a influé sur l'attribution des notes par les évaluateurs, le cas échéant. Pour la réévaluation du critère M.2.6, les évaluateurs devraient évaluer les points en fonction de la clarté et du caractère suffisant de la réponse aux critères pertinents. Si les évaluateurs ont du mal à trouver les renseignements pertinents dans la soumission, à un point tel que la difficulté influe sur leur évaluation de la clarté ou du caractère suffisant de la soumission, ce fait devrait être clairement documenté.

[90] Relativement à « l'ébauche de plan de remorquage » requise au critère M.2.6, les soumissionnaires devaient fournir des renseignements sur « le calendrier et l'itinéraire prévus, y compris un port sécuritaire ». De plus, selon le critère M.2.6, chaque soumissionnaire devait « détailler la méthodologie, étape par étape, pour l'élimination du navire [...] »⁷⁴. CME soutient que sa réponse satisfaisait au critère M.2.6 et que son plan d'itinéraire était suffisamment détaillé⁷⁵. CME fait également valoir que des points lui ont été retranchés sans motif valable à l'égard de son plan étape par étape. Pour sa part, MRC affirme que les allégations de CME ne font état d'aucun critère d'évaluation objectif non divulgué et que les évaluateurs ont pleinement pris en compte la proposition de CME. Il incombait à CME de faire preuve de diligence raisonnable dans la préparation de sa soumission pour faire en sorte qu'elle soit bien comprise par les évaluateurs.

⁷² À cet égard, le Tribunal attire l'attention sur les instructions au critère M.1 Préparation de la soumission technique, qui sont formulées comme suit : « [...] les soumissionnaires doivent démontrer leur compréhension des exigences contenues dans la demande de soumissions et expliquer comment ils répondront à celles-ci. Ils doivent également démontrer leur capacité et décrire de façon complète, concise et claire l'approche qu'ils adopteront pour réaliser les travaux. La soumission technique doit traiter clairement et de manière suffisamment approfondie des points faisant l'objet des critères d'évaluation en fonction desquels la soumission sera évaluée. [...] le Canada demande que les soumissionnaires reprennent les sujets dans l'ordre des critères d'évaluation, sous les mêmes rubriques. Pour éviter les recoupements, les soumissionnaires peuvent faire référence à différentes sections de leur soumission en indiquant le numéro de l'alinéa et de la page où le sujet visé est déjà traité » [nos italiques]. Pièce PR-2020-038-07A à la p. 566.

⁷³ *Accipiter* au par. 71; *Valcom* au par. 54; *CGI Information Systems and Management Consultants Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 et PR-2014-020 (TCCE) au par. 150; *ADR Education* (18 octobre 2013), PR-2013-011 (TCCE) au par. 59.

⁷⁴ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 572.

⁷⁵ Pièce PR-2020-056-01, par. 35 à la p. 15; pièce PR-2020-056-01A (protégée), par. 34 à la p. 15.

[91] TPSGC n'ayant pas présenté d'observations en réponse aux commentaires des évaluateurs au sujet du critère M.2.6, le Tribunal ne peut vérifier ce qui a justifié la note de CME. Par conséquent, le Tribunal conclut qu'il serait approprié que TPSGC réévalue les réponses au critère M.2.6, à savoir les renseignements contenus dans la soumission ayant trait à la planification de l'itinéraire et au plan étape par étape, en s'assurant d'effectuer l'évaluation conformément aux critères applicables.

M.2.9: Santé et sécurité

[92] Selon le critère M.2.9, “[l]e soumissionnaire doit démontrer qu’il s’engage à assurer la sécurité de ses employés.” À cet égard, le soumissionnaire était tenu de fournir les éléments suivants :

1. fournissant la preuve qu’il est en règle auprès de l’autorité provinciale de sécurité au travail;
2. décrivant le système de gestion de la santé et de la sécurité au travail en place sur son site approuvé;
3. démontrant qu’il assure la protection des travailleurs sur le site approuvé par des procédures en vigueur pour les éléments suivants :
 - a. le dégazage au cours des opérations de brûlage et de soudage;
 - b. le travail à chaud, les opérations de brûlage d’acier et d’aluminium recouverts de couches de peinture contenant des éléments comme du plomb, du chrome, du cadmium et du cuivre;
 - c. le désamiantage;
 - d. la manutention de câbles et d’équipement électriques contenant des biphenyles polychlorés (BPC);
 - e. l’élimination des moisissures;
 - f. les eaux usées;
 - g. l’eau huileuse et l’huile usée;
 - h. l’accès aux espaces clos.⁷⁶

[93] MRC soutient que sa soumission répondait à cette exigence et qu’elle aurait dû obtenir le nombre maximal de points. MRC ne croit pas que sa soumission contenait trop peu de « détails ou de précisions » [traduction] sur les procédures d’exploitation normalisées dont il était question dans la description de son système de gestion de la santé et de la sécurité, comme l’ont affirmé les évaluateurs dans leurs commentaires. MRC estime avoir fourni suffisamment de renseignements dans le « Manuel sur la santé et la sécurité » [traduction] joint à sa soumission, et que conclure le contraire reviendrait à un refus de tenir compte de renseignements cruciaux contenus dans sa soumission. MRC fait aussi valoir que toute déduction de points attribuable au fait qu’elle a mentionné que son système de santé et de sécurité était aligné sur une certaine norme ISO était injustifiée. De plus, MRC conteste les conclusions des évaluateurs selon lesquelles sa soumission manquait de clarté au sujet de la surveillance des travaux effectués par le sous-traitant, car ce point a été traité « à maintes reprises » [traduction] tout au long de la soumission⁷⁷. Enfin, revenant sur le commentaire des évaluateurs selon lequel « [c]ertains éléments étaient difficiles à trouver dans l’ensemble de la proposition, mais étaient traités de façon suffisamment détaillée » [traduction],

⁷⁶ Pièce PR-2020-038-07A à la p. 573.

⁷⁷ Pièce PR-2020-038-1B, par. 80-83 aux p. 38, 39; pièce PR-2020-038-1C (protégée), par. 80-82 aux p. 36, 37.

MRC soutient qu'aucun point n'aurait dû être déduit au motif que des renseignements auraient été « difficiles à trouver » [traduction].

[94] N'ayant obtenu aucun renseignement supplémentaire de TPSGC justifiant son évaluation, le Tribunal conclut qu'il ne peut déterminer si les évaluateurs ont omis de tenir compte de renseignements pertinents de la soumission. Néanmoins, comme il a été mentionné, à supposer que les évaluateurs aient tenu compte de tous les renseignements pertinents et attribué les points en fonction du caractère suffisant des renseignements, le Tribunal souligne que le système de notation laisse une certaine latitude dans l'appréciation du degré d'approfondissement des renseignements fournis en réponse aux critères. Une éventuelle « difficulté à trouver les renseignements contenus dans la soumission » [traduction] éprouvée par les évaluateurs, comme l'a indiqué précédemment le Tribunal, pourrait être entrée en ligne de compte dans l'évaluation des points pouvant être attribués⁷⁸. Toutefois, les éléments de preuve n'indiquent pas clairement de quelle manière la difficulté à trouver les renseignements dans la soumission a influé sur les notes attribuées par les évaluateurs, le cas échéant. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut qu'il est approprié que TPSGC réévalue les soumissions pour s'assurer qu'aucun renseignement crucial n'a été omis dans l'évaluation des réponses aux exigences énoncées dans le critère M.2.9, et que le caractère suffisant de la réponse a été évalué de la même façon pour chaque soumission et conformément aux exigences de la DP. Si les évaluateurs concluent que les renseignements contenus dans la soumission sont insuffisants, cette affirmation doit être clairement documentée.

[95] Le Tribunal conclut que les préoccupations de CME concernant l'évaluation de sa réponse au critère M.2.9 se rapprochaient de certaines questions soulevées par MRC⁷⁹. Ayant affirmé qu'il serait approprié de réévaluer les réponses au critère M.2.9 par souci d'économie des ressources judiciaires, le Tribunal conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les allégations de CME au sujet de cette exigence. Toutefois, le Tribunal ne souscrit pas à l'observation de CME selon laquelle la déduction de points au motif que le contenu des soumissions se limitait aux seuls renseignements qui étaient disponibles au moment de la clôture de l'appel d'offres constituerait un défaut de procéder à l'évaluation conformément à l'ALEC. À cet égard, le Tribunal a affirmé ce qui suit :

[D]e 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 [...] 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 fournisseurs. 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'appliquer. Les accords commerciaux ne protègent pas un soumissionnaire si son interprétation de l'exigence s'avère inexacte.*⁸⁰

[Notes de bas de page omises, nos italiques]

⁷⁸ Voir les exigences dans "M.1 Préparation de la soumission technique", pièce PR-2020-038-07A à la p. 653.

⁷⁹ Pièce PR-2020-056-01A (protégée), par. 41-42 aux p. 16, 17; pièce PR-2020-056-01, par. 41-42 à la p. 16.

⁸⁰ *Accipiter* au par. 75.

[96] Ainsi, les soumissionnaires ne sont pas exemptés de l'obligation de satisfaire aux critères au motif qu'ils ne disposaient pas des renseignements pertinents au moment de la soumission. Dans le cadre de la réévaluation, les évaluateurs ne sont pas tenus d'évaluer les critères en fonction des renseignements dont disposait le soumissionnaire, à moins qu'une telle démarche soit conforme aux critères.

M.2.10: Plan de protection de l'environnement préliminaire

[97] L'exigence cotée M.2.10 énonce les critères relatifs au plan de protection de l'environnement préliminaire du soumissionnaire qui doit démontrer « son engagement à éviter toute répercussion environnementale nuisible grâce à la mise en œuvre de pratiques exemplaires fondées sur la prévention de la pollution et la promotion de saines pratiques environnementales ». Le plan doit comprendre les éléments suivants :

- a.** la description ou l'identification du ou des sites pour l'élimination des matières dangereuses;
- b.** la description ou l'identification de tout autre site d'élimination approuvé (p. ex. les sites d'enfouissement municipaux);
- c.** la description ou l'identification des installations de recyclage et des matériaux à recycler dans le cadre de ce projet;
- d.** une copie du certificat d'enregistrement pour l'élimination des poussières d'amiante;
- e.** la description de la méthode de nettoyage du navire, qui doit inclure le transport des déchets du chantier au site d'élimination et la méthode d'emballage et d'enlèvement;
- f.** le plan d'urgence environnementale, qui décrit la méthode proposée pour confiner les contaminants et pour gérer les fuites d'hydrocarbures dans l'eau et dans le sol, les fuites de substances appauvrissant la couche d'ozone, ainsi que les incendies ou les explosions pouvant survenir à bord du navire. Les outils et le matériel à utiliser et disponibles à bord du navire ou sur le site de travail pendant toute la durée du contrat doivent être identifiés;
- g.** des détails sur les méthodes de nettoyage et d'élimination des matières dangereuses, les zones contaminées par des hydrocarbures et divers éléments;
- h.** la surveillance des inondations du navire et plan d'intervention.

Le plan préliminaire de protection de l'environnement doit aussi décrire les procédures en place pour assurer que les installations sont exploitées et entretenues en conformité avec toutes les lois et tous les règlements applicables.

Le PPE préliminaire doit aussi décrire les procédures en place afin d'assurer que tous les sous-traitants (incluant ceux chargés de la manutention, du transport, du traitement, du stockage et de l'élimination) possèdent des permis, homologations ou certificats valides comme il convient pour chaque matière dangereuse énumérée dans l'évaluation environnementale.⁸¹

[98] MRC conteste les commentaires des évaluateurs selon lesquels sa réponse à la section F n'était « pas complète et présentait des lacunes »⁸² [traduction]. MRC soutient que la note était fondée uniquement sur l'évaluation subjective des évaluateurs. De plus, les évaluateurs n'auraient prétendument pas tenu compte de renseignements cruciaux dans la soumission de MRC en concluant qu'elle contenait « peu de détails sur les sites d'élimination choisis »⁸³ [traduction]. MRC affirme que les détails au sujet des sites d'élimination étaient exposés en entier à « l'onglet 8 du critère M.2.5

⁸¹ Pièce PR-2020-038-07A aux p. 492, 493.

⁸² Pièce PR-2020-038-01B, par. 89, 87 aux p. 39, 40.

⁸³ *Ibid.*, par. 88 à la p. 40.

Liste des sous-traitants »⁸⁴ [traduction]. MRC réfute en outre l'évaluation des évaluateurs selon laquelle son plan de surveillance des inondations était lacunaire, car son plan et son Manuel de remorquage respectaient toutes les exigences de Transports Canada. MRC conteste également l'allégation des évaluateurs selon laquelle certains points étaient adéquatement traités dans la soumission, mais qu'il y avait par ailleurs des renseignements « manquants et d'autres points trop peu détaillés. Dans de nombreux cas, les renseignements étaient dispersés dans diverses sections et l'explication n'y faisait pas référence ou ne contenait aucun renvoi à eux »⁸⁵ [traduction].

[99] Comme il l'a indiqué plus haut, le Tribunal ne conclut pas que la subjectivité dans l'évaluation de la soumission de MRC faite par les évaluateurs constitue en soi une erreur dans le processus d'évaluation. Le système de notation confère aux évaluateurs une certaine latitude dans la manière d'attribuer les points en fonction du caractère suffisant des renseignements présentés en réponse aux critères. En l'espèce, il semble que les évaluateurs cherchaient de toute évidence à obtenir plus de détails sur le plan d'urgence environnementale, les sites d'élimination et le plan de surveillance des inondations, qui étaient assurément des questions d'une grande importance pour TPSGC dans le cadre de ce marché public. Toutefois, en l'absence d'explication de TPSGC sur la nature des lacunes relevées dans la réponse de MRC au critère M.2.10, le Tribunal ne peut présumer que l'évaluation des évaluateurs était fondée. Les réponses au critère M.2.10 devraient donc être réévaluées en fonction des critères pertinents, de manière à assurer la prise en compte de tous les renseignements fournis dans la soumission en réponse aux critères.

[100] Le Tribunal conclut que les préoccupations de CME quant à l'évaluation de sa réponse au critère M.2.10 s'apparentaient à certaines des questions soulevées par MRC, car elles concernaient les évaluations du caractère suffisant de la réponse⁸⁶. Ayant conclu qu'il serait approprié de réévaluer les réponses au critère M.2.10, par souci d'économie des ressources judiciaires, le Tribunal conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les allégations de CME ayant trait à cette exigence. Cela dit, comme il l'a indiqué plus haut, le Tribunal ne souscrit pas à l'observation de CME selon laquelle la déduction de points au motif que le contenu de la soumission se limitait aux seuls renseignements qui étaient disponibles au moment de la clôture de l'appel d'offres constituerait un défaut de procéder à l'évaluation conformément à l'ALEC. Par conséquent, dans le cadre de la réévaluation, les évaluateurs ne sont pas tenus d'évaluer les critères en fonction des renseignements dont disposait le soumissionnaire, à moins qu'une telle démarche soit conforme aux critères pertinents.

MESURE CORRECTIVE

[101] 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 la demande de soumissions et qu'il procédera à un nouvel appel d'offres aux modalités révisées.

[102] Pour recommander une mesure corrective, le Tribunal doit tenir compte de tous les facteurs concernant l'appel d'offres en question, notamment :

- 1) la gravité des irrégularités constatées;

⁸⁴ *Ibid.*, par. 90 à la p. 39; pièce PR-2020-038-01C (protégée), par. 89, 90 à la p. 39.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 92 aux p. 40, 41.

⁸⁶ Pièce PR-2020-056-01A (protégée), par. 47-52 aux p. 17, 18; pièce PR-2020-056-01, par. 47-52 aux p. 17, 18.

- 2) l'ampleur du préjudice causé à la partie plaignante ou à tout autre intéressé;
- 3) l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du processus d'adjudication;
- 4) la bonne foi des parties;
- 5) le degré d'exécution du contrat.

[103] Le Tribunal conclut que les irrégularités étaient graves. TPSGC a choisi d'annuler l'appel d'offres sans procéder à un examen approfondi des erreurs d'évaluation qui, selon les allégations des soumissionnaires, auraient été commises au cours du processus visant à déterminer le soumissionnaire classé au premier rang en fonction des critères publiés. L'analyse faite par le Tribunal des allégations visant l'évaluation des critères M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10 soulève un doute, et il y a lieu de se demander si des critères non divulgués seraient entrés en ligne de compte ou si des renseignements dans les soumissions auraient été indûment ignorés dans l'évaluation. Les erreurs d'évaluation de cette nature sont graves, et peu d'éléments de preuve permettent de conclure que TPSGC les a traitées avec toute la diligence requise dans les circonstances.

[104] Le caractère subjectif du processus d'évaluation que redoutait TPSGC en raison de l'ambiguïté dans la DP n'était pas un motif suffisant pour annuler la DP. La gravité de cette irrégularité est accentuée par le fait que les parties plaignantes n'ont pas contesté les modalités prévues dans la DP et que le lancement d'un nouvel appel d'offres les aurait exposées toutes deux à un important préjudice. Comme la nouvelle DP concernerait le même besoin (soit l'élimination de l'ancien navire NGCC *W.E. Ricker*), la divulgation du prix de la soumission de CME risquerait de compromettre la capacité de MRC et de CME de livrer concurrence équitablement, et il serait peu probable que ce risque puisse être atténué. Le Tribunal est d'avis que l'annulation de l'appel d'offres, dans les circonstances actuelles, a compromis l'intégrité et l'efficacité du processus d'adjudication.

[105] Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut qu'il serait approprié de recommander que les soumissions soient réévaluées sur le plan de la conformité aux critères techniques obligatoires M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10, selon la manière décrite dans les présents motifs. Pour éviter que la réévaluation porte préjudice aux autres soumissionnaires, le Tribunal est d'avis qu'il faudrait, aux fins d'équité, évaluer à nouveau toutes les soumissions étudiées à la phase III du processus d'évaluation des soumissions par étapes. Une telle démarche serait appropriée puisque la conformité des soumissions techniques aux exigences de l'appel d'offres n'a pas été évaluée avant la phase III, après que les soumissionnaires ont eu l'occasion de remédier aux problèmes de non-conformité liés aux exigences obligatoires d'admissibilité indiquées dans le REC à la phase II⁸⁷. Le Tribunal est d'avis qu'une telle manière de procéder serait conforme aux dispositions prévues au paragraphe 30.15(2) et dans l'ALEC⁸⁸.

[106] Dans la mesure du possible, étant donné la nature hautement technique de la DP, le Tribunal recommanderait également que la réévaluation soit confiée aux mêmes évaluateurs qui ont fait l'évaluation initiale. De plus, la nouvelle évaluation devra s'effectuer dans les meilleurs délais et, au plus tard, six mois suivant la date de la présente décision.

⁸⁷ Voir les articles 4.1.1.3 and 4.1.1.4 de la DP; pièce PR-2020-038-07A aux p. 511, 512.

⁸⁸ Voir *CGI* au par. 211; *Space2Place Design Inc.* (30 octobre 2015), PR-2015-012 (TCCE) au par. 57; *KPMG LLP* (23 novembre 2018), PR-2018-014 et PR-2018-024 (TCCE) au par. 29.

FRAIS

[107] Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à MRC une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa plainte (dossier n° PR-2020-038). Le Tribunal accorde également à CME une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de ses plaintes (dossiers n°s PR-2020-044 et PR-2020-056). Aux fins de clarté, même si CME a déposé deux plaintes distinctes, le Tribunal ne voit aucune raison d'accorder à CME une indemnité supplémentaire pour les frais encourus pour la préparation de sa seconde plainte, laquelle a été déposée en partie pour répondre aux allégations formulées dans la plainte de MRC.

[108] Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public (Ligne directrice)*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2. Les exigences de l'appel d'offres étaient complexes étant donné la nature des services demandés, soit le démantèlement d'un ancien navire, qui comportait un niveau de risque que TPSGC devait gérer tout au long de la procédure de passation du marché public. De nombreuses allégations ont été formulées à l'égard de plusieurs critères cotés obligatoires. Le refus de TPSGC d'examiner ces observations en entier a compliqué la procédure. La période d'enquête a été prolongée à 135 jours, et la nécessité d'évaluer le bien-fondé de la jonction des plaintes a accru le degré de complexité de la procédure. Par conséquent, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$.

DÉCISION

[109] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que les plaintes sont fondées en partie.

[110] Aux termes des paragraphes 30.14(2) et 30.14(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC évalue à nouveau toutes les soumissions étudiées à la phase III du processus d'évaluation des soumissions par étapes, à la lumière des critères techniques obligatoires M2.4.1, M2.6, M2.9 et M2.10 seulement, en application des directives du Tribunal énoncées dans les motifs de la présente décision. La nouvelle évaluation devra s'effectuer dans les meilleurs délais et, au plus tard, six mois suivant la date de la présente décision.

[111] Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à MRC une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de sa plainte (dossier n° PR-2020-038) et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité de la plainte ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer 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.

[112] Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à CME une indemnité raisonnable pour les frais encourus pour la préparation de ses plaintes (dossiers n°s PR-2020-044 et PR-2020-056) et l'engagement de la procédure, indemnité qui doit être versée par TPSGC. Conformément à la *Ligne directrice*, le Tribunal détermine provisoirement que le degré de complexité de ces plaintes, traitées ensemble, correspond au degré 2 et que le montant de l'indemnité

est de 2 750 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui concerne la détermination provisoire du degré de complexité des plaintes ou du montant de l'indemnité, elle peut déposer 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.

POST-SCRIPTUM

[113] Le 5 mars 2021, après avoir rendu ses motifs en date du 22 février 2021, le Tribunal a reçu une lettre de TPSGC. Dans sa lettre, TPSGC indiquait ce qui suit :

[...] en ce qui concerne M.2.4.1, nous remarquons que la décision indique au paragraphes 73 à 83 que M.2.4.1 devrait être évalué à nouveau. Cette exigence a trait aux installations temporaires, ce qui ne faisait pas l'objet des plaintes. Nous croyons qu'une erreur typographique survenue dans les notes d'évaluation a fait en sorte que le Tribunal, ayant l'intention de faire référence à l'évaluation de M.2.4.1, de M.2.4.2, de M.2.4.3 et de M.2.4.4, a fait référence à M.2.4.1 seulement. Tous ces critères devaient être considérés dans leur ensemble selon les modalités de la DP. Étant donné cette situation, TPSGC soutient respectueusement que tous les critères doivent être évalués à nouveau à la lumière de la décision⁸⁹.

[Traduction]

[114] Le 11 mars 2021, le Tribunal a demandé à MRC et CME de fournir leurs commentaires au sujet de la lettre de TPSGC. MRC et CME ont confirmé, les 16 et 18 mars 2021, respectivement, qu'elles étaient en accord avec la demande de TPSGC de corriger les motifs rendus par le Tribunal.

[115] Pour faire suite aux commentaires récents de TPSGC au sujet du critère technique obligatoire M.2.4.1, le Tribunal publie le présent post-scriptum afin d'éclaircir sa décision et ces motifs. Les énoncés qui y figurent ne modifient aucunement la décision et les motifs rendus préalablement.

[116] MRC et CME ont toutes formulé des allégations concernant le critère technique obligatoire M.2.4.1. Dans le cadre de son analyse relative à ces allégations, le Tribunal s'est appuyé sur les observations des parties et sur les éléments de preuve versés au dossier, qui confirmaient que l'évaluation de M.2.4.1 avait englobé d'autres critères. En d'autres mots, le Tribunal a conclu que la cote attribuée par les évaluateurs pour le critère M.2.4.1, comme le démontrent les notes d'évaluation, était fondée sur les exigences formulées à l'égard de M.2.4.1 à M.2.4.4, selon le cas. De ce fait, CME a indiqué que cette cote comprenait « les critères techniques M.2.4.1 à M.2.4.4, dont certains étaient applicables selon le plan du soumissionnaire quant à l'accomplissement du travail »⁹⁰. De l'information semblable qui se trouvait aussi dans le RIF comprenait un extrait de la grille de notation M.3 de la DP. Cette information concernant le « point » coté M.2.4.1 de la RIF est reproduite plus bas⁹¹ :

Point	Section	Note le cas échéant	Obligatoire? (Oui/Non)	Notes sur l'inclusion obligatoire dans la soumission et la
-------	---------	---------------------	---------------------------	------------------------------------------------------------------

⁸⁹ Pièce PR-2020-038-42 à la p. 1.

⁹⁰ Pièce PR-2020-056-01 au par. 26.

⁹¹ Pièce PR-2020-038-41 au par. 30.

				notation.
M.2.4.1	Installations temporaires	Installations évaluées selon une cote combinée de 0 à 5	Seulement si applicable	Les renseignements sont requis seulement si une installation temporaire est nécessaire dans la cadre du plan de projet du soumissionnaire.

[117] Bien que TPSGC ait fait référence à « M.2.4 au complet » dans la DP, la grille de notation M.3 de la DP indiquait clairement qu'une cote combinée de « 0 à 5 » serait accordée en fonction de l'évaluation de M.2.4.1, M.2.4.2, M.2.4.3 et M.2.4.4⁹².

[118] Le Tribunal indique dans sa décision que toutes les soumissions doivent être évaluées à nouveau relativement à M.2.4.1, entre autres, *en application des directives du Tribunal énoncées dans les motifs*.

[119] Dans ces motifs, le Tribunal se reporte à M.2.4.4, qui concerne la cale sèche proposée, pour examiner les allégations de MRC au sujet l'évaluation du critère technique obligatoire M.2.4.1⁹³. Le Tribunal a déterminé qu'il s'avérait juste « que TPSGC réévalue le contenu des soumissions se rapportant aux exigences en matière de certification du critère M.2.4.1 » et lui a fourni de plus amples directives sur la façon dont il devrait procéder à la nouvelle évaluation des exigences en matière de certification⁹⁴. Quand il attribue une cote, TPSGC doit nécessairement évaluer les soumissions en fonction de toutes exigences en matière de certification requises selon M.2.4.1 à M.2.4.4. Seuls M.2.4.1 et M.2.4.4 font référence à des exigences en matière de certification.

[120] De façon similaire, en examinant les allégations avancées par CME au sujet de l'évaluation de M.2.4.1 et les éléments de preuve contenus dans sa soumission concernant l'accès ininterrompu aux installations qu'elle propose, le Tribunal a fait référence à M.2.4.3 et M.2.4.4.⁹⁵ Le Tribunal a jugé qu'il était pertinent pour TPSGC d'évaluer à nouveau M.2.4.1 « en examinant la preuve fournie dans les soumissions concernant l'accès ininterrompu à l'installation pertinente pendant la période exigée, en portant attention à la période des travaux et au calendrier préliminaire du soumissionnaire »⁹⁶. Pour attribuer la cote à l'égard de M.2.4.1, TPSGC devrait nécessairement évaluer les exigences figurant dans M.2.4.3 et M.2.4.4, afin de déterminer s'il y a des éléments de preuve contenus dans les soumissions concernant l'accès ininterrompu aux installations proposées.

[121] Tout changement à la note combinée des soumissionnaires en ce qui a trait à l'évaluation du « point » M.2.4.1 se limitera à la réévaluation par TPSGC des exigences pertinentes figurant dans M.2.4.3 et M.2.4.4. telles qu'elles sont décrites dans les motifs et précisées par l'entremise du présent

⁹² Pièce PR-2020-038-07A à la p. 399.

⁹³ Voir les par. 74 et 77. Il convient de répéter que, dans sa plainte, MRC allègue que TPSGC n'a pas évalué correctement M.2.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10. Les allégations de CME visaient M.2.3.1, M.2.4.1, M.2.6, M.2.9 et M.2.10.

⁹⁴ Voir le par. 78.

⁹⁵ Voir le par. 80.

⁹⁶ Voir le par. 83.

post-scriptum. Les observations et éléments de preuve au dossier de la présente procédure n'indiquent pas qu'il serait justifié d'évaluer à nouveau les critères formulés aux rubriques « M.2.4.1. Installations temporaires » et « M.2.4.2 Site approuvé de démantèlement de navire » de la DP.

Cheryl Beckett

Cheryl Beckett

Membre président

ANNEXE I**DISPOSITIONS PERTINENTES DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE CANADIEN****Article 502: Principes généraux**

1. Chaque Partie accorde un accès ouvert, transparent et non discriminatoire aux marchés couverts de ses entités contractantes.

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 adjudgé 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*Documentation relative à l'appel d'offres*

7. Une entité contractante met à la disposition des fournisseurs la documentation relative à l'appel d'offres qui contient tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent préparer et présenter des soumissions valables. La documentation relative à l'appel d'offres contient tous les détails pertinents concernant :

- a) les critères d'évaluation qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions, y compris les méthodes de pondération et d'évaluation, à moins que le prix ne soit le seul critère;
- b) les prescriptions auxquelles le fournisseur doit satisfaire et les modalités et conditions applicables aux soumissions, y compris, le cas échéant :
 - i) les spécifications techniques,
 - ii) les prescriptions liées au service offert ou à la garantie,
 - iii) les coûts de transition,
 - iv) la certification de conformité, les plans, les dessins ou les instructions applicables,
 - v) les prescriptions concernant la présentation des soumissions.

Article 515: Traitement des soumissions et adjudication des marchés*Évaluation et adjudication des marchés*

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.

Article 517: Divulcation de renseignements

1. Nonobstant toute autre disposition du présent chapitre, une entité contractante ne communique pas à un fournisseur particulier des renseignements qui pourraient nuire à la concurrence loyale entre fournisseurs.