



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION ET MOTIFS

Dossier n° PR-2020-071

Bronson Consulting Group Inc.

c.

Construction de Défense Canada

*Décision rendue
le vendredi 7 mai 2021*

*Motifs rendus
le mardi 18 mai 2021*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
RÉSUMÉ DE LA PLAINTE.....	1
CONTEXTE	2
Procédure de passation du marché public.....	2
Historique des procédures	3
OBJET DE LA PLAINTE	6
Positions des parties	6
Analyse.....	11
COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INFÉRENCE DÉFAVORABLE	18
Applicabilité de l'article 30 de la <i>LPD</i>	19
Inférence défavorable	21
Le refus de communiquer les renseignements demandés ne constitue pas une violation des accords commerciaux en l'espèce	30
Une inférence défavorable et une conclusion potentielle de violation pourraient être tirées si les circonstances étaient différentes	30
FRAIS	32
DÉCISION.....	33

EU ÉGARD À une plainte déposée par Construction de Défense Canada 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**BRN SON CONSULTING GROUP INC.****Partie plaignante****ET****CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA****Institution fédérale****DÉCISION**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte n'est pas fondée. L'indication provisoire du Tribunal à l'égard de l'indemnité est que chaque partie assumera ses propres frais. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Serge Fréchette

Serge Fréchette

Membre président

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Membre du Tribunal :	Serge Fréchette, membre président
Conseillers juridiques du Tribunal :	Peter Jarosz, conseiller juridique principal Michael Carfagnini, conseiller juridique
Partie plaignante :	Bronson Consulting Group Inc.
Conseillers juridiques de la partie plaignante :	Alexander Bissonnette Christopher McLeod
Institution fédérale :	Construction de Défense (1951) Limitée, faisant affaires sous le nom de Construction de Défense Canada
Conseillers juridiques de l'institution fédérale :	Alexander Gay Brian Kahane Brendan F. Morrison Peter J. Osborne Margaret Robbins Zachary Rosen

Veillez adresser toutes les communications à :

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

[1] Bronson Consulting Group Inc. (Bronson) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, à l'égard d'une demande de propositions abrégées (DPA) pour la prestation de services de recherche de documents historiques et de gestion et production de documents (appel d'offres n° CA20HR2) publiée par Construction de Défense (1951) Limitée, faisant affaire sous le nom de Construction de Défense Canada (CDC), pour le compte du ministère de la Défense nationale (MDN).

[2] Bronson soutient que CDC a agi de façon inappropriée en s'appuyant sur les renseignements contenus dans l'énoncé des travaux (EDT) annexé à la DPA pour déduire des points durant son évaluation technique des spécialistes des systèmes d'information géographique (SIG) proposés par Bronson.

[3] Bronson affirme que les modalités de la DPA où sont énoncées les exigences techniques applicables aux spécialistes des SIG ne prévoyaient pas que CDC pouvait s'appuyer sur l'EDT, et que l'évaluation de ses ressources proposées en fonction des renseignements contenus dans l'EDT constituait donc une application de critères d'évaluation non divulgués, ce qui est contraire aux accords commerciaux. Bronson prétend en outre que CDC a agi inéquitablement lorsqu'elle a utilisé certains termes figurant dans les critères d'évaluation de façon erronée ou incohérente durant l'évaluation technique de sa proposition.

[4] Selon Bronson, si ces critères non divulgués n'avaient pas été appliqués, elle aurait obtenu une note technique totale plus élevée que Canadian Development Consultants International Inc. (CDCI), le soumissionnaire retenu à qui l'offre à commandes a été attribuée, et elle aurait donc obtenu le contrat au terme de l'appel d'offres.

[5] À titre de mesure corrective, Bronson demande l'une des réparations suivantes :

- l'annulation du contrat attribué à CDCI, la réévaluation de la proposition de Bronson et l'attribution du contrat au proposant ayant obtenu la note la plus élevée;
- le versement d'une indemnité pour perte de profits ou perte d'occasion à Bronson;
- le versement d'une indemnité pour les frais engagés par Bronson pour la préparation de sa soumission.

[6] CDC convient qu'elle s'est appuyée sur l'EDT pour déduire des points durant son évaluation de la proposition de Bronson, mais elle affirme que cette façon de faire était conforme aux modalités de la DPA.

[7] Au cours de la présente instance, CDC a refusé pour la première fois de communiquer des renseignements au sujet de la soumission de CDCI et de l'évaluation de celle-ci même si le Tribunal lui en a fait la demande, au motif que ce type de renseignements est protégé contre toute

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

communication en application de l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*². Le contenu précis de ces renseignements demeure inconnu, et Bronson a demandé au Tribunal de tirer une inférence défavorable du fait que ces renseignements n'avaient pas été communiqués par CDC. Le Tribunal est d'avis que les renseignements en question sont pertinents pour les besoins de son analyse seulement dans la mesure où il conclurait d'abord qu'il était déraisonnable de s'appuyer sur l'EDT pour évaluer les propositions. Par conséquent, dans les présents motifs, le Tribunal examine le bien-fondé de cette question avant de trancher la question de la communication des renseignements et de l'inférence défavorable. Comme il est expliqué ci-dessous, le Tribunal estime que les renseignements en question ne sont pas nécessaires au règlement de la plainte et conclut donc qu'il n'est pas approprié qu'il tire une inférence défavorable en l'espèce.

[8] Cela dit, le Tribunal tient à souligner qu'il est d'avis que la position de CDC commanderait une inférence défavorable si les renseignements demandés étaient nécessaires au règlement de la plainte et, de façon plus générale, qu'il ne permettra pas à CDC d'invoquer l'article 30 de la *LPD* pour se soustraire à ses obligations de communication lorsqu'elle est partie à une plainte portant sur un marché public.

CONTEXTE

Procédure de passation du marché public

[9] Le 16 juillet 2020, CDC a établi la DPA pour la prestation de services de recherche de documents historiques et de gestion et production de documents et a fixé la date de clôture de la période de soumission au 25 août 2020³. Une offre à commandes devait être attribuée au proposant retenu au terme de l'appel d'offres pour qu'il fournisse les services susmentionnés « au fur et à mesure des besoins » [traduction] pendant une période de deux ans, avec possibilité de prolongation jusqu'à concurrence de trois périodes supplémentaires d'un an⁴. En général, ces services ont pour objectif d'aider à déterminer la responsabilité éventuelle du MDN à l'égard des biens immobiliers, de la présence de munitions explosives non explosées et de la protection de l'environnement, à faciliter la production de documents concernant les litiges auxquels le MDN est partie, ainsi qu'à appuyer les projets actuels et antérieurs du MDN⁵. La DPA contient également une liste des services à fournir qui comprennent l'utilisation de SIG⁶.

[10] Le 25 août 2020, Bronson a présenté une proposition en réponse à la DPA⁷.

[11] Le 19 novembre 2020, après l'évaluation des propositions, CDC a attribué l'offre à commandes à CDCI⁸.

[12] Il semble y avoir des contradictions dans les éléments de preuve présentés par les parties concernant le déclenchement du processus de compte rendu. En effet, dans la version confidentielle de sa plainte, Bronson [

² L.R.C. (1985), ch. D-1 [*LPD*].

³ Pièce PR-2020-071-01 à la p. 35.

⁴ Pièce PR-2020-071-01 aux p. 35-36.

⁵ Pièce PR-2020-071-09A au par. 7.

⁶ Pièce PR-2020-071-01 à la p. 41.

⁷ Pièce PR-2020-071-01 au par. 18.

⁸ Pièce PR-2020-071-09A au par. 2.

] ⁹. Or, selon l'exposé des faits de CDC, cette dernière a informé les proposants du rejet de leur soumission le 9 décembre 2020¹⁰. Quoiqu'il en soit, le 10 décembre 2020, CDC a envoyé un document de compte rendu à Bronson qui faisait état des résultats obtenus lors de l'évaluation des aspects techniques et des coûts de sa proposition¹¹.

[13] Après avoir examiné les documents de compte rendu, Bronson a communiqué avec CDC afin de lui demander de lui fournir la note technique du soumissionnaire retenu, ainsi que le nombre de soumissionnaires qui avaient présenté une proposition. CDC a répondu qu'elle ne fournirait pas cette note¹², [

] ¹³.

[14] Le 14 décembre 2020, Bronson et CDC ont communiqué par téléphone pour effectuer un autre compte rendu, au cours duquel CDC a confirmé qu'elle s'était appuyée sur l'EDT pour faire l'évaluation technique de la proposition de Bronson¹⁴.

Historique des procédures

[15] Le 24 décembre 2020, Bronson a déposé les versions publique et confidentielle de sa plainte auprès du Tribunal¹⁵. Le 29 décembre 2020, le Tribunal a avisé les parties qu'il acceptait d'enquêter sur la plainte¹⁶.

[16] Le 8 janvier 2021, CDC a informé le Tribunal que le contrat avait été attribué à CDCI¹⁷. Le 13 janvier 2021, le Tribunal a avisé CDCI qu'une enquête serait menée et qu'elle pouvait participer à la procédure¹⁸. CDCI ne s'est pas prévalu de cette possibilité.

[17] Le 18 janvier 2021, CDC a communiqué avec le Tribunal afin de lui demander une prolongation de délai jusqu'au 4 février 2021 pour le dépôt du Rapport de l'institution fédérale (RIF)¹⁹. Le Tribunal a accueilli la demande de CDC le même jour²⁰.

⁹ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) à la p. 59.

¹⁰ Pièce PR-2020-071-09A au par. 27.

¹¹ Pièce PR-2020-071-01 aux par. 25-26; pièce PR-2020-071-09A au par. 28; pièce PR-2020-071-01A (protégée) aux p. 59-61.

¹² Pièce PR-2020-071-01 au par. 27.

¹³ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) au par. 27.

¹⁴ Pièce PR-2020-071-01 aux par. 29, 31.

¹⁵ Pièce PR-2020-071-01; pièce PR-2020-071-01A (protégée).

¹⁶ Pièce PR-2020-071-03; pièce PR-2020-071-04.

¹⁷ Pièce PR-2020-071-05.

¹⁸ Pièce PR-2020-071-06.

¹⁹ Pièce PR-2020-071-07.

²⁰ Pièce PR-2020-071-08.

[18] Le 4 février 2021, CDC a présenté au Tribunal et à Bronson les versions publique et confidentielle de son RIF ainsi que des déclarations écrites sous serment des évaluatrices Mme Alison Street et Mme Maria Drake²¹.

[19] Le 5 février 2021, le Tribunal a accusé réception du RIF et a ordonné à CDC de produire, au plus tard le 10 février 2021, les documents supplémentaires qu'il jugeait nécessaires pour l'examen de la plainte de Bronson, plus particulièrement les parties pertinentes de la soumission technique de CDCI et les fiches d'évaluation de la proposition de CDCI comprenant les notes d'évaluation individuelle et les notes d'évaluation consensuelle attribuées par les évaluatrices²².

[20] Le 10 février 2021, CDC a présenté les documents supplémentaires que lui avait demandés le Tribunal, ainsi que d'autres documents relatifs aux notes attribuées à la proposition de Bronson, à la méthode d'évaluation utilisée par les évaluatrices et aux instructions qui leur avaient été données²³. En ce qui concerne les documents demandés par le Tribunal, CDC a affirmé qu'elle présentait ces documents à titre confidentiel aux seules fins de l'examen du Tribunal, car ils contiennent des renseignements confidentiels qui appartiennent à CDCI et CDCI n'est pas partie à l'instance²⁴.

[21] Le 11 février 2021, le Tribunal a écrit aux conseillers juridiques des deux parties afin de les aviser qu'il n'acceptait pas les versions expurgées de documents confidentiels et afin d'ordonner à CDC de déposer et de signifier des versions non expurgées des documents en question (en y conservant les désignations de confidentialité) au plus tard le 16 février 2021. Le Tribunal informait par le fait même les conseillers juridiques qu'il prolongeait le délai accordé à Bronson pour le dépôt de ses commentaires sur le RIF jusqu'au vendredi 26 février 2021²⁵. Le 11 février 2021 également, Bronson a demandé au Tribunal de mettre à la disposition de ses conseillers juridiques indépendants les documents produits par CDC aux seules fins de l'examen du Tribunal en faisant remarquer que ses conseillers juridiques avaient déposé la Formule II – Avis de représentation et la Formule III – Acte de déclaration et d'engagement²⁶.

[22] Le 16 février 2021, CDC a écrit au Tribunal afin de lui faire savoir qu'elle ne pouvait pas communiquer les renseignements demandés au titre de l'article 30 de la *LPD*, car elle avait demandé son consentement à CDCI pour communiquer ces renseignements conformément à l'article 30 et CDCI avait refusé. CDC a également demandé au Tribunal de retourner ou, sinon, de détruire les documents produits et de ne plus les communiquer²⁷.

[23] Le 17 février 2021, le Tribunal a demandé à Bronson de déposer ses commentaires concernant la lettre du 16 février 2021 de CDC au plus tard le 22 février 2021 à midi (HNE), et CDC aurait par la suite jusqu'au 24 février 2021 à midi (HNE) pour présenter une réponse²⁸.

[24] Le 22 février 2021, Bronson a affirmé que l'article 30 de la *LPD* ne s'appliquait pas à l'appel d'offres ou, subsidiairement, que la présentation d'une proposition par CDCI en réponse à cet appel d'offres constituait un consentement implicite à la communication de renseignements au titre de

²¹ Pièce PR-2020-071-09A; RIF confidentiel, pièce PR-2020-071-09B (protégée).

²² Pièce PR-2020-071-10.

²³ Pièce PR-2020-071-11A; pièce PR-2020-071-11B (protégée).

²⁴ Pièce PR-2020-071-11.

²⁵ Pièce PR-2020-071-13.

²⁶ Pièce PR-2020-071-12.

²⁷ Pièce PR-2020-071-14.

²⁸ Pièce PR-2020-071-15.

l'article 30, et a demandé au Tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à CDC de communiquer les documents²⁹.

[25] Le 24 février 2021, CDC a fait valoir que, contrairement à ce qu'affirmait Bronson dans ses observations, l'article 30 de la *LPD* s'appliquait à l'appel d'offres et que la présentation d'une proposition par CDCI en réponse à cet appel d'offres ne constituait pas un consentement implicite à la communication de renseignements au titre de l'article 30³⁰.

[26] Le 25 février 2021, le Tribunal a demandé à CDC de confirmer si le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) avait rendu une décision au titre de l'alinéa 30b) de la *LPD* en ce qui a trait à la communication des documents et, dans le cas contraire, de demander au ministre de rendre une telle décision dans les plus brefs délais³¹. Le même jour, le Tribunal a envoyé une lettre à CDCI dans laquelle il lui demandait de confirmer si elle consentait à la communication des renseignements demandés au titre de l'article 30 de la *LPD* et lui expliquait la protection dont bénéficient les renseignements confidentiels présentés dans le cadre des instances du Tribunal³².

[27] Le 2 mars 2021, CDCI a écrit au Tribunal pour lui confirmer qu'elle ne consentait pas à la communication des renseignements demandés³³.

[28] Le 4 mars 2021, Bronson a présenté une demande d'autorisation de prolongation de délai pour le dépôt de ses commentaires sur le RIF en affirmant qu'elle avait compris qu'elle n'était pas tenue de présenter ses commentaires sur le RIF avant que le Tribunal tranche la question de la production des documents. Dans cette lettre, Bronson affirmait également que le Tribunal devrait tirer une inférence défavorable du fait que les renseignements demandés n'avaient pas été communiqués et que le ministre avait refusé de consentir à leur communication³⁴.

[29] Le 5 mars 2021, CDC a écrit au Tribunal pour lui confirmer que le ministre n'avait pas consenti à la communication des renseignements demandés au titre de l'alinéa 30b) de la *LPD*³⁵. Le même jour, CDC a écrit au Tribunal pour lui recommander d'accueillir la demande de prolongation de délai de Bronson pour le dépôt de ses commentaires sur le RIF, mais a aussi demandé au Tribunal l'autorisation de présenter des commentaires supplémentaires sur la question de l'inférence défavorable soulevée par Bronson dans sa lettre du 4 mars 2021³⁶.

²⁹ Pièce PR-2020-071-16.

³⁰ Pièce PR-2020-071-17.

³¹ Pièce PR-2020-071-18.

³² Pièce PR-2020-071-19.

³³ Pièce PR-2020-071-23.

³⁴ Pièce PR-2020-071-25.

³⁵ Pièce PR-2020-071-26. DCC était quelque peu vague quant à la question de savoir si elle avait vraiment demandé une décision du ministre relativement au consentement lorsqu'elle a indiqué que « la correspondance du ministre est privilégiée aux termes de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada (L.R.C (1985), ch. C-5). Ainsi, nous ne pouvons que confirmer que le ministre n'a pas donné son accord afin de produire les renseignements aux termes du paragraphe 30b) de la *LPD* ». Selon le Tribunal, cela suffit pour démontrer que le ministre n'a pas donné son accord.

³⁶ Pièce PR-2020-071-27.

[30] Le 8 mars 2021, le Tribunal a accueilli la demande de prolongation de délai de Bronson pour le dépôt de ses commentaires sur le RIF et a ordonné à Bronson de déposer ses commentaires en s'appuyant sur le rapport existant au plus tard le 10 mars 2021³⁷.

[31] Le 10 mars 2021, Bronson a déposé les versions publique et confidentielle de ses commentaires sur le RIF³⁸.

[32] Le 11 mars 2021, le Tribunal a accusé réception des commentaires de Bronson sur le RIF et ordonné à CDC de présenter ses observations sur la question de l'inférence défavorable au plus tard le 17 mars 2021, et Bronson aurait par la suite jusqu'au 22 mars 2021 pour y répondre³⁹.

[33] Le 17 mars 2021, CDC a déposé ses observations sur la question de l'inférence défavorable⁴⁰.

[34] Le 22 mars 2021, Bronson a déposé ses observations en réponse sur la question de l'inférence défavorable⁴¹.

[35] Comme le dossier renfermait suffisamment de renseignements pour lui permettre de déterminer si la plainte était fondée, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a tranché la plainte sur la foi du dossier écrit.

OBJET DE LA PLAINTÉ

Positions des parties

Bronson

[36] Bronson soutient que CDC a agi de façon inappropriée en déduisant des points durant l'évaluation technique des spécialistes des SIG qu'elle proposait. Plus précisément, Bronson conteste la décision des évaluateurs selon laquelle l'expérience des SIG décrite dans les curriculum vitæ du spécialiste principal des SIG et du spécialiste intermédiaire des SIG proposés par Bronson ne démontrait pas que ces ressources possédaient l'expérience requise des SIG pour la recherche de documents historiques et l'application des normes de données de CDC décrites dans l'EDT. Bronson affirme que l'évaluation de ces ressources en fonction de l'EDT n'était pas conforme aux modalités de la DPA et constituait une application de critères d'évaluation non divulgués, ce qui est contraire aux accords commerciaux.

[37] Selon Bronson, la déduction de points durant l'évaluation technique de sa proposition sur la base de renseignements contenus dans l'EDT constitue une violation du paragraphe XV(5) de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC) et du paragraphe 515(5) de l'Accord de libre-échange canadien (ALEC), qui prévoient que l'entité contractante adjudgera un marché uniquement sur la base des critères d'évaluation spécifiés dans les avis et dans la documentation relative à l'appel d'offres. Bronson invoque également le paragraphe XV(1) de l'AMP-OMC et le paragraphe 515(1) de l'ALEC, qui disposent qu'une entité contractante recevra, ouvrira et traitera toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent

³⁷ Pièce PR-2020-071-28.

³⁸ Pièce PR-2020-071-29; pièce PR-2020-071-29A (protégée).

³⁹ Pièce PR-2020-071-30.

⁴⁰ Pièce PR-2020-071-31.

⁴¹ Pièce PR-2020-071-32.

l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés, ainsi que la confidentialité des soumissions.

[38] Bronson fait valoir que, conformément à la section 3.3 de la DPA, où sont énoncés les critères d'évaluation du « personnel clé » [traduction], qui comprend les spécialistes principal et intermédiaire des SIG, elle était tenue de soumettre des curriculum vitæ qui démontraient que les spécialistes des SIG proposés possédaient respectivement au moins cinq et dix années d'« expérience connexe » [traduction]. Or, selon la section 3.3.2, les curriculum vitæ de ces ressources devaient plutôt démontrer qu'elles possédaient de l'« expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes » [traduction]. Bronson soutient que les expressions « expérience connexe » [traduction] et « expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion » [traduction] utilisées dans ces sections désignent l'expérience générale de l'utilisation de SIG, car aucun autre type d'expérience ou type précis d'expérience n'est mentionné dans la section 3.3. Par contre, Bronson souligne que la section 3.2 fait explicitement référence à la DPA et à l'EDT pour ce qui est de l'établissement des critères pour évaluer l'expérience et les qualifications générales de l'équipe d'experts-conseils proposée⁴².

[39] Bronson soutient que sa proposition était conforme à tous les critères d'évaluation énoncés à la section 3.3 de la DPA et que le nombre maximum de points aurait dû lui être accordé lors de l'évaluation des deux spécialistes des SIG qu'elle proposait⁴³. Bronson soutient en outre que CDC l'a informée par téléphone que [

] ⁴⁴[]

[40] Bronson invoque la décision du Tribunal dans *Smith Vigeant*⁴⁵, une affaire à l'issue de laquelle le Tribunal a conclu qu'en interprétant le terme « connexe » contenu dans les critères d'évaluation d'une manière que ne pouvait pas prévoir la partie plaignante, les évaluateurs avaient appliqué un critère d'évaluation non divulgué⁴⁶. Bronson invoque également la décision rendue dans l'affaire *Star Group*⁴⁷, où le Tribunal a conclu qu'en évaluant les propositions, CDC a considéré « la formation, l'évaluation des risques, l'atténuation des risques et la sécurité des sous-traitants » comme implicite dans le critère qui exigeait que le soumissionnaire décrive « sa politique, ses procédures et ses pratiques en matière de santé et de sécurité » même si ces termes précis n'étaient pas expressément utilisés dans ce critère d'évaluation. Bronson soutient qu'elle ne pouvait pas savoir que CDC donnerait aux termes non définis « expérience pertinente » [traduction] et « expérience connexe » [traduction] le sens d'expérience pertinente ou connexe par rapport à des renseignements qui se trouvaient ailleurs que dans la section 3.3 de la DPA, et que l'évaluation de sa proposition en fonction de ces renseignements constituait donc une application de critères d'évaluation non divulgués⁴⁸.

[41] Enfin, Bronson invoque la décision rendue dans *Space2Place*⁴⁹, une affaire dans le cadre de laquelle le Tribunal a conclu que l'application, à chaque membre du personnel, des exigences en

⁴² Pièce PR-2020-071-01 aux par. 42-46.

⁴³ Pièce PR-2020-071-01 aux par. 51-54.

⁴⁴ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) au par. 52.

⁴⁵ *Smith Vigeant Architectes Inc. + ABCP Architecture* (14 août 2017), PR-2017-009 (TCCE) [*Smith Vigeant*].

⁴⁶ *Smith Vigeant* aux par. 34-36.

⁴⁷ *Star Group International Trading Corporation* (7 avril 2014), PR-2013-032 (TCCE) [*Star Group*].

⁴⁸ Pièce PR-2020-071-01 aux par. 57-58.

⁴⁹ *Space2Place Design Inc.* (30 octobre 2015), PR-2015-012 (TCCE) [*Space2Place*].

matière de licences énoncées dans les critères servant à évaluer la proposition du proposant dans son ensemble constituait une violation des accords commerciaux⁵⁰.

[42] Dans sa plainte, Bronson faisait aussi référence au paragraphe XV(4) de l'AMP-OMC et au paragraphe 515(4) de l'ALEC, qui disposent que, pour être considérée en vue d'une adjudication, une soumission est présentée par écrit et, au moment de son ouverture, est conforme aux prescriptions essentielles énoncées dans les avis d'appel d'offres et dans la documentation relative à l'appel d'offres, et émane d'un fournisseur satisfaisant aux conditions de participation. Le Tribunal a toujours considéré que ces dispositions s'appliquent aux critères obligatoires énoncés dans les documents d'appel d'offres, dont le respect est généralement évalué selon le principe de la réussite ou de l'échec et est une condition nécessaire pour que la soumission soit considérée en vue de l'attribution d'un contrat⁵¹. Selon les sections 3.1.1 et 4.1.1 de la DPA, la seule exigence obligatoire dans le cadre du marché public en cause était que les propositions devaient obtenir une note technique totale d'au moins 60 sur 90⁵². Comme rien n'indique que CDC a jugé que la proposition de Bronson ne satisfaisait pas à ce critère, ou l'a rejetée pour ce motif, le Tribunal estime que le paragraphe XV(4) de l'AMP-OMC et le paragraphe 515(4) de l'ALEC ne s'appliquent pas à la plainte en l'espèce.

CDC

[43] CDC convient qu'elle s'est appuyée sur l'EDT pour déduire des points durant l'évaluation de la proposition de Bronson, mais que cette façon de faire était conforme aux modalités de la DPA.

[44] Dans son RIF, CDC fait valoir que la mention « voir la section 2 de l'énoncé des travaux (EDT) pour plus de détails » [traduction] concernant les services que doit fournir le proposant retenu qui figure à la section 1.3.3 de la DPA signifie que l'EDT a été incorporé par renvoi dans la DPA et justifie l'utilisation de l'EDT comme critère d'évaluation⁵³. CDC souligne que, selon la section 3.3 de la DPA, les proposants doivent démontrer que le personnel qui sera évalué en fonction des critères de cette section possède l'expertise technique et l'expérience de la gestion de projets nécessaires pour « satisfaire aux exigences de la présente offre à commandes » [traduction], mais que, selon la section 3.3.2.4, les curriculum vitae qui seront évalués en fonction des critères de la section 3.3 doivent démontrer que le personnel proposé possède de l'« expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes » [traduction]. CDC soutient que les proposants éventuels devaient manifestement comprendre du libellé de la DPA, ainsi que du contexte et de l'objectif de l'appel d'offres, que les ressources qu'ils proposaient devaient posséder de l'expérience et de l'expertise relativement aux services qui devaient être fournis dans le cadre de l'offre à commandes, y compris en ce qui a trait aux tâches liées aux SIG décrites dans l'EDT⁵⁴.

[45] CDC affirme que l'on peut essentiellement déduire des observations de Bronson que toute expérience relative aux SIG, pas seulement l'expérience de l'exécution de tâches liées aux SIG décrite dans l'EDT, permettrait aux proposants d'obtenir la note maximale lors de l'évaluation technique des spécialistes des SIG qu'ils proposent. Selon CDC, cette interprétation n'est pas

⁵⁰ *Space2Place* au par. 38.

⁵¹ Voir, par exemple, *Insight Safety and Sports Inc.* (3 août 2018), PR-2018-013 (TCCE) au par. 11; *Dynamic Engineering Inc.* (16 mai 2018), PR-2017-060 (TCCE) au par. 38; *Workplace Medical Corp.* (28 juillet 2015), PR-2015-004 (TCCE) aux par. 36-37.

⁵² Pièce PR-2020-071-01 aux p. 44-45.

⁵³ Pièce PR-2020-071-09A aux par. 4(i), 10-11.

⁵⁴ Pièce PR-2020-071-09A aux par. 13-16.

raisonnable et ferait en sorte que les sections précitées de la DPA où est décrite l'expérience « connexe » [traduction] ou « pertinente » [traduction] relativement à « la présente offre à commandes » [traduction] ne seraient pas interprétées comme il se doit, ce qui irait à l'encontre de la position maintenue par le Tribunal selon laquelle les documents d'appel d'offres doivent être interprétés en fonction des objectifs compte tenu de l'intention de l'entité contractante ainsi que de l'objet et des objectifs globaux du marché public⁵⁵.

[46] CDC soutient qu'il n'est pas raisonnable de conclure que l'absence de renvoi explicite à l'EDT dans la section 3.3 signifie que l'EDT ne devait pas, et ne pouvait pas, être pris en compte durant l'évaluation des ressources proposées en fonction des critères de cette section. D'après CDC, les seuls renseignements des documents d'appel d'offres qui pourraient donner un sens à l'expression « exigences de la présente offre à commandes » [traduction] figurant à la section 3.3 sont les renseignements contenus dans l'EDT. CDC souligne que d'autres sections indiquent clairement que la portée des services qui doivent être fournis dans le cadre de l'offre à commandes est établie dans l'EDT, dont la section 1.3.3, dans laquelle on invite les proposants à consulter l'EDT pour avoir de plus amples détails sur les services à fournir⁵⁶, et la section 3.2.2, dans laquelle on demande aux proposants de démontrer que l'équipe d'experts-conseils qu'ils proposent possède de l'expérience « dans le plus grand nombre de domaines possible, comme le précisent la section 1.3 de la DPA et les sections 2 et 3 de l'EDT⁵⁷ » [traduction].

[47] CDC fait valoir que, en l'absence de renvoi aux renseignements contenus dans l'EDT concernant les tâches précises liées aux SIG qui devaient être exécutées dans le cadre de l'offre à commandes, les évaluatrices n'auraient eu aucun cadre de référence sur lequel s'appuyer pour effectuer une évaluation technique des spécialistes des SIG proposés et, par conséquent, qu'il était non seulement permis, mais aussi nécessaire que les évaluatrices tiennent compte de l'EDT lorsqu'elles ont évalué ces spécialistes en fonction des critères de la section 3.3.

[48] En ce qui a trait à l'évaluation de la proposition de Bronson, CDC soutient que ses évaluatrices ont décidé à juste titre de ne pas accorder le nombre maximum de points durant l'évaluation technique des spécialistes des SIG proposés par Bronson, car il n'avait pas été démontré que ces ressources possédaient de l'expérience de la fourniture de données géospatiales conformément aux normes de données énoncées à la section 2.2.5 de l'EDT ou de l'expérience générale de l'utilisation des SIG pour la recherche de documents historiques, comme le mentionnent les sections 2 et 3 de l'EDT⁵⁸.

Réponse de Bronson

[49] Dans ses commentaires sur le RIF, Bronson affirme que le fait que CDC a confirmé que les évaluatrices se sont appuyées sur des renseignements contenus dans l'EDT pour effectuer l'évaluation technique des spécialistes des SIG qu'elle proposait confirme sans équivoque son allégation selon laquelle CDC a appliqué des critères d'évaluation qui ne figuraient pas dans la DPA. Bronson soutient que les normes de données énoncées dans l'EDT ne sont pas mentionnées dans les sections 3.3.1.1.4 et 3.3.1.1.5 et que l'on ne peut pas déduire de l'expression non définie

⁵⁵ Pièce PR-2020-071-09A aux par. 34-38, citant *Re R.E.D. Electronics* (26 juillet 1995), 94N6660-021-0024 (TCCE).

⁵⁶ Pièce PR-2020-071-01 à la p. 41.

⁵⁷ Pièce PR-2020-071-09A aux par. 40-43.

⁵⁸ Pièce PR-2020-071-09A au par. 48 et aux p. 25-26; pièce PR-2020-071-01 aux p. 52-54.

« expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes » [traduction] qui est utilisée à la section 3.3.2.4 de la DPA que ces normes devaient être appliquées comme des critères d'évaluation. Bronson fait référence à la section 2.3 des « Instructions aux évaluateurs » [traduction] qui figurent dans le RIF selon laquelle l'évaluateur doit lire attentivement le critère énoncé dans le document d'appel d'offres lorsqu'il évalue une réponse à un critère ou y attribue une note⁵⁹. Bronson soutient que, selon ces instructions, les évaluatrices devaient tenir compte des critères figurant dans les sections 3.3.1.1.4 et 3.3.1.1.5 de la DPA et non des dispositions de l'EDT⁶⁰.

[50] Bronson souligne également que, dans la feuille de travail confidentielle utilisée par les évaluatrices pour évaluer sa proposition qui a été jointe au RIF, [

] ⁶¹. [

] ⁶². Bronson soutient que, même si l'EDT a été incorporé par renvoi dans la DPA, les accords commerciaux exigent que les critères d'évaluation soient clairement énoncés et le libellé de la section 4.2.1 de la DPA précise que les critères d'évaluation à appliquer sont décrits à la section 3 de la DPA. Par conséquent, Bronson affirme qu'il n'était pas raisonnable d'utiliser les renseignements contenus dans l'EDT comme critères d'évaluation.

[51] Bronson soutient en outre que, puisque l'une des normes de données énoncées dans l'EDT (les « Normes de données géospatiales de CDC » [traduction]) est une norme de CDC, on pourrait raisonnablement conclure que ces normes de données fournissent des renseignements supplémentaires sur les normes techniques que doit respecter le proposant retenu dans l'exécution du contrat et qu'elles ne constituent pas des critères d'évaluation. Bronson ajoute que l'utilisation de normes de données de CDC comme critères d'évaluation pourrait en soi constituer une violation des accords commerciaux, car on favoriserait ainsi injustement le fournisseur titulaire. Bronson prétend qu'en ne révélant pas que ces normes seraient utilisées comme critères d'évaluation, CDC a privé les soumissionnaires éventuels de la possibilité de contester ces spécifications et a favorisé injustement le fournisseur titulaire de « façon clandestine⁶³ » [traduction]. Cependant, dans son exposé final, Bronson affirme clairement ne pas prétendre que les spécifications de l'EDT avaient pour but de favoriser CDCI ou de lui procurer un avantage⁶⁴.

[52] Enfin, Bronson fait valoir qu'en réduisant les notes attribuées aux spécialistes des SIG qu'elle proposait au motif qu'elle n'avait pas démontré que l'expérience de ces ressources était conforme au contenu de l'EDT, CDC a confondu à tort ou utilisé de façon incohérente les termes « connexe » [traduction], « directement liée » [traduction] et « pertinente » [traduction]. Bronson affirme que l'exigence énoncée aux sections 3.3.1.1.4 et 3.3.1.1.5 selon laquelle les soumissionnaires doivent démontrer que leurs ressources possèdent de l'expérience « connexe » [traduction] n'a pas la même signification que l'exigence énoncée à la section 3.3.2.4 selon laquelle les curriculum vitæ présentés doivent démontrer que les ressources proposées possèdent de l'expérience « pertinente » [traduction]

⁵⁹ Pièce PR-2020-071-11A à la p. 2.

⁶⁰ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 6-12.

⁶¹ Pièce PR-2020-071-11B (protégée) à la p. 5.

⁶² Pièce PR-2020-071-11B (protégée) à la p. 2.

⁶³ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 19-22.

⁶⁴ Pièce PR-2020-071-32 au par. 19.

dans des domaines techniques et de gestion en lien avec l'offre à commandes. Bronson soutient que l'évaluatrice de CDC, M^{me} Street, a mal interprété le terme « connexe » [traduction] en lui donnant le sens d'expérience liée au travail à effectuer dans le cadre de l'offre à commandes comme il était décrit dans l'EDT et qu'elle a en outre appliqué erronément la norme plus élevée que confère le terme « directement liée » [traduction] au lieu de s'appuyer simplement sur le terme « connexe » [traduction]⁶⁵. Bronson invoque la décision rendue par le Tribunal dans l'affaire *Deloitte*⁶⁶, où le Tribunal a établi que la distinction faite par les évaluateurs entre les termes non définis « stratégies coûts-avantages » et « analyse coûts-avantages » constituait une « ambiguïté latente, si ce n'est un critère non divulgué » pour lequel le soumissionnaire ne devrait pas être pénalisé⁶⁷.

Analyse

Application de critères non divulgués

[53] Bien qu'on en ait débattu en profondeur, les positions des parties sont relativement claires. Bronson soutient qu'il n'était pas raisonnable que CDC donne au terme « expérience connexe » [traduction] utilisé dans les sections 3.3.1.4.4 et 3.3.1.4.5 de la DPA et à l'expression « expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes » [traduction] utilisée dans la section 3.3.2.4 le sens d'expérience qui est conforme aux exigences énoncées dans l'EDT en ce qui concerne la recherche de documents historiques et aux normes de données des SIG énoncées à la section 2.2.5. CDC n'est pas de cet avis.

[54] La partie 3 de la DPA, intitulée « Critères d'évaluation » [traduction], établit les critères sur lesquels il faut s'appuyer pour évaluer les propositions soumises dans le cadre de l'appel d'offres, tandis que la partie 4 de la DPA, intitulée « Processus d'évaluation et de sélection » [traduction], énonce les exigences procédurales qui régissent la conduite des évaluations. Les parties pertinentes de la section 4.2, intitulée « Évaluation des propositions techniques » [traduction], prévoient ce qui suit :

4.2.1 Les propositions seront évaluées uniquement en fonction de l'information présentée dans chaque proposition d'un *proposant* selon les critères d'évaluation énoncés à la section 3 et les facteurs de pondération indiqués dans le **tableau 1** du présent document.

4.2.2 Chaque critère sera évalué sur une échelle de zéro (0), un (1), deux (2) ou trois (3). La note de chaque critère sera divisée par trois (3), puis multipliée par le facteur de pondération attribué au critère qui est indiqué dans le **tableau 1**, ce qui donnera une note pondérée.

[Traduction]

[55] En ce qui concerne les spécialistes principal et intermédiaire des SIG, les parties pertinentes de la section 3.3 prévoient ce qui suit :

⁶⁵ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 32-34.

⁶⁶ *Deloitte Inc.* (25 juillet 2017), PR-2016-069 (TCCE) [*Deloitte*].

⁶⁷ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 45-46, citant *Deloitte* au par. 52.

Dans cette section, le *proposant* doit démontrer que le *personnel clé* possède l'expertise technique et l'expérience de la gestion de projets nécessaires pour satisfaire aux exigences de la présente offre à commandes.

3.3.1 Curriculum vitæ (environ deux (2) pages par curriculum vitæ)

- .1 Fournir des curriculum vitæ pour chacun des membres du personnel clé suivants (total de cinq (5) curriculum vitæ) :

[...]

- .4 Spécialiste principal des systèmes d'information géographique (SIG) possédant environ dix (10) années ou plus d'expérience connexe
- .5 Spécialiste intermédiaire des systèmes d'information géographique (SIG) possédant environ cinq (5) années ou plus d'expérience connexe

- .2 Les curriculum vitæ doivent comprendre les éléments suivants :

[...]

- .4 Expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes

[Traduction]

[56] Lorsqu'il examine si les procédures prévues dans la documentation relative à l'appel d'offres ont été suivies, le Tribunal fait preuve de retenue à l'égard des évaluateurs et n'intervient que si une évaluation est déraisonnable⁶⁸. La norme du caractère raisonnable s'applique également lorsque l'interprétation donnée aux documents d'appel d'offres par l'entité contractante est examinée⁶⁹.

[57] Bronson invoque plusieurs décisions du Tribunal à l'appui de son interprétation selon laquelle la DPA ne prévoyait pas la prise en compte de l'EDT durant les évaluations techniques des spécialistes des SIG proposés, dont les décisions suivantes :

⁶⁸ *Saskatchewan Polytechnic Institute c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 16 [*Saskatchewan Polytechnic Institute*] au par. 7. Voir aussi *AJL Consulting* (12 février 2020), PR-2019-045 (TCCE) [*AJL*] au par. 8, citant *Kuzma Industrial Group Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (4 octobre 2019), PR-2019-023 (TCCE) au par. 21; *Entreprise commune de BMT Fleet Technology Limited et NOTRA Inc.* (5 novembre 2008), PR-2008-023 (TCCE) au par. 25. Voir aussi *Brains II Canada Inc.* (28 mars 2012), PR-2011-056 (TCCE) au par. 19, citant *Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (6 octobre 2005), PR-2005-004 (TCCE).

⁶⁹ *AJL* au par. 9. Voir aussi *CAE Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (26 août 2014), PR-2014-007 (TCCE) au par. 45; *Team Sunray et CAE Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (25 octobre 2012), PR-2012-013 (TCCE) au par. 41; *Falconry Concepts c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (10 janvier 2011), PR-2010-046 (TCCE) au par. 59; *C3 Polymeric Limited c. Galerie nationale du Canada* (21 février 2013), PR-2012-020 (TCCE) au par. 39; *Pennecon Hydraulic Systems c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (4 septembre 2019), PR-2019-007 (TCCE) au par. 56.

- *Smith Vigeant*, affaire à l'issue de laquelle le Tribunal a conclu qu'en interprétant le terme « connexe » contenu dans les critères d'évaluation d'une manière que ne pouvait pas prévoir la partie plaignante, les évaluateurs avaient appliqué un critère d'évaluation non divulgué;
- *Star Group*, affaire à l'issue de laquelle le Tribunal a conclu qu'en évaluant les propositions, CDC avait considéré « la formation, l'évaluation des risques, l'atténuation des risques et la sécurité des sous-traitants » comme implicite dans le critère qui exigeait que le soumissionnaire décrive « sa politique, ses procédures et ses pratiques en matière de santé et de sécurité » même si ces termes précis n'étaient pas expressément utilisés dans ce critère d'évaluation;
- *Space2Place*, affaire dans le cadre de laquelle le Tribunal a déclaré que les entités contractantes étaient tenues d'évaluer chacun des critères publiés « individuellement tel que spécifié »⁷⁰;
- *Deloitte*, affaire dans le cadre de laquelle le Tribunal a fait remarquer qu'un soumissionnaire ne devrait pas être pénalisé sur la base d'une distinction ambiguë entre des termes non définis⁷¹.

[58] Nonobstant le fait que des questions similaires ont été examinées dans le cadre des affaires précitées, le Tribunal estime que ces affaires ne sont pas pertinentes eu égard aux faits de la plainte en l'espèce.

[59] Dans *Smith Vigeant*, le Tribunal a considéré le sens ordinaire du terme non défini « connexe » et a conclu qu'il signifie « joint, lié, uni, voisin » et « qui a des rapports étroits avec autre chose »⁷². Le Tribunal a également conclu que le terme « related experience » utilisé pour « expérience connexe » dans la version anglaise des documents d'appel d'offres ne pouvait raisonnablement pas être interprété comme signifiant que l'expérience devait avoir été acquise à l'occasion de projets consécutifs, ce qui était la raison invoquée par l'Agence Parcs Canada pour rejeter la proposition de la partie plaignante⁷³. Dans cette affaire, il n'a pas été affirmé que le terme « consécutif », qui était implicite dans les critères d'évaluation selon les évaluateurs, figurait dans les documents d'appel d'offres. Or, en l'espèce, les renseignements qui, d'après Bronson, n'auraient pas dû être pris en compte par CDC lors de l'évaluation des spécialistes des SIG qu'elle proposait, figuraient dans les documents d'appel d'offres, c'est-à-dire dans l'EDT.

[60] Dans *Star Group*, le Tribunal a fait remarquer que les termes précis « la formation, l'évaluation des risques, l'atténuation des risques et la sécurité des sous-traitants », qui ne figuraient pas dans la DPA, avaient été utilisés dans l'évaluation des propositions en fonction du critère qui exigeait que le soumissionnaire décrive « sa politique, ses procédures et ses pratiques en matière de santé et de sécurité »⁷⁴. Le Tribunal a effectivement jugé déraisonnable l'évaluation effectuée par CDC relativement à ce critère, mais en s'appuyant sur le fondement selon lequel les évaluateurs n'avaient pas tenu compte de la manière dont les renseignements contenus dans d'autres sections de

⁷⁰ Pièce PR-2020-071-01 aux par. 55-59.

⁷¹ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 45-46.

⁷² *Smith Vigeant* au par. 35.

⁷³ *Smith Vigeant* aux par. 34-36.

⁷⁴ *Star Group* au par. 54.

la proposition de la partie plaignante satisfaisaient aux critères rattachés à au moins un de ces termes, dont l'atténuation des risques. Toutefois, pour conclure que l'évaluation effectuée par CDC relativement au critère en question était déraisonnable, le Tribunal ne s'est pas appuyé sur l'application de critères non divulgués, mais plutôt sur le fait que les évaluateurs n'avaient pas tenu compte de renseignements cruciaux qui figuraient dans d'autres sections de la proposition de la partie plaignante⁷⁵. Bronson n'a pas affirmé que CDC n'avait pas tenu compte des renseignements contenus dans d'autres sections de sa proposition qui auraient démontré qu'elle satisfaisait aux critères liés aux SIG relativement à l'EDT, mais plutôt qu'il était tout à fait inapproprié de tenir compte de ces critères.

[61] Dans *Space2Place*, le Tribunal a conclu que l'application, à chaque membre du personnel, des exigences en matière de licences énoncées dans les critères servant à évaluer la proposition du proposant dans son ensemble constituait une violation des accords commerciaux. Puisque le terme « proposant » était défini dans les documents d'appel d'offres, le Tribunal a déclaré que le fait de tenir compte des licences détenues par chaque membre du personnel proposé pour évaluer la conformité de la proposition du proposant dans son ensemble avec une exigence en matière de licences a faussé le sens voulu de ce terme. L'application de cette définition modifiée constituait donc une violation des accords commerciaux, car elle était incompatible avec les termes utilisés dans les documents d'appel d'offres⁷⁶. En l'espèce, Bronson ne prétend pas que CDC a mal appliqué, voire modifié, la définition des termes « personnel clé » [traduction] et « proposant » [traduction], qui sont définis dans la DPA⁷⁷, mais qu'elle a plutôt mal appliqué ou confondu les termes non définis « connexe » [traduction] et « pertinente » [traduction].

[62] Dans *Deloitte*, le Tribunal a établi que l'un des évaluateurs avait justifié les résultats d'une évaluation consensuelle effectuée en fonction d'un critère donné par l'absence d'« analyse coûts-avantages » dans la proposition de la partie plaignante, alors que ce terme n'était pas utilisé dans le critère en question et n'était pas défini dans d'autres sections des documents d'appel d'offres⁷⁸. Cependant, comme il l'a fait dans *Star Group*, le Tribunal a jugé que l'évaluation était déraisonnable parce que des renseignements démontrant la conformité de la partie plaignante avec ce critère qui figuraient dans d'autres sections de sa proposition n'avaient pas été pris en compte. Bien qu'il ait fait remarquer que la partie plaignante aurait dû utiliser précisément le terme « stratégies coûts-avantages », qui figurait dans le critère en question⁷⁹, le Tribunal a établi qu'il était déraisonnable pour les évaluateurs de ne pas reconnaître que l'expérience des ressources proposées était, en substance, conforme à l'exigence et a conclu que « même si Deloitte pouvait et aurait dû utiliser les termes précis de l'EC-8 dans sa réponse, il suffit qu'en substance, la description de l'expérience pertinente soit en conformité avec l'exigence⁸⁰ ». Il convient de répéter que Bronson n'a pas affirmé que CDC n'avait pas tenu compte des renseignements contenus dans d'autres sections de sa proposition qui auraient démontré qu'elle satisfaisait aux critères liés aux SIG. Par conséquent, comme c'était le cas dans *Star Group*, il est difficile de voir en quoi le raisonnement suivi dans *Deloitte* s'applique à la plainte en l'espèce.

⁷⁵ *Star Group* aux par. 55-56.

⁷⁶ *Space2Place* au par. 38.

⁷⁷ Pièce PR-2020-071-01 à la p. 41; l'article 1.4 de la DPA fait référence aux définitions de ces expressions dans les « directives à l'intention des proposants » [traduction] qui sont annexées à la DPA, qui n'ont pas été déposées comme preuve dans le cadre de la présente plainte.

⁷⁸ *Deloitte* au par. 52.

⁷⁹ *Deloitte* aux par. 45, 50.

⁸⁰ *Deloitte* au par. 53.

[63] Dans *CGI*⁸¹, le Tribunal a examiné des allégations selon lesquelles l'institution fédérale avait appliqué des critères d'évaluation non divulgués qui allaient à l'encontre du paragraphe 1013(1) et des alinéas 1015(4)c) et 1015(4)d) de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), qui imposaient des obligations similaires à celles énoncées dans les dispositions de l'ALEC et de l'AMP-OMC au titre desquelles Bronson a déposé la plainte en l'espèce. Dans *CGI*, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

[...] une entité acheteuse respectera ses obligations aux termes de l'*ALÉNA* 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 (y compris dans les éclaircissements supplémentaires) et qui pourrait être raisonnablement anticipée ou déduite à partir de ceux-ci. De façon semblable, si une entité acheteuse décide d'utiliser des guides d'évaluation fondés sur des critères plus détaillés que ceux qui sont publiés dans les documents d'appel d'offres, l'évaluation demeurera raisonnable si ces directives détaillées sont conformes aux critères publiés et pourraient être anticipées ou déduites à partir de ceux-ci⁸².

[64] S'appuyant sur le raisonnement qu'il avait formulé dans *CGI*, le Tribunal conclut que le renvoi à la recherche de documents historiques et aux activités liées aux SIG énumérées dans l'EDT était logiquement compatible avec le libellé des sections 3.3 et 4.2 de la DPA et pouvait être raisonnablement anticipé ou déduit à partir de celui-ci. Dans le texte introductif de la section 3.3, il est clairement indiqué que les soumissionnaires doivent démontrer que le personnel qu'ils proposent possède l'expertise technique nécessaire pour « satisfaire aux exigences de la présente offre à commandes » [traduction]. Or, la section 3.3.2.4 précise que les curriculum vitae doivent démontrer que le personnel proposé possède de l'« expérience pertinente dans des domaines techniques et de gestion en lien avec la présente offre à commandes » [traduction].

[65] Comme le fait observer Bronson, l'EDT n'est pas mentionné dans la section 3.3, mais la section 4.2.1 indique que les « propositions seront évaluées uniquement [...] selon les critères d'évaluation énoncés à la section 3 [...] » [traduction]. Toutefois, étant donné que la section 3.3 spécifie que le personnel proposé sera évalué en fonction des tâches à exécuter dans le cadre de l'offre à commandes durant les évaluations effectuées au titre de cette section, le Tribunal estime néanmoins qu'il était raisonnable que CDC se soit appuyée sur l'EDT lorsqu'elle a évalué l'expérience des ressources proposées.

[66] Bronson soutient en outre qu'en évaluant les spécialistes des SIG qu'elle proposait en fonction des normes de données énoncées dans l'EDT, qui sont propres à CDC, CDC a favorisé injustement le titulaire CDCI et a du coup exclu les autres soumissionnaires⁸³. Par contre, Bronson ne prétend pas que les spécifications de l'EDT avaient pour but de favoriser CDCI ou de lui procurer un avantage⁸⁴.

[67] CDC affirme que les Normes de données géospatiales de CDC décrivent la manière dont les données doivent être recueillies, mises en correspondance et mises en forme et qu'il serait possible

⁸¹ *CGI Information systems and Management Consultants Inc.* (2 septembre 2014), PR-2014-006 (TCCE) [*CGI*].

⁸² *CGI* au par. 77, citant *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 241 aux par. 43, 45; *MIL Systems (a Division of Davie Industries Inc.) et Fleetway Inc.* (6 mars 2000), PR-99-034 (TCCE) aux p. 19-20.

⁸³ Pièce PR-2020-071-29 au par. 22.

⁸⁴ Pièce PR-2020-071-32 au par. 19.

pour des proposants de démontrer qu'ils ont exécuté des tâches liées aux SIG dans d'autres contextes qui satisfont aux spécifications⁸⁵. Bronson n'a pas répondu à cet argument dans ses observations supplémentaires et le Tribunal n'est pas en mesure de déterminer si un proposant non titulaire pouvait obtenir le nombre maximum de points pour ces critères. Quoiqu'il en soit, même une conclusion selon laquelle ces critères favorisaient le fournisseur titulaire ne serait pas déterminante, car le Tribunal a conclu à maintes reprises que les dispositions de non-discrimination des accords commerciaux ne sont pas automatiquement violées lorsqu'un fournisseur, y compris un titulaire, a un certain avantage commercial qui lui confère un avantage concurrentiel relativement à un marché public⁸⁶.

[68] Le Tribunal a examiné des arguments semblables qui avaient été présentés au titre de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) dans *Almon*⁸⁷, où le Tribunal s'est prononcé de la façon suivante :

72. Là encore, le Tribunal est d'avis que le Canada est en droit de définir ses besoins d'approvisionnement compte tenu de ses besoins opérationnels légitimes. Almon n'a pas présenté d'éléments de preuve démontrant que les exigences du marché public visé sont discriminatoires, impossibles à satisfaire ou déraisonnables. En outre, aucun élément de preuve au dossier n'indique que TPSGC a inclus les exigences en question afin d'exclure délibérément Almon ou de favoriser le fournisseur titulaire. En l'absence d'éléments de preuve positifs à cet égard, le fait qu'Almon ne puisse actuellement satisfaire ces exigences signifie seulement que ces dernières n'entrent pas dans son champ de capacités et non qu'elles vont à l'encontre de l'ACI.

73. En résumé, le Tribunal est d'avis qu'Almon n'a présenté aucun élément de preuve pouvant indiquer que TPSGC a délibérément élaboré le marché public de façon à exclure Almon de la procédure concurrentielle. Par conséquent, le Tribunal conclut, relativement à ce motif de plainte, que les éléments de preuve ne démontrent pas que le marché public a été passé de façon contraire à l'ACI.

[69] Aucun des éléments de preuve au dossier ne démontre que le renvoi aux normes de données de CDC dans l'EDT a été inclus pour favoriser un fournisseur titulaire ou qu'il n'est pas compatible avec les besoins opérationnels légitimes du marché public. Bronson affirme en fait que le renvoi à ces normes de données était déraisonnable parce que ces normes favorisaient le fournisseur titulaire et étaient tellement spécifiques à CDC que tous les fournisseurs à l'exception du fournisseur titulaire ont été exclus. Toutefois, Bronson ne prétend pas que le renvoi à ces normes *avait pour but* d'exclure spécifiquement des fournisseurs titulaires, point sur lequel le Tribunal s'est appuyé pour rendre sa décision dans *Almon*.

[70] En l'espèce, compte tenu du libellé de la section 3.3 de la DPA, ainsi que du contexte et de l'objectif généraux de l'appel d'offres, le Tribunal conclut qu'il était raisonnable dans les circonstances que CDC interprète la section 3.3 comme une autorisation de faire référence à l'EDT durant l'évaluation des spécialistes des SIG proposés en fonction des critères des sections 3.3.1.1.4

⁸⁵ Pièce PR-2020-071-31 aux par. 21-22.

⁸⁶ *Alcohol Countermeasure systems Corp. c. Gendarmerie royale du Canada* (24 avril 2014), PR-2013-041 (TCCE) au par. 39, citant *CAE Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2004), PR-2004-008 (TCCE) at para 43.

⁸⁷ *Almon Equipment Limited* (17 janvier 2012), PR-2011-023 (TCCE) [*Almon*]; requête en révision judiciaire rejetée 2012 FCA 318.

et 3.3.1.1.5, et que cette façon de faire ne constitue donc pas une application de critères d'évaluation non divulgués qui irait à l'encontre du paragraphe XV(1) ou XV(5) de l'AMP-OMC ou du paragraphe 509(7), 515(1) ou 515(5) de l'ALEC.

[71] Pour les raisons qui précèdent, le Tribunal conclut que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Équité et impartialité de l'évaluation

[72] Dans sa réponse au RIF, Bronson fait valoir que CDC a agi inéquitablement lorsqu'elle a procédé à l'évaluation technique de sa proposition, plus précisément que CDC a mal utilisé ou utilisé de façon incohérente les termes « connexe » [traduction] et « pertinente » [traduction] qui figurent dans la DPA, ainsi que le terme « directement liée » [traduction] qui ne figure pas dans la DPA, lorsqu'elle a évalué sa proposition, allant ainsi à l'encontre des modalités de la DPA.

[73] Ces termes ne sont pas définis dans les documents d'appel d'offres, et Bronson invoque la décision rendue dans *Smith Vigeant*, une affaire dans le cadre de laquelle le Tribunal a considéré le sens ordinaire du terme « connexe » et a conclu qu'il signifie « joint, lié, uni, voisin » et « qui a des rapports étroits avec autre chose⁸⁸ ». Compte tenu de ces définitions, et à la lumière de l'analyse exposée dans la section précédente de la question de savoir s'il était raisonnable de prendre en compte l'EDT durant l'évaluation des spécialistes des SIG proposés par Bronson, le Tribunal ne voit pas en quoi l'interprétation de CDC selon laquelle l'expérience « connexe » [traduction] désigne l'expérience qui est « joint[e], lié[e], uni[e], voisin[e] » ou qui « a des rapports étroits » avec les tâches à exécuter dans le cadre de l'EDT serait contradictoire ou déraisonnable.

[74] Bronson fait également valoir que, selon la fiche d'évaluation individuelle qui accompagnait le RIF, CDC a conclu que le spécialiste intermédiaire des SIG qu'elle proposait, M. [

] ⁸⁹. Il est vrai que les versions publique et confidentielle de la déclaration écrite sous serment de M^{me} Street jointe au RIF ne semblent pas expliquer [

] En outre, [

] cet élément n'aurait tout de même rien changé à l'issue de la procédure de passation du marché public.

[75] Bronson allègue aussi que [

⁸⁸ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 42-43, citant *Smith Vigeant* au par. 35.

⁸⁹ Pièce PR-2020-071-29A (protégée) aux par. 38-41.

] ⁹⁰. Étant donné que le Tribunal a déjà conclu que le renvoi à l'EDT pendant l'évaluation de ces ressources était raisonnable, [

] le Tribunal ne voit pas en quoi la conclusion de CDC à cet égard était déraisonnable. [

] ⁹¹. [

]

[76] Compte tenu de ce qui précède, et en l'absence d'une conclusion selon laquelle l'utilisation de renseignements contenus dans l'EDT était en soi déraisonnable, le Tribunal estime que rien ne permet de conclure que CDC a utilisé ces renseignements ou les termes figurant dans la section 3.3 de la DPA d'une manière inéquitable ou incohérente. Par conséquent, ce motif de plainte n'est également pas fondé.

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INFÉRENCE DÉFAVORABLE

[77] Comme il a été mentionné précédemment, le 5 février 2021, le Tribunal a ordonné à CDC de produire les documents qu'il jugeait nécessaires pour l'examen de la plainte de Bronson, plus particulièrement les parties pertinentes de la soumission technique de CDCI et les fiches d'évaluation de la proposition de CDCI comprenant les notes d'évaluation individuelle et les notes d'évaluation consensuelle attribuées par les évaluateurs, au plus tard le 10 février 2021⁹². Dans ses observations subséquentes, CDC a fait valoir qu'elle ne pouvait pas communiquer les renseignements demandés au titre de l'article 30 de la *LPD*, et elle maintient cette position.

[78] L'article 30 de la *LPD* prévoit ce qui suit :

30. Les renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de la présente loi ne peuvent être communiqués sans le consentement de l'exploitant de l'entreprise, sauf :

a) à un ministère, ou à une personne autorisée par un ministère, qui en a besoin pour l'accomplissement de ses fonctions;

b) aux fins de toute poursuite pour infraction à la présente loi ou, avec le consentement du ministre, de toute affaire civile ou autre procédure judiciaire.

[79] Bronson soutient que l'article 30 de la *LPD* ne s'applique pas au marché public en cause ou, subsidiairement, que CDCI a donné son consentement effectif à la communication des renseignements au titre de l'article 30 en participant à la procédure de passation de ce marché public. Bronson affirme en outre que le Tribunal devrait tirer une inférence défavorable du fait que les

⁹⁰ Pièce PR-2020-071-29A (protégée) au par. 35; pièce PR-2020-071-11B (protégée) à la p. 5.

⁹¹ Pièce PR-2020-071-01 aux p. 45-46.

⁹² Pièce PR-2020-071-10.

renseignements demandés n'ont pas été communiqués et que le ministre a refusé de consentir à leur communication⁹³. CDC conteste chacun de ces arguments.

Applicabilité de l'article 30 de la LPD

Positions des parties

[80] Bronson soutient que l'article 30 de la LPD ne s'applique pas au marché public en cause dans la présente instance parce qu'il ne constitue pas un contrat pour la fourniture de « matériel de défense » au sens de la LPD, et parce que l'article 30 est une disposition de la partie 1 de la LPD, qui est intitulée « Fourniture de matériel de défense ». Bronson invoque l'affaire *Foundry Networks*⁹⁴, dans le cadre de laquelle le Tribunal a fait remarquer que le marché public avait été désigné explicitement comme un « contrat de défense » au sens de la LPD dans les documents d'appel d'offres, et soutient que l'absence d'une telle désignation donne à penser que la LPD ne s'applique pas au marché public en cause dans la présente instance⁹⁵. Bronson invoque également plusieurs affaires antérieures du Tribunal où CDC était l'intimée et a produit un RIF sans demander une exemption au titre de la LPD⁹⁶.

[81] Bronson fait valoir que la position de CDC permettrait effectivement à cette dernière de se soustraire à la surveillance du Tribunal, car elle ne serait pas tenue de produire des documents pertinents lorsqu'elle présente un RIF comme l'exigent les *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁹⁷. Bronson affirme également qu'on peut s'attendre à ce que les proposants retenus ne consentent pas à la communication de leurs renseignements dans le cadre d'une enquête concernant une procédure de passation d'un marché public menée par CDC.

[82] CDC soutient que l'article 30 de la LPD s'applique aux renseignements en sa possession parce qu'elle est une société d'État qui a été créée en vertu du paragraphe 6(1) de la LPD, et qu'elle n'est donc pas autorisée à communiquer les renseignements sur CDCI qui ont été obtenus dans l'exercice de son mandat, qui est d'exécuter des procédures de passation de marchés publics au nom du MDN. Son mandat consiste également à prendre des dispositions en vue de la prestation de services professionnels ou commerciaux suivant l'alinéa 16d), ce qui était le but du MDN dans le cadre du marché public en cause dans la présente instance⁹⁸. CDC s'appuie sur la *Loi sur l'accès à l'information*⁹⁹ pour démontrer que l'article 30 de la LPD s'applique de façon générale à CDC en citant plus particulièrement le paragraphe 24(1) et l'annexe II, selon lesquels le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents dont la communication est restreinte en vertu de l'article 30 de la LPD.

[83] Les deux parties invoquent la décision *Top Aces*¹⁰⁰, dans laquelle la Cour fédérale a conclu que l'article 30 de la LPD s'appliquait aux renseignements en possession du MDN concernant les

⁹³ Pièce PR-2020-071-25.

⁹⁴ *Foundry Networks Inc.* (12 mars 2002), PR-2001-048 (TCCE) [*Foundry Networks*].

⁹⁵ Pièce PR-2020-071-16 à la p. 2.

⁹⁶ Pièce PR-2020-071-16 à la p. 3, citant *Star Group; Tiree Facility Solutions* (27 janvier 2014), PR-2013-020 (TCCE); *Zenix Engineering Ltd.* (3 mai 2007), PR-2006-035 (TCCE); *Symtron Systems Inc.* (10 septembre 1997), PR-97-008 (TCCE).

⁹⁷ SOR/91-499 [*Règles*], règle 103(1).

⁹⁸ Pièce PR-2020-071-17 à la p. 1.

⁹⁹ L.R.C. (1985), ch. A-1 [*LAI*].

¹⁰⁰ 2011 CF 641 [*Top Aces*].

prix unitaires énoncés dans les offres à commandes pour des services d'entraînement militaire¹⁰¹. Bronson fait valoir que, dans la décision *Top Aces*, la Cour a établi qu'une clause de divulgation constituait un consentement suffisant pour l'application de l'article 30¹⁰². CDC a répondu que dans cette décision, la Cour avait conclu que la clause de divulgation constituait un consentement seulement dans la mesure prévue dans cette disposition, où les prix unitaires (qui étaient les renseignements en cause dans cette affaire) étaient explicitement mentionnés¹⁰³. CDC invoque en outre la décision *Irving Shipbuilding*¹⁰⁴, dans laquelle la Cour fédérale a ordonné que les renseignements concernant la soumission retenue qui avaient été obtenus dans le cadre d'un processus d'approvisionnement soient exclus du dossier au titre de l'article 30.

[84] Bronson invoque l'article 10.2 du Code de conduite en matière d'approvisionnement de CDC joint aux documents d'appel d'offres qui dispose que le Tribunal a compétence pour enquêter sur tous les aspects liés au processus de soumission menant à l'octroi, y compris l'octroi en question¹⁰⁵. Bronson soutient que la présentation d'une proposition par CDCI en réponse à l'appel d'offres de CDC, après que CDCI a été informée que le Tribunal a compétence pour enquêter sur des plaintes concernant des marchés publics, constitue un consentement implicite à la communication de sa proposition et de l'évaluation de celle-ci aux fins d'une enquête. CDC conteste cet argument et affirme que les documents d'appel d'offres comprenaient un « document de reconnaissance » (que ni l'une ni l'autre des parties n'ont joint à leur soumission) par lequel les proposants consentaient, conformément à l'article 30 de la *LPD*, à la communication de leur appellation légale, de leur adresse et du classement général de leur proposition. CDC soutient que, selon le raisonnement suivi par la Cour fédérale dans la décision *Top Aces*, le consentement ne s'applique qu'aux appellations légales, aux adresses et aux classements généraux des soumissionnaires dans la mesure où la présentation d'une soumission constitue un consentement à la communication de renseignements au titre de l'article 30¹⁰⁶.

Analyse

[85] Bronson a raison d'affirmer que l'article 30 de la *LPD* n'a pas été présenté comme un obstacle à la communication de renseignements relativement au marché public en cause dans les plaintes portant sur un marché public précitées qui ont été déposées devant le Tribunal, et dans le cadre desquelles CDC était une partie à la procédure et a produit un RIF. Cependant, ce seul fait n'est pas déterminant pour trancher la question de savoir si l'article 30 s'applique aux renseignements en cause dans la présente instance.

[86] CDC mène des procédures de passation de marchés publics pour le compte du MDN en vertu des pouvoirs qui sont conférés au ministre par la partie 1 de la *LPD*. Il est donc difficile de savoir comment CDC peut obtenir des renseignements concernant des entreprises durant l'exécution de telles procédures en s'appuyant sur d'autres textes législatifs que la *LPD* de manière à éviter l'application de l'article 30 à ces renseignements. Toutefois, en affirmant expressément qu'elle ne peut pas communiquer les renseignements demandés parce que CDCI n'a pas consenti à leur

¹⁰¹ *Top Aces Consulting Inc. c. Canada (Défense nationale)* au par. 30.

¹⁰² Pièce PR-2020-071-16 à la p. 3.

¹⁰³ Pièce PR-2020-071-17 à la p. 4, citant *Top Aces* au par. 27.

¹⁰⁴ *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1102 au par. 46.

¹⁰⁵ Pièce PR-2020-071-01 à la p. 98.

¹⁰⁶ Pièce PR-2020-071-17 à la p. 4.

communication, CDC semble ignorer le fait que le ministre a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 30b), de consentir à la communication de renseignements aux fins d'une procédure judiciaire.

[87] CDC s'appuie sur la décision *Top Aces* et sur les interdictions fondées sur d'autres lois prévues par le paragraphe 24(1) de la *LAI* pour affirmer que l'article 30 de la *LPD* impose une interdiction générale concernant la communication de renseignements qui sont visés par cette disposition. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de la décision de la Cour fédérale à l'issue du contrôle judiciaire de celle-ci pour les motifs suivants :

Le juge de la Cour fédérale s'est fondé sur le bon principe lorsqu'il a examiné la restriction énoncée à l'article 30 de la *LPD* et qu'il a ordonné la divulgation des prix unitaires au motif que ces renseignements n'étaient pas « restreints » au sens du paragraphe 24(1) de la *LAI* en raison du consentement donné par l'appelante¹⁰⁷.

[88] Compte tenu des conclusions tirées par la Cour d'appel fédérale lors du contrôle judiciaire de la décision *Top Aces*, le Tribunal n'est pas convaincu par l'argument de CDC voulant que ces renseignements soient « restreints » selon l'article 30 si on consent à leur communication, comme l'envisage cette disposition et comme le prévoit, par exemple, le document de reconnaissance qui a été joint aux soumissions (bien que la portée de ce consentement soit très limitée). Toutefois, le Tribunal souligne que le consentement en cause dans l'affaire *Top Aces* est celui de l'entreprise sur laquelle portent les renseignements et que la Cour d'appel fédérale n'a fait aucune observation sur la déclaration suivante de la Cour fédérale : « Les exceptions prévues aux alinéas 30a) et b) n'ont aucune pertinence dans la présente affaire¹⁰⁸. »

[89] Aux termes du paragraphe 17(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives pour la production et la communication de documents. Cependant, aucune des affaires invoquées par les parties ne confirme que les cours qui possèdent de tels pouvoirs peuvent ordonner la communication de renseignements qui sont par ailleurs protégés par l'article 30. On ne peut certes affirmer avec certitude que le Tribunal *ne peut pas* ordonner la communication de renseignements, mais, s'il le faisait, il ne pourrait pas s'appuyer sur un fondement législatif ou jurisprudentiel clair. Pour cette raison, le Tribunal a refusé d'ordonner à CDC de communiquer les renseignements demandés.

[90] Le Tribunal tient à souligner qu'en dépit de sa décision de ne pas ordonner la communication des renseignements, il est d'avis que CDC n'a pas fourni de motif convaincant pour justifier le fait que le ministre n'a pas consenti à leur communication. Dans la section suivante, le Tribunal examinera la question de savoir s'il convient en l'espèce de tirer une inférence défavorable du fait que les renseignements demandés n'ont pas été communiqués, comme le soutenait Bronson.

Inférence défavorable

[91] Bronson a demandé au Tribunal de tirer une inférence défavorable du fait que CDC n'a pas fourni les renseignements demandés.

[92] Bien qu'il ne soit pas clairement établi que le Tribunal peut ordonner à CDC de communiquer les renseignements demandés, Bronson a fait valoir à juste titre que la position de

¹⁰⁷ 2012 CAF 75 au par. 17.

¹⁰⁸ *Top Aces* au par. 29.

CDC (qu'elle n'avait jamais adoptée avant la présente enquête) pourrait avoir des répercussions systémiques sur la capacité du Tribunal d'examiner les procédures de passation de marchés publics menées par CDC¹⁰⁹. Les entités contractantes ont l'obligation légale de fournir des renseignements pertinents dans le RIF selon l'article 103 des *Règles*, mais les soumissionnaires retenus ne sont pas tenus de participer aux procédures de plainte. Par conséquent, le Tribunal limitera son analyse à cet égard à la question de savoir si les circonstances justifient qu'il tire une inférence défavorable du fait que le ministre n'a pas consenti à la communication des renseignements demandés au titre de l'alinéa 30b) de la *LPD*.

Positions des parties

[93] Bronson soutient que si CDC ne s'était pas appuyée sur les renseignements contenus dans l'EDT et n'avait pas appliqué erronément les critères d'évaluation énoncés dans la DPA, elle aurait obtenu une note technique totale plus élevée que CDCI et aurait été le proposant retenu¹¹⁰.

[94] Selon Bronson, le fait que CDC n'a pas produit d'éléments de preuve concernant l'évaluation de la soumission de CDCI a empêché le Tribunal de « réviser les notes attribuées aux deux soumissions afin de déterminer le proposant retenu¹¹¹ » [traduction]. Bronson s'appuie sur la décision *Systèmes Equinox*¹¹², où le Tribunal a établi que TPSGC n'avait pas produit d'éléments de preuve pertinents parce que des documents ayant trait à l'évaluation de la soumission de la partie plaignante n'avaient pas été conservés, ce qui justifiait de tirer une inférence défavorable. Bronson cite les passages suivants de cette décision, où le Tribunal a déclaré ce qui suit :

69. L'absence de documents ou de portions de documents dont on sait qu'ils ont déjà existé empêche le Tribunal d'examiner à fond les circonstances entourant la sélection du soumissionnaire gagnant et le rejet des soumissionnaires perdants. Dans les circonstances, le Tribunal ne peut pas conclure que l'accès aux dossiers est impossible parce qu'ils ont été dissimulés volontairement. Cependant, à tout le moins, cette impossibilité d'accès découle de la négligence de respecter les obligations des accords commerciaux pertinents. Lorsqu'il est clair que des dossiers ou des portions de dossiers sont manquants, le Tribunal conclut à l'existence d'une situation contraire aux obligations commerciales. Il ne peut en tirer, au mieux, que des inférences neutres et, au pire, des inférences négatives.

70. Dans les circonstances, et compte tenu des raisons invoquées par TPSGC pour rejeter l'évaluation financière d'Équinox, le Tribunal considère approprié de tirer des inférences négatives de cette absence d'explication raisonnable relative aux montants précis calculés pour chacun des 18 éléments distincts pour lesquels la DP exigeait une proposition d'un prix ferme et, en particulier, au montant ajouté à la soumission d'Equinox sur la fiche d'évaluation chiffrée. Il en conclut que la façon dont TPSGC a évalué la proposition financière d'Equinox, combinée à l'incapacité ou à la réticence de TPSGC eu égard à l'explication du montant additionnel figurant sur la fiche d'évaluation, appuie la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

¹⁰⁹ Pièce PR-2020-071-29 au par. 66.

¹¹⁰ Pièce PR-2020-071-29 au par. 67.

¹¹¹ Pièce PR-2020-071-29 au par. 74.

¹¹² *Les Systèmes Equinox Inc.* (12 mars 2009), PR-2006-045R (TCCE) [*Systèmes Equinox*], requête en révision judiciaire rejetée 2009 CAF 304.

[95] Bronson avance que le fait que le ministre n'a pas consenti à la communication des renseignements demandés au titre de l'alinéa 30b) dans des circonstances semblables à celles où CDC ne s'était auparavant pas appuyée sur l'article 30 donne à penser que CDC a tenté d'invoquer la *LPD* de façon discrétionnaire en l'espèce afin d'empêcher les conseillers juridiques de Bronson et le Tribunal d'examiner en profondeur le marché public en cause. Bronson soutient qu'il s'agit d'une dissimulation intentionnelle des renseignements demandés et qu'un tel fait commande une inférence défavorable¹¹³.

[96] CDC affirme que les faits sur lesquels le Tribunal s'est appuyé pour rendre sa décision dans *Systèmes Equinox* sont différents de ceux de la plainte en l'espèce, car elle n'a pas perdu ou détruit les renseignements, mais les a conservés et ne peut simplement pas les communiquer parce que CDCI ne lui a pas donné son consentement¹¹⁴. Bronson a répondu que, bien que CDC n'ait pas manqué à son obligation de conserver des documents, elle a agi de façon contraire à ses obligations selon les *Règles*, qui exigent que l'institution fédérale dépose un RIF comprenant tous les documents et les éléments de preuve pertinents qui sont nécessaires au règlement de la plainte¹¹⁵. CDC soutient qu'elle ne fait que respecter ses obligations légales étant donné que CDCI n'a pas consenti à la communication des renseignements, et que rien ne justifie que le Tribunal tire une inférence défavorable à l'encontre d'un dépositaire légal de renseignements de tiers qui se plie aux directives expresses écrites du propriétaire de ces renseignements¹¹⁶.

[97] Bronson souligne que le ministre peut également consentir à la communication de renseignements au titre de l'alinéa 30b) de la *LPD*, et qu'aucune raison n'a été donnée pour expliquer l'absence de consentement du ministre en l'espèce, alors que CDC a produit des renseignements de tiers dans le cadre d'affaires antérieures dont était saisi le Tribunal¹¹⁷. CDC souscrit à l'argument de Bronson selon lequel la *LPD* n'a pas été invoquée dans les affaires antérieures où CDC était partie, mais soutient que ces affaires ne sont d'aucune utilité pour évaluer l'applicabilité de la *LPD* en l'espèce étant donné que le Tribunal n'y a tiré aucune conclusion ni fait aucune constatation en ce qui a trait à la *LPD*¹¹⁸.

[98] CDC cite la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Caron Transport*¹¹⁹, où la Cour a établi les paramètres selon lesquels une inférence défavorable peut être tirée dans des instances civiles. CDC a toutefois mal cité la juge Dawson dans ses observations en omettant certains passages¹²⁰. L'extrait en question est ainsi rédigé :

Dans les instances civiles, une inférence défavorable peut être tirée lorsque la partie au litige omet, sans explication, de témoigner, de produire des témoignages par affidavit à l'appui d'une demande ou d'assigner un témoin qui aurait une connaissance des faits et qui serait disposé à aider cette partie. Dans le même ordre d'idées, une inférence défavorable peut être tirée à l'égard d'une partie qui n'assigne pas de témoin-clé dont elle a le contrôle exclusif, sans fournir d'explication. Une telle inférence ne peut toutefois être tirée que dans les cas où les éléments de preuve du témoin qui n'a pas été convoqué auraient été supérieurs à d'autres

¹¹³ Pièce PR-2020-071-29 aux par. 60-66.

¹¹⁴ Pièce PR-2020-071-31 aux par. 3-6.

¹¹⁵ Pièce PR-2020-071-32 au par. 2; règles 103(1)b) et 103(1)d).

¹¹⁶ Pièce PR-2020-071-31 aux par. 1, 6.

¹¹⁷ Pièce PR-2020-071-32 aux par. 12-13.

¹¹⁸ Pièce PR-2020-071-31 aux par. 10-12.

¹¹⁹ 2020 CAF 106 [*Caron Transport*].

¹²⁰ Pièce PR-2020-071-31 au par. 9.

éléments de preuve semblables. Le défaut de convoquer un témoin-clé équivaut à admettre implicitement que les éléments de preuve du témoin absent iraient à l'encontre de la preuve de la partie, ou tout au moins qu'ils ne l'appuieraient pas¹²¹.

[99] CDC soutient que l'élément de contrôle exclusif sur la preuve est essentiel parce qu'il n'est pas approprié de tirer une inférence défavorable lorsqu'une partie n'est pas libre de produire les renseignements demandés ou lorsque les autres parties sont capables d'obtenir les renseignements d'une autre façon. Dans sa réponse, Bronson fait valoir que les renseignements concernant la soumission de CDCI et l'évaluation de celle-ci ne peuvent pas être obtenus d'une autre façon, car aucun élément de preuve au dossier ne traite de l'évaluation de la proposition de CDCI¹²².

[100] Enfin, CDC affirme que les renseignements demandés ne sont pas pertinents pour établir le bien-fondé de la plainte de Bronson, qui repose sur la question de savoir s'il était raisonnable de prendre en compte l'EDT durant les évaluations techniques effectuées en fonction de la DPA. CDC soutient qu'il est possible de se prononcer sur cette question en s'appuyant seulement sur les documents d'appel d'offres¹²³. Selon Bronson, on ne peut pas établir si le terme « directement liée » [traduction] (qui figure dans la note technique attribuée à la soumission de Bronson) a aussi été utilisé de façon cohérente durant l'évaluation de la proposition de CDCI si les documents concernant l'évaluation technique de la proposition de CDCI ne sont pas communiqués¹²⁴.

Analyse

[101] Bronson prétend que si le Tribunal s'appuie sur les documents en question pour trancher la présente affaire, il serait approprié qu'il tire une inférence défavorable à l'égard du défaut de produire les documents demandés¹²⁵. Par contre, il est difficile de voir comment le Tribunal peut trancher l'affaire en s'appuyant sur les renseignements contenus dans la proposition de CDCI.

[102] Pour décider s'il convient de tirer une inférence défavorable du fait que CDC n'a pas communiqué les renseignements concernant la proposition de CDCI et son évaluation technique, la question clé semblerait être la suivante : « Dans quelle mesure ces renseignements sont-ils pertinents et nécessaires pour établir le bien-fondé de la plainte de Bronson? » À cet égard, Bronson soutient que, sans ces renseignements, le Tribunal ne peut pas « réviser les notes attribuées aux deux soumissions pour déterminer le proposant retenu » ni établir si le terme « directement liée » [traduction] a été utilisé de façon cohérente tant durant l'évaluation de la soumission technique de CDCI que durant l'évaluation de la soumission technique de Bronson.

[103] Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal examine la façon dont les soumissions ont été évaluées dans le cadre des procédures de passation de marchés publics selon le critère du caractère raisonnable. Dans l'affaire *Saskatchewan Polytechnic Institute*, la Cour d'appel fédérale a décrit ainsi le rôle du Tribunal dans les enquêtes portant sur des marchés publics :

Dans ce type d'enquête, son rôle est de décider si l'évaluation est étayée pas une explication raisonnable, et non de se mettre à la place des évaluateurs et de réévaluer la proposition non

¹²¹ *Caron Transport* au par. 10, citant Alan Bryant, Sidney Lederman & Michelle Fuerst, Sopinka, Lederman & Bryant: *The Law of Evidence in Canada*, 5^e éd. (Toronto: LexisNexis Canada, 2018).

¹²² Pièce PR-2020-071-32 aux par. 6-10.

¹²³ Pièce PR-2020-071-31 au par. 15.

¹²⁴ Pièce PR-2020-071-32 au par.18.

¹²⁵ Pièce PR-2020-071-32 au par. 9.

retenue. Le Tribunal a abordé la plainte de la bonne façon et s'est demandé si les conclusions des évaluateurs pouvaient se défendre au regard des critères publiés¹²⁶.

[104] En l'espèce, le Tribunal ne voit pas comment les renseignements concernant la soumission de CDCI permettraient de démontrer que les conclusions de CDC ne pouvaient se défendre au regard des critères publiés.

[105] Les parties pertinentes de la section 4.5 de la DPA, intitulée « Résultats de l'évaluation et établissement de l'offre à commandes » [traduction], prévoient ce qui suit :

4.5 Résultats de l'évaluation et établissement de l'offre à commandes

- 4.5.1 Les notes attribuées à la proposition technique et à la proposition financière sont additionnées pour déterminer la note totale de chaque *proposant*.
- 4.5.2 Le *proposant* qui a reçu la note totale la plus élevée sera choisi pour se voir attribuer l'offre à commandes. Si l'offre à commande ne peut pas être attribuée à ce *proposant*, CDC peut choisir le *proposant* classé au rang suivant.
- 4.5.3 Si les notes totales des arrivant aux premier et deuxième rangs sont égales ou présentent un écart d'un point ou moins, le *proposant* dont la proposition technique a obtenu la note la plus élevée sera choisi pour se voir attribuer l'offre à commandes.

[Traduction]

[106] Durant le processus de compte rendu, CDC a informé Bronson [

de compte rendu confidentiel de l'évaluation technique, []¹²⁷. Selon le document

• []

• []¹²⁸.

[107] [

¹²⁶ *Saskatchewan Polytechnic Institute* au par. 7. Voir aussi *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Ltd.*, 2021 CAF 26 [*Heiltsuk*] au par. 70.

¹²⁷ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) au par. 27.

¹²⁸ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) au par. 26.

] Par conséquent, CDCI

aurait dû recevoir [

]

[108] Bronson a déposé la déclaration écrite sous serment de M. Martin McGarry, président de Bronson, dans laquelle ce dernier affirme que CDC l'a informé durant leur compte rendu téléphonique du 14 décembre 2020 qu'[

] ¹²⁹. Comme il a été mentionné précédemment, le dossier confidentiel révèle que [

] ¹³⁰. M. McGarry prétend que CDC l'a informé que [

] ¹³¹.

[109] La section 4.3.1 prévoit ce qui suit :

Après l'évaluation des propositions techniques, CDC utilisera le *système de soumissions par voie électronique* pour accéder aux propositions financières des *proposants* qui satisfont à l'exigence obligatoire énoncée à la section 3.1.1 et dont la note technique totale présente un écart d'au plus dix (10) points avec la note la plus élevée obtenue pour la proposition technique.

[Traduction]

[110] Les parties pertinentes de la section 4.4, intitulée « Notation des critères relatifs au prix » [traduction], prévoient ce qui suit :

4.4.1. Les points seront attribués ainsi aux fins de la note de classification totale :

Critères	Points
Le prix proposé par le <i>proposant</i> est \geq (prix le plus bas) et \leq (prix le plus bas + 5 %)	10
Le prix proposé par le <i>proposant</i> est $>$ (prix le plus bas + 5 %) et \leq (prix le plus bas + 10 %)	9
[...]	
Le prix proposé par le <i>proposant</i> est $>$ (prix le plus bas + 50 %)	0

4.4.2. La note de chaque critère relatif au prix sera ensuite multipliée par le facteur de pondération en pourcentage attribué à ce critère qui est indiqué dans le **tableau 1**, ce qui donnera une note pondérée.

¹²⁹ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) aux p. 66-67.

¹³⁰ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) à la p. 63.

¹³¹ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) à la p. 65.

[Traduction]

[111] Le tableau 1 confirme qu'un facteur de pondération de 10 points et une pondération totale de 10 p. 100 sont appliqués à la note attribuée à la proposition financière, ce qui signifie que la note sur 10 points de la proposition financière est ajoutée directement à la note technique sur 90 points, pour donner la note totale sur 100 points¹³². On peut donc déduire de ce fait, ainsi que des déclarations de CDC au sujet de [

] ¹³³.

[112] [

]

[113] [

]

[114] [

]

[115] Sans la possibilité de consulter le dossier d'évaluation de la proposition retenue, il est impossible de savoir comment CDC a appliqué les critères d'évaluation technique à la proposition de CDCI. La seule chose que l'on puisse inférer des éléments de preuve déposés est que, [

]

[116] [

]

[117] Il se peut que CDCI ait perdu des points par rapport à un autre critère, mais que les points qu'elle a obtenus pour les critères relatifs aux SIG aient compensé cette perte. Dans ce cas, Bronson aurait obtenu la note technique totale la plus élevée et CDCI aurait reçu une note technique totale moins élevée que celle qu'elle avait obtenue si les renseignements contenus dans l'EDT n'avaient pas été utilisés aux fins de l'évaluation, et Bronson aurait probablement été déclarée l'adjudicataire. Or, cette analyse ne s'appliquerait que si le Tribunal concluait qu'il était déraisonnable de prendre en compte l'EDT. Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal a conclu qu'il était raisonnable de s'appuyer sur l'EDT pour effectuer les évaluations techniques.

¹³² Pièce PR-2020-071-01 à la p. 48.

¹³³ Pièce PR-2020-071-01A (protégée) à la p. 61.

[118] Le dernier motif de plainte de Bronson est donc que CDC n'a pas utilisé de façon cohérente les termes « connexe » [traduction], « pertinente » [traduction] et « directement liée » [traduction] durant l'évaluation des propositions des soumissionnaires. Comme il a été expliqué précédemment, le Tribunal est d'avis que ces termes n'ont pas été utilisés d'une façon déraisonnablement incohérente qui aurait eu pour effet de modifier la note technique de Bronson. Compte tenu de cette conclusion, le Tribunal ne voit pas très bien sur quel fondement la partie plaignante pourrait s'appuyer pour affirmer que ces termes ont été utilisés de façon incohérente durant l'évaluation de la proposition de CDCI, de sorte que cette dernière a injustement obtenu une note technique plus élevée pour les deux spécialistes des SIG en question, ou une note technique totale plus élevée. En définitive, le Tribunal n'estime pas que les éléments de preuve et les arguments présentés dans le cadre de la présente plainte soulèvent des questions qui ne peuvent être tranchées qu'en ayant accès à des renseignements concernant l'évaluation de la proposition de CDCI, ni que l'absence de tels renseignements commanderait une inférence défavorable quant à la position de CDC ou à la thèse générale sur laquelle repose l'affaire.

[119] Dans sa lettre du 5 février 2021, le Tribunal mentionnait qu'il jugeait nécessaire d'examiner les renseignements en question durant l'examen de la plainte. À ce moment-là, le Tribunal n'avait pas encore effectué son analyse complète pour en arriver aux conclusions précitées quant au bien-fondé de la plainte. Ayant maintenant effectué son analyse complète, et s'appuyant sur les arguments des parties en ce qui a trait au bien-fondé de la plainte et aux questions relatives à l'article 30 de la *LPD*, le Tribunal considère que les renseignements en question ne sont pas nécessaires au règlement de la plainte.

[120] Dans son arrêt récent *Heiltsuk*, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur le refus du Tribunal d'ordonner la production des documents demandés par l'une des parties. À cet égard, la Cour a déclaré que « la question des documents qu'une institution fédérale doit produire dans le contexte d'une enquête sur un marché public est, à [son] avis, une question de procédure qui relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal¹³⁴ » [traduction] et que l'application de ce pouvoir est examinée en fonction de la norme de la décision correcte¹³⁵. La Cour a fait les observations suivantes durant son examen de la décision du Tribunal selon cette norme :

111 Bien que la transmission de documents supplémentaires soit justifiée en cas d'allégations de manquement à l'équité procédurale ou de crainte raisonnable de partialité, cette mesure « ne permet pas à une personne de se livrer à une recherche à l'aveuglette dans l'espoir de trouver des documents permettant d'établir le bien-fondé de la demande » (*Humane Society of Canada Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 66, 2018 D.T.C. 5043, au par. 8). La recherche à l'aveuglette a été définie par notre Cour comme « une recherche dans laquelle se lance une partie ne disposant d'aucun élément et tentant désespérément de s'accrocher à quelque chose » (*Imperial Manufacturing Group Inc. c. Decor Grates Incorporated*, 2015 CAF 100, 472 N.R. 109, au par. 38).

112 Je suis convaincu qu'en ce qui concerne les documents demandés aux points 4, 5, 7 et 8, la demande de production de documents de Heiltsuk Horizon était une tentative « de se livrer à une recherche à l'aveuglette dans l'espoir de trouver des documents permettant d'établir le bien-fondé de la demande ». Lorsque cette demande a été faite, le motif de la première plainte concernant la modification du critère MR 18 avait été rejeté; en effet, le procureur

¹³⁴ *Heiltsuk* aux par. 65, 106.

¹³⁵ *Heiltsuk* aux par. 65, 107-109.

général et Atlantic avaient déjà convaincu le Tribunal que la modification de ce critère ne constituait pas un motif pour formuler une allégation de partialité. La demande de production de documents relatifs au critère MR 18 présentée par Heiltsuk Horizon ne constituait guère plus qu'une tentative de mettre au jour des éléments de preuve qui permettraient d'établir le bien-fondé d'une allégation qui était par ailleurs sans fondement. Le Tribunal a rejeté à juste titre cette allégation.

113 Quant à la demande de production de documents reposant sur le message affiché sur le site d'un média social, je suis également convaincu que le Tribunal pouvait très bien, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, choisir la procédure qu'il convenait d'utiliser pour rejeter cette demande. Qui plus est, cette décision était appropriée compte tenu du contexte, de la nature et du contenu de ce message. Comme l'a fait remarquer le Tribunal, le message affiché sur le site d'un média social faisait référence au délai d'approximativement deux ans entre la demande de renseignements A en novembre 2016 et l'adjudication du contrat en août 2018 (première décision, au par. 76). Tout comme c'était le cas pour l'allégation concernant la modification du critère MR 18, la demande de production des documents visés au point 8 présentée par Heiltsuk Horizon était une autre tentative de mettre au jour des éléments de preuve qui permettraient d'établir le bien-fondé d'une allégation qui était par ailleurs sans fondement. Je suis d'avis que le Tribunal a également rejeté à juste titre cette allégation.

[Traduction]

[121] En l'espèce, Bronson a soulevé ses allégations quant à l'incohérence et à l'iniquité de l'évaluation attribuables à l'utilisation des termes « pertinente » [traduction], « connexe » [traduction] et « directement liée » [traduction], et a avancé l'argument correspondant selon lequel les renseignements contenus dans la proposition de CDCI étaient nécessaires pour se prononcer sur ce motif de plainte et que le refus de communiquer ces renseignements commandait une inférence défavorable, mais seulement après que CDC eut refusé de communiquer les renseignements en question¹³⁶. Il est impossible d'affirmer qu'il s'agissait simplement d'une décision stratégique; cependant, le Tribunal estime que ces arguments ont été présentés avec toute la raisonnable et la diligence que les éléments de preuve permettaient. Néanmoins, et comme il a déjà été mentionné, le Tribunal conclut que ces éléments de preuve ne donnent pas à penser que ces termes ont été utilisés de façon inéquitable ou déraisonnable durant l'évaluation de la proposition de Bronson.

[122] Il se peut que les renseignements que CDC a refusé de communiquer démontrent l'iniquité ou l'incohérence de l'évaluation de la proposition de CDCI et donc qu'il y a eu violation des accords commerciaux. Cependant, en l'absence d'un fondement factuel indépendant qui révèle l'existence d'une telle violation, le fait d'exiger la communication des renseignements pour mettre au jour les seuls éléments de preuve susceptibles d'étayer cette assertion correspondrait tout à fait au type de recherche à l'aveuglette qui a été examinée par la Cour dans l'affaire *Heiltsuk*. Comme le Tribunal est d'avis que les renseignements demandés ne sont pas nécessaires au règlement de la plainte, il conclut donc que le défaut de CDC de communiquer ces renseignements ne commande pas une inférence défavorable dans les circonstances.

¹³⁶ Pièce PR-2020-071-31 au par. 16; pièce PR-2020-071-32 au par. 16.

[123] Cette conclusion doit tenir compte de la possibilité que la position de CDC, si CDC adoptait la même position dans le cadre de plaintes ultérieures, puisse nuire considérablement au mandat du Tribunal, qui est d'examiner les plaintes sur les marchés publics présentées au titre des accords commerciaux du Canada, ce qui pourrait avoir des répercussions systémiques sur l'application des principes d'équité, de concurrence, d'intégrité et d'efficacité qui sous-tendent le régime réglementaire fédéral des marchés publics du Canada. Le Tribunal examinera donc ensuite la question de savoir si le défaut de CDC de communiquer les renseignements demandés peut en soi constituer une violation des accords commerciaux.

Le refus de communiquer les renseignements demandés ne constitue pas une violation des accords commerciaux en l'espèce

[124] Le défaut de CDC de communiquer les renseignements demandés pourrait constituer un manquement aux obligations relatives au dépôt du RIF énoncées au paragraphe 103(1) des *Règles*, ce qui pourrait alors constituer une violation de l'article 518 de l'ALEC par l'institution fédérale, disposition selon laquelle les parties doivent établir des procédures de recours au moyen desquelles un recours peut être déposé pour violation alléguée du chapitre régissant les marchés publics, et des dispositions similaires d'autres accords commerciaux.

[125] Le paragraphe 103(1) des *Règles* exige que l'institution fédérale dépose un rapport comprenant tous les « documents pertinents » et « tout autre élément de preuve ou renseignement qui peut s'avérer nécessaire au règlement de la plainte¹³⁷ ». Compte tenu des références faites à la pertinence et à la nécessité dans cette disposition, le Tribunal est appelé à effectuer une analyse similaire à celle qu'il a effectuée précédemment en ce qui a trait à la question de l'inférence défavorable, car l'obligation du ministre de communiquer des renseignements s'applique dans la mesure où ces renseignements sont nécessaires pour trancher les questions soulevées dans la plainte.

[126] Comme il a déjà été mentionné, le Tribunal estime que les renseignements en question ne sont pas nécessaires au règlement de la plainte. Par conséquent, le Tribunal conclut que ces renseignements ne s'inscrivent pas dans la portée des obligations de communication de CDC aux termes de l'article 103 des *Règles*. Le Tribunal conclut donc que le défaut de CDC de communiquer les renseignements demandés ne constitue pas en l'espèce une violation de l'article 518 de l'ALEC.

Une inférence défavorable et une conclusion potentielle de violation pourraient être tirées si les circonstances étaient différentes

[127] Le Tribunal tient à souligner qu'il est préoccupé par la position de CDC concernant la communication de renseignements qui seraient visés par l'article 30 de la *LPD* selon CDC, car, comme il a déjà été mentionné, CDC n'a jamais adopté cette position auparavant même si elle a participé à de nombreuses procédures du Tribunal dans le cadre desquelles elle a présenté un RIF. Il semble clair que CDC ne peut pas communiquer des renseignements qui sont visés par l'article 30 aux fins d'une autre procédure judiciaire qu'une poursuite pour infraction à la *LPD* sans le consentement de l'entreprise sur laquelle portent les renseignements ou du ministre. Toutefois, le Tribunal n'accepte pas l'argument voulant que les renseignements ne puissent donc simplement pas être communiqués dans une procédure de plainte portant sur un marché public, car l'alinéa 30b) confère expressément au ministre le pouvoir de consentir à leur communication aux fins de toute procédure judiciaire. L'argument de CDC selon lequel elle est tenue de respecter la volonté de CDCI

¹³⁷ Règles 103(1)b) et 103(1)d).

concernant la communication des renseignements en question est, au mieux, mal fondé et, au pire, fallacieux, parce que le ministre a également le pouvoir de consentir à leur communication.

[128] En outre, le Tribunal n'accepte pas les arguments de CDC selon lesquels les renseignements ne devraient pas être communiqués parce qu'ils sont confidentiels et que « la partie plaignante et CDCI se livrent concurrence dans un marché compétitif¹³⁸ » [traduction]. Comme le sait très bien CDC, le Tribunal a établi des procédures rigoureuses pour protéger les renseignements confidentiels présentés durant les procédures de plainte portant sur un marché public.

[129] Selon l'article 45 de la *Loi sur le TCCE*, les renseignements désignés comme confidentiels et fournis au Tribunal dans le cadre d'une procédure aux termes de l'alinéa 46(1)a) ne peuvent être retransmis qu'à l'avocat d'une partie à la procédure pour laquelle ils ont été fournis ou à toute procédure qui en découle ainsi qu'à l'expert qui agit sous la direction de cet avocat ou sur son ordre, mais, malgré toute autre loi ou règle de droit, ces renseignements ne peuvent être utilisés par cet avocat ou cet expert que dans le cadre de ces procédures. De plus, le Tribunal peut imposer les conditions qu'il juge indiquées pour empêcher que les renseignements ne soient divulgués par l'avocat ou l'expert de manière à pouvoir être utilisés par toute partie à ces procédures, y compris celle qui est représentée par cet avocat ou celle pour le compte de laquelle l'expert agit, ou tout concurrent de la personne à l'entreprise ou aux activités de laquelle ils se rapportent.

[130] Aux termes des paragraphes 45(6) et (7) de la *Loi sur le TCCE*, tout avocat ou expert qui communique à tort des renseignements confidentiels ou contrevient à une condition imposée par le Tribunal encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende maximale de 1 000 000 \$ par mise en accusation, ou de 100 000 \$ par procédure sommaire. Tous les conseillers juridiques indépendants qui doivent avoir accès à des documents confidentiels sont tenus de déposer une formule III modifiée – Acte de déclaration et d'engagement (Avocat, représentant ou conseiller) – Service électronique du greffe (Projet pilote), laquelle formule se trouve sur le site Web du Tribunal. Bronson est représentée par des conseillers juridiques indépendants dans la présente affaire, lesquels ont tous signé et déposé cette formule.

[131] Le Tribunal juge donc sans fondement toute préoccupation selon laquelle la communication des renseignements demandés aux fins de la présente procédure, à lui-même ou aux conseillers juridiques indépendants de Bronson, ouvrirait la voie à une divulgation ultérieure de ces renseignements. Il se peut que le refus de CDCI de communiquer les renseignements en question ait reposé sur cette préoccupation non fondée, mais comme CDCI n'était pas partie à la présente instance, elle était libre de refuser la communication des renseignements pour ce motif ou un autre, qu'il soit justifié ou non. Toutefois, une telle préoccupation n'écarte aucunement les obligations de communication de l'institution fédérale prévues à l'article 103 des *Règles*. Le Tribunal est d'avis que CDC n'a donc pas donné d'explication raisonnable pour justifier l'absence de consentement à la communication des renseignements de la part du ministre.

[132] Il ne faut pas conclure pour autant que le Tribunal a un rôle de surveillance à l'égard des décisions prises par le ministre au titre de l'alinéa 30b) de la *LPD*. Il s'agit simplement de reconnaître que le pouvoir qui est conféré au ministre de consentir à la communication de ces renseignements n'affranchit pas CDC de ses obligations de communication dans le cadre de la présente instance. La question de l'incapacité de CDC de communiquer les renseignements demandés lorsque le ministre n'y consent pas doit être réglée par CDC et le ministre et n'a aucune incidence sur les obligations de

¹³⁸ Pièce PR-2020-071-17 à la p. 5.

communication de CDC dans des instances telles que la présente. Bien que le Tribunal ne puisse pas ordonner à CDC de communiquer des renseignements qui sont visés par l'article 30, il pourrait tout de même tirer une inférence défavorable du fait que les renseignements demandés n'ont pas été communiqués s'il jugeait que ceux-ci sont nécessaires au règlement de la plainte et pourrait également conclure que ce défaut de communiquer les renseignements constitue un manquement aux obligations du Canada prévues dans les accords commerciaux.

[133] Comme il a été mentionné au début des présents motifs, et pour être tout à fait clair, le Tribunal estime que la position de CDC commanderait une inférence défavorable si les renseignements concernant l'évaluation de la proposition de CDCI étaient nécessaires au règlement de la plainte. Comme la Cour d'appel fédérale l'a également confirmé dans l'arrêt *Heiltsuk*, la question de savoir si ces renseignements sont nécessaires au règlement de la plainte est une question de procédure qui relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal et qui doit être tranchée indépendamment de l'incapacité de CDC de produire les renseignements ou du refus du ministre de consentir à leur communication au titre de l'article 30 de la *LPD*. Le Tribunal ne permettra pas à CDC d'invoquer l'article 30 pour se soustraire à ses obligations de communication lorsqu'elle est partie à une plainte portant sur un marché public.

FRAIS

[134] Le Tribunal détermine provisoirement que chaque partie assumera ses propres frais. Bien que le Tribunal accorde généralement des frais à la partie qui a gain de cause, il lui est arrivé à l'occasion de refuser d'accorder le remboursement des frais « conformément au pouvoir discrétionnaire qui lui est dévolu en sa qualité de cour d'archive maître de sa procédure [...] »¹³⁹. Par exemple, il est arrivé au Tribunal de décider de ne pas accorder le remboursement des frais à la partie qui avait gain de cause lorsque cette dernière avait refusé de communiquer des renseignements pertinents ou avait compliqué inutilement l'instance¹⁴⁰.

[135] De l'avis du Tribunal, CDC a compliqué considérablement la procédure d'examen de la plainte en l'espèce. Comme il a été expliqué précédemment, CDC n'a pas donné d'explication raisonnable pour justifier l'absence de consentement à la communication des renseignements demandés de la part du ministre, et n'a pas expliqué pourquoi elle invoquait l'article 30 de la *LPD* dans la présente instance, alors qu'elle ne l'avait jamais fait dans le cadre de procédures antérieures de plainte portant sur un marché public instruites par le Tribunal où elle était l'intimée. Bien que les renseignements demandés ne soient en définitive pas nécessaires au règlement de la plainte, de nombreuses autres séries d'observations ont dû être déposées pour permettre au Tribunal d'examiner en profondeur la plainte en l'espèce puisqu'aucun motif défendable n'avait été fourni pour répondre à ces questions. Enfin, le Tribunal est d'avis que la plainte de Bronson n'est pas frivole, quoiqu'elle soit, au bout du compte, non fondée. Par conséquent, le Tribunal conclut qu'il est approprié que chaque partie assume ses propres frais.

¹³⁹ *Francis H.C.A.C. Services Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 septembre 2016), PR-2016-003 (TCCE) [*Francis H.C.A.C.*] au par. 53.

¹⁴⁰ Voir p. ex. *Francis H.C.A.C.* au par. 57; *The Masha Krupp Translation Group Ltd. c. Agence du revenu du Canada* (20 mars 2017), PR-2016-041 (TCCE) au par. 90; *Workplace Medical Corp. c. Agence canadienne d'inspection des aliments* (28 juillet 2015), PR-2015-004 (TCCE) au par. 49.

DÉCISION

[136] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal détermine que la plainte n'est pas fondée. L'indication provisoire du Tribunal à l'égard de l'indemnité est que chaque partie assumera ses propres frais. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif de l'indemnité.

Serge Fréchette

Serge Fréchette

Membre président