



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier PR-2021-046

Pacific Northwest Raptors Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Décision et motifs rendus
le lundi 21 février 2022*

TABLE DES MATIÈRES

DÉCISION.....	i
EXPOSÉ DES MOTIFS	1
APERÇU	1
PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	2
HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	3
ACCORDS COMMERCIAUX	4
DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA DP	5
QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	6
La production de la soumission de Falcon n'était pas nécessaire	6
ANALYSE.....	8
TPSGC n'a pas commis d'erreur en établissant la moyenne des notes individuelles.....	8
Évaluation des critères techniques.....	10
MESURE CORRECTIVE	13
FRAIS	14
DÉCISION	14

EU ÉGARD À une plainte déposée par Pacific Northwest Raptors Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*;

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**PACIFIC NORTHWEST RAPTORS LTD.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****DÉCISION**

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée en partie. Le Tribunal recommande à TPSGC de lancer un nouvel appel d'offres avant d'exercer son option de prolonger le contrat actuel. Chaque partie assumera ses propres frais.

Frédéric Seppey

Frédéric Seppey

Membre président

Membre du Tribunal :	Frédéric Seppey, membre président
Personnel du Secrétariat du Tribunal :	Zackery Shaver, conseiller juridique Yannick Trudel, conseiller juridique Stephanie Blondeau, agente du greffe
Partie plaignante :	Pacific Northwest Raptors Ltd.
Conseillers juridiques de la partie plaignante :	Greg Landry Ben Mills
Institution fédérale :	Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux
Conseillères juridiques de l'institution fédérale :	Julie Doufour Julia Kalinina
Partie intervenante :	Falcon Environmental Inc.
Conseillers juridiques de la partie intervenante :	Gerry Stobo Marc McLaren-Caux Andrew Paterson Alexander Hobbs Jan M. Nitoslawski

Veillez adresser toutes les communications à :

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

EXPOSÉ DES MOTIFS

APERÇU

[1] La plainte présentée par Pacific Northwest Raptors Ltd. (PNWR) porte sur un marché public (appel d'offres W684H-210029/A) publié par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au nom du ministère de la Défense nationale (MDN). L'appel d'offres portait sur l'acquisition de services nécessaires au contrôle de la faune à l'aérodrome de la 12^e Escadre Shearwater de l'Aviation royale du Canada (Shearwater), en Nouvelle-Écosse. Les travaux doivent être effectués entre le 1^{er} juillet 2021 et le 30 juin 2022, avec la possibilité de prolonger la durée du contrat jusqu'à quatre années supplémentaires dans les mêmes conditions.

[2] PNWR soutient que TPSGC n'a pas évalué sa soumission conformément aux dispositions de la demande de proposition (DP), notamment que :

- a) l'équipe d'évaluation a fondé son évaluation sur des critères non divulgués et a écarté les renseignements pertinents de la proposition de PNWR;
- b) l'équipe d'évaluation de TPSGC n'a pas réussi à s'entendre sur une note consensuelle comme l'exige la méthodologie d'évaluation;
- c) la méthode d'évaluation utilisée lors d'une deuxième évaluation de sa soumission était moins favorable à PNWR qu'à d'autres soumissionnaires, contrairement aux obligations de TPSGC en vertu des accords commerciaux applicables;
- d) les résultats des première et deuxième évaluations et le niveau de divulgation fourni par TPSGC soulèvent des doutes en ce qui concerne la transparence et l'intégrité de la procédure de passation du marché public.

[3] PNWR demande la réparation suivante :

- a) Que TPSGC annule le contrat qu'il a conclu avec Falcon Environmental Inc. (Falcon) et qu'il révisé les notes attribuées au plan technique de PNWR. Dans l'hypothèse où elle serait le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée, PNWR demande que le contrat lui soit attribué;
- b) À titre subsidiaire, que TPSGC annule le contrat attribué à Falcon et publie un nouvel appel d'offres;
- c) À titre subsidiaire encore, que TPSGC annule le contrat attribué à Falcon et que toutes les soumissions présentées en réponse à l'appel d'offres soient réévaluées;
- d) À titre subsidiaire encore, que PNWR reçoive une indemnité pour perte de profits, pour perte de possibilités et/ou pour les frais de préparation de sa soumission;
- e) Que PNWR se voit adjuger les frais qu'elle a engagés pour la préparation et le dépôt de sa plainte.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

[4] La DP a été publiée le 12 avril 2021, sur le site Web Achatsetventes.gc.ca¹. Trois modifications ont été apportées à l'appel d'offres afin de répondre aux questions des soumissionnaires éventuels, de modifier certains éléments de la DP et de prolonger la date de clôture de l'appel d'offres du 11 mai 2021 au 25 mai 2021².

[5] Un contrat a été attribué à Falcon le 15 juin 2021³.

[6] Le 16 juin 2021, PNWR a été informée qu'elle n'était pas le soumissionnaire retenu⁴. Le même jour, PNWR a demandé à TPSGC de tenir une séance de compte rendu afin d'obtenir plus de détails sur le processus d'évaluation. TPSGC a consenti à la demande le même jour⁵.

[7] Le 22 juin 2021, TPSGC a tenu une séance de compte rendu avec PNWR à laquelle le MDN a assisté⁶.

[8] Le 7 juillet 2021, PNWR a envoyé une lettre d'opposition détaillée concernant l'évaluation de sa soumission à TPSGC⁷. Dans son opposition, PNWR a relevé plusieurs lacunes dans l'évaluation et a demandé que sa soumission soit réévaluée. TPSGC a accusé réception de la lettre le 8 juillet 2021, a indiqué qu'il enquêterait sur la plainte de PNWR et y répondrait rapidement⁸.

[9] Le 19 août 2021, TPSGC a informé PNWR qu'une deuxième évaluation de sa soumission confirmait qu'elle n'avait pas été retenue⁹.

[10] Le 7 septembre 2021, PNWR a demandé un deuxième compte rendu et la divulgation de documents supplémentaires concernant l'appel d'offres¹⁰.

[11] Le 14 septembre 2021, TPSGC a accepté de tenir un deuxième compte rendu. Dans sa correspondance concernant ce deuxième compte rendu, TPSGC a refusé de fournir les documents demandés par PNWR, faisant remarquer que ces renseignements pouvaient être demandés au moyen d'une demande d'accès à l'information¹¹.

[12] La deuxième séance de compte rendu a eu lieu le 22 septembre 2021¹². C'est au cours de cette réunion que PNWR a pris connaissance des questions qui ont mené à la présente plainte.

¹ Pièce PR-2021-046-01 aux p. 49, 147–149. Le document de l'appel d'offres porte la date du 9 avril 2021, mais il a été affiché sur le site Web le 12 avril 2021.

² Pièce PR-2021-046-01 aux p. 129–146.

³ *Ibid.* aux p. 161–162.

⁴ Pièce PR-2021-046-10.A à la p. 161; pièce PR-2021-046-01A (protégée) aux p. 165–166.

⁵ Pièce PR-2021-046-01A (protégée) aux p. 164–165.

⁶ Pièce PR-2021-046-01 aux par. 38–40.

⁷ Pièce PR-2021-046-01A (protégée) aux p. 172–180. La lettre porte la date du 1er juillet 2021 mais elle a été envoyée le 7 juillet 2021.

⁸ Pièce PR-2021-046-01A (protégée) à la p. 172.

⁹ Pièce PR-2021-046-10.A aux p. 196–197.

¹⁰ Pièce PR-2021-046-01A (protégée) aux p. 183–185. La lettre porte la date du 25 août 2021 mais elle a été envoyée le 7 septembre 2021.

¹¹ Pièce PR-2021-046-10.A à la p. 204.

¹² Pièce PR-2021-046-01 aux par. 69–70; pièce PR-2021-046-10B (protégée) aux par. 46–47.

HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

[13] Le 7 octobre 2021, PNWR a déposé sa plainte auprès du Tribunal.

[14] Le 13 octobre 2021, le Tribunal a accepté d'enquêter sur la plainte de PNWR. Dans sa lettre informant TPSGC de la plainte, le Tribunal a demandé à TPSGC de fournir les procédures d'évaluation, les notes de l'évaluateur et tous les autres documents pertinents relatifs à la soumission de PNWR. De plus, le Tribunal a demandé que les documents d'évaluation de Falcon soient également déposés en même temps que le Rapport de l'institution fédérale (RIF).

[15] Le 22 octobre 2021, Falcon a déposé une requête en intervention dans le cadre de la procédure de plainte.

[16] Le 25 octobre 2021, le Tribunal a accueilli la requête en intervention de Falcon.

[17] Le 15 novembre 2021, TPSGC a déposé son RIF.

[18] Le 22 novembre 2021, Falcon a déposé des observations sur la plainte et le RIF.

[19] Le 1^{er} décembre 2021, PNWR a déposé ses commentaires sur le RIF et sur les observations de Falcon. Dans ses commentaires, PNWR a fait remarquer que TPSGC n'avait pas déposé les documents d'évaluation des soumissions de Falcon lors du dépôt du RIF, comme l'avait demandé le Tribunal lorsqu'il a accepté d'enquêter sur la plainte. PNWR a en outre demandé la divulgation de la soumission de Falcon.

[20] Le 2 décembre 2021, TPSGC a informé le Tribunal que, bien qu'il avait l'intention de divulguer les fiches d'évaluation de Falcon en même temps que le RIF, il avait omis de le faire par inadvertance. TPSGC a confirmé au Tribunal et aux parties qu'il fournirait les fiches d'évaluation manquantes. TPSGC a également demandé au Tribunal de confirmer s'il demanderait aussi de fournir la proposition technique de Falcon.

[21] Le même jour, Falcon a déposé son opposition à la divulgation de sa soumission technique, étant donné qu'elle n'estimait pas que cette information était pertinente à la plainte de PNWR.

[22] Le 3 décembre 2021, le Tribunal a confirmé que TPSGC devait déposer les documents d'évaluation des soumissions pertinents relatifs à la soumission de Falcon. En ce qui concerne la demande de divulgation de la proposition technique de Falcon, le Tribunal a mis en délibéré sa décision sur la question.

[23] Le 6 décembre 2021, TPSGC a déposé les renseignements manquants demandés concernant l'évaluation de la soumission de Falcon.

[24] Le 9 décembre 2021, le Tribunal a invité PNWR à déposer des observations sur les nouveaux renseignements déposés.

[25] Le même jour, PNWR a déposé ses observations. PNWR a de nouveau demandé que la soumission de Falcon soit fournie afin de permettre une réponse complète et une comparaison. Le 16 décembre 2021, le Tribunal a rejeté la demande.

ACCORDS COMMERCIAUX

[26] La DP et l'appel d'offres sur le site Web Achatsetventes.gc.ca prévoient que l'appel d'offres est assujéti à l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP-OMC), à l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, à l'Accord de libre-échange canadien (ALEC), à l'Accord de libre-échange Canada-Pérou, à l'Accord de libre-échange Canada-Colombie, à l'Accord de libre-échange Canada-Panama, à l'Accord de libre-échange Canada-Corée et à l'Accord de continuité commerciale Canada-Royaume-Uni.

[27] PNWR a laissé entendre que TPSGC n'avait pas évalué sa soumission conformément aux critères de la DP ou qu'il avait utilisé des critères non divulgués, indiquant qu'il s'agissait d'une violation des paragraphes 509(7), 515(1) et 515(5) de l'ALEC.

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

[...]

Documentation relative à l'appel d'offres

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

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

[...]

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

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

[...]

Évaluation et adjudication des marchés

[...]

5. À moins qu'elle ne détermine qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'adjuger un marché, l'entité contractante adjuge le marché au fournisseur dont elle a déterminé qu'il est capable de satisfaire aux modalités du marché et qui, uniquement sur la base des critères d'évaluation spécifiés dans les avis d'appel d'offres et la documentation relative à l'appel d'offres, a présenté :

a) soit la soumission la plus avantageuse;

b) soit, si le prix est le seul critère, le prix le plus bas.

[...]

DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA DP

[28] La présente plainte porte sur l'évaluation de la soumission de PNWR en ce qui concerne les points 1 et 2 des critères techniques, ainsi que sur l'établissement de la moyenne des notes des évaluateurs individuels. Les dispositions pertinentes de la DP sont rédigées comme suit :

PARTIE 4 – PROCÉDURES D'ÉVALUATION ET MÉTHODE DE SÉLECTION**4.1 Procédures d'évaluation**

Une équipe d'évaluation composée de représentants du Canada évaluera les soumissions.

4.1.1 Évaluation technique

Les critères d'évaluation technique obligatoires et cotés sont inclus dans l'annexe D.

[...]

CRITÈRES ÉVALUÉS – MODIFICATION 001 [en anglais seulement]

Votre proposition technique et de gestion sera évaluée et notée conformément aux critères d'évaluation suivants. Il est suggéré que le soumissionnaire traite ces critères suffisamment en détails dans sa proposition pour s'assurer que l'équipe d'évaluation puisse évaluer adéquatement les capacités du soumissionnaire. Le soumissionnaire doit aborder chaque

article énuméré ci-dessous et faire référence aux critères de votre proposition pour démontrer et appuyer votre conformité.

Technique – Total de points disponibles 800, minimum de points requis 600

Article	Critères	Critères détaillés	Points Max
1.	Démontre une compréhension de la portée et de l'objectif.	Compréhension totale des problèmes et des dangers liés aux exigences, ainsi que la compréhension des habitudes et comportements des animaux sauvages.	300
		Une certaine compréhension des problèmes et des dangers liés aux exigences, ainsi que la compréhension des habitudes et comportements des animaux sauvages.	200
		Une certaine compréhension des problèmes et des dangers liés aux exigences, ainsi que la compréhension des habitudes et comportements des animaux sauvages.	100
		Une certaine compréhension des problèmes et des dangers liés aux exigences, ainsi que la compréhension des habitudes et comportements des animaux sauvages.	0
2.	Faisabilité, approche et méthodologie des travaux proposés.	Fourni un plan détaillé pour contrôler avec succès la population d'oiseaux et d'animaux sauvages dans un environnement d'aérodrome.	300
		Fourni un plan de base pour contrôler la population d'oiseaux et d'animaux sauvages.	150
		Fourni un plan pour contrôler la population d'oiseaux et d'animaux sauvages qui n'est pas clair et qui ne réussira probablement pas.	0
[...]			

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

La production de la soumission de Falcon n'était pas nécessaire

[29] Au début de l'enquête, le Tribunal a pris acte des demandes de communication de renseignements de PNWR et a demandé à TPSGC de fournir tous les documents relatifs à l'évaluation des soumissions de PNWR et de Falcon¹³. Toutefois, le Tribunal n'a pas demandé à TPSGC de produire les documents de soumission de Falcon, car il n'a pas estimé que cela était justifié. L'analyse des observations subséquentes faites par les parties a confirmé cette évaluation initiale.

[30] Dans ses observations déposées en réponse, PNWR soutient qu'en ce qui concerne les critères non divulgués, « [l]e RIF ne permet pas au Tribunal d'être certain que les critères non divulgués appliqués par [les évaluateurs] à la proposition de PNWR [...] ont été appliqués de façon uniforme à la deuxième évaluation de la proposition de Falcon » [traduction] et que le Tribunal

¹³ Pièce PR-2021-046-04 à la p. 1.

devrait tirer une conclusion défavorable du défaut de TPSGC de fournir la proposition de Falcon et les fiches d'évaluation¹⁴. Citant l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*, PNWR soutient que TPSGC aurait dû fournir tous les documents demandés, y compris la proposition de soumission de Falcon et les fiches d'évaluation.

[31] TPSGC a par la suite déposé les documents d'évaluation de Falcon, sans la soumission de Falcon, et PNWR a ensuite fourni des commentaires sur les nouveaux renseignements déposés.

[32] Dans le RIF, TPSGC affirme qu'il n'avait pas fourni les documents de soumission de Falcon parce qu'il jugeait les documents non pertinents ou sans rapport avec l'objet de la plainte¹⁵.

[33] À la suite de l'examen des commentaires formulés sur les première et deuxième fiches d'évaluation de Falcon, PNWR a réitéré sa demande d'obtenir la production des documents de soumission de Falcon¹⁶. Convaincu que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés étaient suffisants pour trancher correctement la plainte, le Tribunal a rejeté la demande¹⁷.

[34] Le Tribunal fait observer que, dans des cas antérieurs où il a accédé à une demande de divulgation de renseignements précis, il l'a fait parce qu'une partie a fourni des éléments de preuve soutenant que la divulgation était justifiée dans le cadre d'une enquête particulière¹⁸. En général, les allégations de mauvaise foi ou de partialité non fondées et hypothétiques ne serviront pas de fondement permettant à un plaignant d'avoir accès aux documents en la possession de l'institution fédérale, pas plus qu'une demande de divulgation qui équivaut à un « interrogatoire à l'aveuglette ».

[35] En l'espèce, PNWR ne fournit aucune information à l'appui de sa demande. PNWR a affirmé que les prétendus « critères non divulgués » [traduction] (c.-à-d. erreur d'altitude, présence d'oies des neiges, mention d'aéronefs à voilure fixe) ont été utilisés pour évaluer la soumission de PNWR et que, à ce titre, elle devrait avoir l'occasion d'examiner si la soumission de Falcon a été évaluée d'une manière différente de la proposition présentée par PNWR. Dans ses observations en réponse, PNWR soutient en outre que la proposition de Falcon était pertinente pour établir si les « critères non divulgués » [traduction] étaient appliqués de façon uniforme aux propositions de PNWR et de Falcon¹⁹. Enfin, PNWR soutient qu'elle avait besoin des documents de soumission de Falcon pour confirmer si le processus d'évaluation était cohérent entre les deux soumissions²⁰.

[36] Lorsqu'il examine la question de savoir si un marché public a enfreint une disposition des accords commerciaux, le Tribunal applique une norme de caractère raisonnable, et fait preuve de déférence à l'égard du comité d'évaluation en ce qui concerne l'évaluation des propositions²¹. Ce faisant, le Tribunal ne substitue généralement pas son jugement à celui des évaluateurs, à moins qu'il ne soit convaincu que les évaluateurs ne se sont pas appliqués à évaluer la proposition d'un soumissionnaire, qu'ils n'ont pas tenu compte des renseignements cruciaux fournis dans une proposition, qu'ils ont fondé leurs renseignements sur des critères non divulgués ou bien qu'ils n'ont

¹⁴ Pièce PR-2021-046-14.A à la p. 21.

¹⁵ Pièce PR-2021-046-10.A aux p. 29–30.

¹⁶ Pièce PR-2021-046-21 aux p. 1–2.

¹⁷ Pièce PR-2021-046-22.

¹⁸ *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Ltd.*, 2021 CAF 26 au par. 106.

¹⁹ Pièce PR-2021-046-14.A au par. 54.

²⁰ Pièce PR-2021-046-21 aux p. 1–2.

²¹ *Samson & Associates c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (13 avril 2015), PR-2014-050 (TCCE) [*Samson*] au par. 35.

pas procédé à une évaluation équitable du point de vue de la procédure²². Par conséquent, à moins que les éléments de preuve ne permettent de conclure que les évaluateurs ne se sont pas appliqués de façon plus générale, le Tribunal n'étend pas son enquête au-delà de la portée de la plainte initiale, y compris pour remettre en question des soumissions précises.

[37] En l'espèce, le Tribunal ne voit aucun élément de preuve dans les documents d'évaluation de Falcon qui laisse penser que l'évaluateur a appliqué des critères non divulgués. C'est la soumission de PNWR qui comprenait des références à l'altitude et à la présence d'oies des neiges et d'aéronefs à voilure fixe, et ces mentions ont été désignées dans son évaluation comme des « signaux d'alarme » [traduction]. Ces questions n'ont pas été abordées dans les documents d'évaluation de Falcon. Le Tribunal ne voit aucun lien entre ces éléments de la soumission de PNWR et la soumission de Falcon et, quoi qu'il en soit, c'est l'évaluation appropriée de la soumission de PNWR qui est en cause dans cette affaire, et non celle de Falcon.

[38] Par conséquent, le Tribunal n'a pas ordonné la production de la soumission de Falcon.

ANALYSE

[39] Lorsqu'il examine la plainte de PNWR, le Tribunal est tenu, en vertu du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* (Loi sur le TCCE)²³, de décider si TPSGC a agi conformément aux procédures prescrites et aux autres exigences énoncées dans l'appel d'offres²⁴. Le Tribunal doit également déterminer, conformément à l'article 11 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*²⁵, si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences d'un accord commercial applicable tel que ceux décrits ci-dessus.

[40] En l'espèce, il s'agit de déterminer si TPSGC a évalué la soumission de PNWR conformément aux critères techniques cotés précisés dans les documents d'appel d'offres, comme l'exigent les accords commerciaux applicables.

[41] Le Tribunal examinera d'abord la question de savoir si TPSGC a commis une erreur en établissant la moyenne des notes individuelles. Il examinera ensuite la question de savoir si TPSGC a violé les obligations de transparence de l'accord commercial en ne divulguant pas les documents de soumission de Falcon. Le Tribunal examinera ensuite les allégations de PNWR relatives à l'évaluation de sa soumission pour les points 1 et 2 des critères techniques.

TPSGC n'a pas commis d'erreur en établissant la moyenne des notes individuelles

[42] Comme il a déjà été indiqué, le Tribunal accorde généralement un degré élevé de déférence aux observations et conclusions des évaluateurs, particulièrement en ce qui concerne la façon dont chaque membre d'un comité évalue les points avant les discussions consensuelles. Dans l'affaire

²² Voir, par exemple, *Saskatchewan Institute of Applied Science and Technology c. Ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement* (9 janvier 2014), PR-2013-013 (TCCE) au par. 58.

²³ L.R.C. (1985), ch. 47 (4e suppl.).

²⁴ Par exemple, comme le Tribunal a indiqué dans l'affaire *AJL Consulting c. Ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire* (12 février 2020), PR-2019-045 (TCCE) au par. 7, l'ALEC prévoit que l'entité contractante doit évaluer les soumissions en conformité avec les critères essentiels énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres.

²⁵ DORS/93-602.

CGI Information Systems, le Tribunal a reconnu que les notes individuelles sont « effectivement le point de départ de discussions de fond et de débats approfondis; il est donc raisonnable que ces discussions et les notes qui en découlent ne reflètent pas toujours les moyennes, ni d'ailleurs les médianes, des notes de chaque évaluateur²⁶ ».

[43] Cette distinction entre les notes individuelles et les notes finales est également conforme à la norme de contrôle du caractère raisonnable, puisqu'elle a été appliquée à l'évaluation des soumissions et qu'elle est bien établie dans la jurisprudence du Tribunal. Dans l'évaluation des soumissions par une entité contractante, le Tribunal fait preuve de déférence à l'égard de l'expertise des évaluateurs. Cela signifie que le Tribunal intervient uniquement lorsqu'une évaluation ou une attribution est déraisonnable²⁷. Une évaluation sera jugée raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, et ce, même si cette explication n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal²⁸.

[44] Le Tribunal a déjà conclu que la décision de l'entité contractante « sera jugée raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux du Tribunal²⁹ ». Le Tribunal a également déjà conclu qu'une évaluation ou une attribution est déraisonnable lorsque les évaluateurs ne se sont pas appliqués à évaluer une soumission, ont donné une interprétation erronée de la portée d'une exigence de l'appel d'offres, n'ont pas tenu compte de renseignements cruciaux fournis dans une soumission, ont fondé leur évaluation sur des critères non divulgués ou n'ont par ailleurs pas effectué l'évaluation d'une manière équitable du point de vue de la procédure³⁰.

[45] Au moment d'examiner la note finale ou « consensuelle » [traduction] attribuée à une soumission, une gamme de méthodes possibles peuvent raisonnablement être appliquées. Dans l'affaire *Northrop Grumman*, le système d'évaluation envisageait la moyenne des notes des évaluateurs si elles se situaient à deux points l'une de l'autre, tandis que des différences plus importantes exigeaient une méthode d'évaluation plus approfondie et une justification de la part des évaluateurs³¹.

[46] De même, dans l'affaire *Storeimage*, le Tribunal a conclu qu'une méthode de notation comparative des soumissions qui établissait la moyenne des notes attribuées par les évaluateurs était conforme aux accords commerciaux pertinents, à condition que la méthode de notation satisfasse aux exigences énoncées dans les documents d'appel d'offres³².

²⁶ *CGI Information Systems and Management Consultants Inc. c. La Société canadienne des postes et Innovaposte Inc.* (9 octobre 2014), PR-2014-015 and PR-2014-020 (TCCE) [*CGI Information Systems*] au par. 144.

²⁷ *CTS Defence Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (11 août 2021), PR-2020-102 (TCCE) au par. 46, citant *Samson* au par. 35; *Northern Lights Aerobatic Team, Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE) au par. 52; *Excel Human Resources Inc. c. Ministère de l'environnement* (2 mars 2012), PR-2011-043 (TCCE) au par. 33.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Samson* au par. 35.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Northrop Grumman Overseas Services Corporation c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (30 août 2007), PR-2007-008 (TCCE) [*Northrop Grumman*] à la note de bas de page 12.

³² *Storeimage c. Musée canadien de la nature* (18 Janvier 2013), PR-2012-015 (TCCE) [*Storeimage*] aux par. 55-59.

[47] De l'avis du Tribunal, il était raisonnable que l'équipe d'évaluation fasse la moyenne des notes des points 1 et 2 des critères techniques une fois qu'il est devenu clair qu'elle ne serait pas en mesure de parvenir à un consensus. Dans l'affaire *TPG Technology*, le Tribunal a conclu que l'attribution de notes partielles pour des critères techniques constituait une dérogation inadmissible à la méthode de notation, puisque les notes avaient été définies dans la DP et que l'attribution de notes partielles s'écartait de ces instructions³³. La présente affaire peut être distinguée de l'affaire *TPG Consulting* en ce sens que chacun des évaluateurs est arrivé à sa propre conclusion conformément à la méthodologie de notation énoncée dans la DP. Plutôt qu'une « dérogation inadmissible » [traduction] de la rubrique de notation fournie, le résultat en l'espèce est l'impossibilité de parvenir à un consensus, l'établissement de la moyenne des notes servant à tenir compte des opinions partagées des évaluateurs.

[48] La DP³⁴ et le guide d'évaluation³⁵ fournis par TPSGC ne précisent pas comment aborder les cas où il n'est pas possible d'obtenir une note consensuelle pour un fournisseur donné. En l'espèce, l'approche adoptée par le comité d'évaluation semble raisonnable et ne semble pas avoir été appliquée d'une manière qui désavantagerait l'une des parties par rapport à l'autre. Par conséquent, le Tribunal ne voit aucun motif de décider que la moyenne des notes constituerait une erreur dans la notation ou représentait l'application de critères d'évaluation non divulgués.

Évaluation des critères techniques

Critères techniques – article 1

[49] PNWR conteste l'évaluation par TPSGC de l'article 1 des critères techniques (CT1). Après avoir obtenu une note inférieure à celle du soumissionnaire retenu à la suite de la réévaluation de sa soumission, PNWR allègue que TPSGC a commis une erreur en déduisant des points parce qu'elle (1) a mentionné dans sa soumission la présence d'aéronefs à voilure fixe à Shearwater, (2) a incorrectement inscrit l'élévation à Shearwater comme « 1 735 » mètres, et (3) a mentionné les oies des neiges dans son plan technique³⁶.

[50] Plus précisément, PNWR conteste la déduction de points à l'égard du CT1, faisant valoir que TPSGC n'a fourni aucune explication concernant la façon dont les références susmentionnées ont démontré que PNWR avait une « compréhension inférieure à la compréhension totale du travail à fournir dans le cadre de l'appel d'offres³⁷ » [traduction].

[51] TPSGC a fait remarquer dans le RIF que les aéronefs à voilure fixe n'avaient atterri que deux fois à Shearwater au cours des 15 dernières années³⁸. TPSGC a également fait remarquer que les autres mentions étaient incorrectes, à la connaissance de l'un des évaluateurs³⁹. Sur cette base, TPSGC soutient qu'il était raisonnable pour l'un des évaluateurs de déterminer que ces aspects de la

³³ *TPG Technology Consulting Limited c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 novembre 2007), PR-2007-025 (TCCE) aux par. 32–33 [*TPG Technology*].

³⁴ Pièce PR-2021-046-06A aux p. 9–10.

³⁵ Pièce PR-2021-046-10.A aux p. 137–138.

³⁶ Pièce PR-2021-046-01 aux par. 83–96.

³⁷ *Ibid.* au par. 87.

³⁸ Pièce PR-2021-046-10.A au par. 69.

³⁹ Pièce PR-2021-046-10B (protégée) à la p. 18.

soumission de PNWR constituait des « signaux d'alarme » [traduction] qui influent sur la « pleine compréhension » [traduction] de PNWR des exigences de la DP⁴⁰.

[52] Dans sa réponse au RIF, PNWR a de nouveau contesté cet aspect de l'évaluation⁴¹. Les questions présentées au sujet du CT1 sont factuelles, l'argument de PNWR se concentrant sur les motifs pour lesquels elle estime que sa soumission aurait dû recevoir la note complète. Comme il a déjà été mentionné, c'est le plaignant qui a la responsabilité de fournir la preuve d'une violation des accords commerciaux applicables⁴². Compte tenu des commentaires des évaluateurs sur les soumissions de PNWR et de Falcon, en plus de la correspondance de PNWR avec TPSGC et d'un affidavit présenté par l'un des évaluateurs, le Tribunal est convaincu que le dossier contient une description satisfaisante du processus d'examen des soumissions, ainsi que les points de vue de l'équipe d'évaluation sur les forces et les faiblesses de chaque soumission.

[53] En ce qui concerne le CT1, les évaluateurs ont été chargés de déterminer si les soumissionnaires avaient démontré une compréhension des exigences, des problèmes et des dangers souvent présents à Shearwater, ainsi qu'une compréhension des habitudes des animaux sauvages dans la région. Les soumissions ont été évaluées en appliquant la cotation suivante par rapport à cette exigence : une compréhension totale (maximum de 300 points), une certaine compréhension (maximum de 200 points), une compréhension limitée (maximum de 100 points) ou aucune compréhension (0 point).

[54] Deux des trois évaluateurs n'ont constaté aucune faute dans la soumission de PNWR quant au CT1 et lui ont accordé tous les points. Toutefois, l'un des trois évaluateurs a estimé que trois déclarations incorrectes relatives à la base aérienne constituaient des « signaux d'alarme » [traduction] et que, par conséquent, la soumission ne démontrait qu'une compréhension partielle des exigences⁴³. PNWR remet en question l'exactitude des connaissances de l'évaluateur par rapport à deux des trois facteurs (c.-à-d. la question de savoir si des oies des neiges et des aéronefs à voilure fixe ont été vus sur la base aérienne), mais reconnaît que la troisième (l'altitude de Shearwater) avait été une erreur typographique⁴⁴. PNWR soutient qu'aucune justification n'a été donnée quant aux motifs pour lesquels ces « signaux d'alarme » [traduction] ne démontraient qu'une compréhension partielle du travail à effectuer à Shearwater. La question dont le Tribunal est saisi est donc de savoir si l'appréciation de l'évaluateur était raisonnable et défendable en fonction des faits et des circonstances.

[55] Compte tenu de la preuve dont il est saisi, le Tribunal conclut que l'évaluation en cause est déraisonnable. Les notes d'évaluation en cause indiquent qu'il y a eu « de nombreuses mentions d'opérations à voilure fixe » [traduction] à Shearwater⁴⁵. Cette déclaration est, selon le Tribunal, inexacte. À la connaissance du Tribunal, il n'y a eu qu'une seule mention d'« aéronefs à voilure fixe » [traduction] (et non d'« opérations » [traduction]) dans la soumission de la partie plaignante, et elle était

⁴⁰ Pièce PR-2021-046-10.A au par. 69.

⁴¹ PR-2021-046-14.A aux p. 8–11.

⁴² *Turbo Expert Québec Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (6 février 2019), PR-2018-029 (TCCE) au par. 34, renvoyant à *Canadian Computer Rentals* (3 août 2000), PR-2000-003 (TCCE); *Marine Recycling Corporation et Canadian Maritime Engineering Ltd.* (22 janvier 2021), PR-2020-038, PR-2020-044 and PR-2020-056 (TCCE) au par. 88.

⁴³ Pièce PR-2021-046-10.A aux par. 68–70.

⁴⁴ Pièce PR-2021-046-01 aux par. 84–86.

⁴⁵ Pièce PR-2021-046-10B (protégée) à la p. 238.

accessoire⁴⁶. PNWR a également confirmé dans sa plainte que, même si sa soumission indiquait que Shearwater était principalement un aérodrome pour aéronefs à voilure tournante, il avait déjà été question que les pistes inutilisées puissent être remises à l'usage public⁴⁷. Par conséquent, le Tribunal ne considère pas que la référence unique à des « aéronefs à voilure fixe » [traduction] révèle une incompréhension substantielle des exigences des travaux à exécuter.

[56] En ce qui a trait à la référence aux oies des neiges et à leur présence à Shearwater, le Tribunal conclut que la conclusion du même évaluateur était déraisonnable et insuffisamment motivée. Encore une fois, le Tribunal conclut que l'affirmation selon laquelle les oies des neiges ne sont pas présentes à la base de Shearwater est probablement inexacte. Dans l'évaluation, l'affirmation n'était étayée que par des preuves anecdotiques et la référence à un site Web accessible au public, ce qui en soi, ne constitue pas une recherche suffisante pour parvenir à une évaluation négative d'une soumission, particulièrement lorsque cette évaluation est en contradiction avec celles des autres évaluateurs⁴⁸. Entre-temps, PNWR a présenté des éléments de preuve défendables qui suggèrent la présence d'oies des neiges à la base⁴⁹. Par conséquent, le Tribunal ne considère pas que la détermination de méthodes de contrôle des oies des neiges constitue une incompréhension substantielle des exigences des travaux à exécuter.

[57] Cet aspect de la plainte de PNWR est donc fondé.

Critères techniques – article 2

[58] PNWR conteste l'évaluation par TPSGC de l'article 2 des critères techniques (CT2). N'ayant pas réussi à obtenir le maximum des notes à la suite de la deuxième évaluation de sa soumission, PNWR soutient que TPSGC a écarté certains aspects de sa soumission, a introduit des critères d'évaluation non divulgués ou a attribué une valeur arbitraire au CT2, en violation de la méthodologie élaborée dans les documents d'appel d'offres.

[59] Plus précisément, PNWR conteste la déduction de points à l'égard du CT2 pour n'avoir pas énuméré ses méthodes de contrôle selon la priorité et pour l'écart perçu en ce qui concerne le nombre de rapaces qui seraient utilisées à Shearwater.

[60] TPSGC a soutenu dans le RIF que, bien que la soumission était exhaustive, l'un des évaluateurs estimait que les éléments du plan de contrôle de la faune semblaient être génériques, et qu'il manquait la nuance qui aurait permis de comprendre comment le soumissionnaire pourrait s'assurer de l'efficacité de son plan. L'évaluateur a indiqué que, pour que PNWR reçoive tous les points, il devait présenter un plan d'approche détaillé correspondant à la portée des services rendus.

[61] Dans le cas du CT2, les évaluateurs étaient chargés de déterminer si les soumissionnaires avaient fourni un plan détaillé de contrôle de la faune pour Shearwater (maximum de 300 points), un plan de base (maximum de 150 points) ou un plan qui n'était pas clair et qui ne réussira probablement pas (0 point). Cette grille de notation était plutôt simple, mais elle indiquait néanmoins qu'un plan détaillé était nécessaire pour obtenir tous les points.

⁴⁶ Pièce PR-2021-01A (protégée) à la p. 296. La référence consistait en une seule phrase dans la soumission de PNWR selon laquelle un certain type d'oiseau posait « un risque important aux aéronefs à voilure fixe ».

⁴⁷ Pièce PR-2021-046-01 aux par. 89–91.

⁴⁸ Pièce PR-2021-046-10B (protégée) aux p. 238, 244, 250.

⁴⁹ Pièce PR-2021-046-01 aux p. 244–245; pièce PR-2021-046-14.B (protégée) aux p. 41–42.

[62] L'un des trois évaluateurs estimait que la soumission de PNWR ne satisfaisait pas à cette norme et considérait que la soumission n'offrait qu'un plan « de base » [traduction] de contrôle de la faune⁵⁰.

[63] Le Tribunal estime que la conclusion des évaluateurs selon laquelle PNWR n'a pas fourni de « plan détaillé » [traduction] était raisonnable et défendable. Les évaluateurs se sont penchés sur les questions qualitatives présentées dans le critère et ont conclu que la soumission de PNWR ne méritait pas l'attribution de la totalité des points concernant son plan de contrôle de la faune. Comme il est indiqué dans l'affidavit de l'évaluateur, ils considéraient qu'un « plan détaillé » [traduction], c'est-à-dire un plan qui recevait la totalité des points, était un plan dans lequel chaque menace faunique faisait face à des méthodes de contrôle de la faune qui donneraient vraisemblablement les résultats souhaités⁵¹. La plainte de PNWR décrivait ces renseignements manquants comme une liste de méthodes de contrôle prioritaires⁵², mais TPSGC fait valoir que c'est le manque de précision concernant les méthodes de contrôle citées dans la soumission qui a amené PNWR à perdre des points à l'égard du CT2.

[64] TPSGC a également relevé des problèmes semblables en ce qui concerne le nombre de rapaces qui seraient utilisées à Shearwater. Alors que PNWR a raison d'affirmer que la DP exigeait qu'un minimum de deux rapaces soit disponible sur place en tout temps, selon l'évaluateur, la soumission ne démontrait pas clairement la façon dont les rapaces et leurs nombres variables seraient pris en compte dans le plan sur la faune.

[65] Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut qu'aucune erreur susceptible de contrôle n'a été commise à l'égard du CT2.

MESURE CORRECTIVE

[66] Conformément au paragraphe 30.15(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal peut recommander une mesure corrective qu'il juge appropriée, notamment :

- un nouvel appel d'offres;
- la réévaluation des soumissions présentées;
- la résiliation du contrat spécifique;
- l'attribution du contrat au plaignant;
- le versement d'une indemnité pour perte de profits et de possibilités.

[67] Habituellement, l'objectif d'une mesure corrective est de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement.

[68] Dans la présente plainte, PNWR demande que le contrat attribué à Falcon soit annulé et qu'il lui soit attribué, si elle avait obtenu la note évaluée la plus élevée. À titre subsidiaire, PNWR demande que TPSGC annule le contrat attribué à Falcon et publie un nouvel appel d'offres visant le besoin. À titre subsidiaire encore, PNWR demande à recevoir une indemnité pour perte de profits, pour perte de possibilités et/ou pour les frais engagés pour la préparation de sa soumission.

⁵⁰ Pièce PR-2021-046-01 au par. 58; pièce PR-2021-046-10B (protégée) à la p. 146.

⁵¹ Pièce PR-2021-046-10.A au par. 81; pièce PR-2021-046-10B (protégée) au par. 81.

⁵² Pièce PR-2021-046-01 aux par. 100–101.

[69] Comme il a déjà été mentionné, le Tribunal conclut que la plainte de PNWR est en partie fondée. En supposant que PNWR ait obtenu la note complète pour le CT1, sa note n'aurait pas augmenté suffisamment pour être la cote combinée la plus élevée relativement au mérite technique et au prix et pour se voir attribuer le contrat⁵³.

[70] Même si le résultat de la présente plainte ne modifie pas le résultat de l'appel d'offres, le fait que TPSGC ne s'est pas pleinement appliqué à l'évaluation des soumissions justifie une forme quelconque de mesure corrective. Par conséquent, le Tribunal recommande que TPSGC lance un nouvel appel d'offres à la fin de la durée du contrat, soit un an, au lieu d'exercer l'option de le prolonger pour une autre année. Le Tribunal ne voit aucun motif d'indemnisation, étant donné que l'attribution à PNWR de la totalité des points qu'elle aurait dû recevoir à l'égard du CT1 n'aurait pas eu pour conséquence que PNWR aurait reçu la cote combinée la plus élevée relativement au mérite technique et au prix.

FRAIS

[71] Les deux parties ont demandé le remboursement de leurs frais liés à la plainte.

[72] Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* et étant donné que chacune des parties n'a obtenu gain de cause que partiellement, le Tribunal ne voit pas de motif d'adjuger des dépens dans l'affaire. Conformément à son pouvoir discrétionnaire en tant que cour d'archives et maître de sa propre procédure⁵⁴, le Tribunal estime qu'il est approprié que chaque partie assume ses propres dépens.

DÉCISION

[73] Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal détermine que la plainte est fondée en partie. Le Tribunal recommande à TPSGC de lancer un nouvel appel d'offres avant d'exercer son option de prolonger le contrat actuel. Chaque partie assumera ses propres frais.

Frédéric Seppey

Frédéric Seppey

Membre président

⁵³ En vertu de la note combinée de [] attribuée à Falcon, PNWR devait recevoir une note de [] pour obtenir la note combinée la plus élevée quant au mérite technique et au prix. Pour que cela se réalise, PNWR devait recevoir [] à l'égard du CT1 et du CT2.

⁵⁴ *Francis H.C.A.C. Services Ltd. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (2 septembre 2016), PR-2016-003 (TCCE) au par. 53.