

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20220504

Dossiers : A-285-20 (dossier principal)
A-27-21

Référence : 2022 CAF 76

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE WEBB
LA JUGE RIVOALEN**

ENTRE :

PACIFIC NORTHWEST RAPTORS LTD.

demanderesse

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
et
FALCON ENVIRONMENTAL INC.**

défendeurs

Audience tenue par vidéoconférence organisée par le greffe, le 8 mars 2022.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 4 mai 2022.

VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU
JUGEMENT :

LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT :

LE JUGE PELLETIER
LA JUGE RIVOALEN

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20220504

Dossiers : A-285-20 (dossier principal)
A-27-21

Référence : 2022 CAF 76

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE WEBB
LA JUGE RIVOALEN**

ENTRE :

PACIFIC NORTHWEST RAPTORS LTD.

demanderesse

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
et
FALCON ENVIRONMENTAL INC.**

défendeurs

VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU JUGEMENT

Il s'agit d'une version publique des motifs confidentiels du jugement remis aux parties. Les deux versions sont identiques, car aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué dans les motifs de jugement confidentiels.

LE JUGE WEBB

[1] Notre Cour est saisie de deux demandes de contrôle judiciaire de décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) le 22 octobre 2020 (dossiers n^{os} PR-2020-009

et PR-2020-022) et le 11 janvier 2021 (dossier n° PR-2020-034 – motifs publiés le 18 janvier 2021).

[2] La première décision portait sur deux plaintes qui avaient été déposées par Falcon Environmental Inc. (Falcon). La deuxième décision portait sur une troisième plainte déposée par Falcon. Ces trois plaintes ont été formulées après que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), agissant au nom du ministère de la Défense nationale, a attribué un contrat à Pacific Northwest Raptors Ltd. (Northwest Raptors) pour la prestation de services de contrôle de la faune aux aérodromes situés à la Base des Forces canadiennes Trenton et au Détachement des Forces canadiennes Mountain View.

[3] Dans sa première décision, le TCCE a conclu que les plaintes étaient fondées et il a recommandé que TPSGC résilie le contrat qui avait été attribué à Northwest Raptors et qu'il l'accorde plutôt à Falcon.

[4] Dans sa deuxième décision, le TCCE a noté que TPSGC, se conformant à sa décision antérieure, avait annulé le contrat attribué à Northwest Raptors et l'avait adjugé à Falcon. Le TCCE a toutefois poursuivi son enquête relativement à la troisième plainte, car Northwest Raptors avait présenté une demande de contrôle judiciaire de la première décision du TCCE. Le TCCE a conclu que la troisième plainte était elle aussi fondée et il a recommandé que TPSGC réévalue la soumission de Northwest Raptors.

[5] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les deux demandes de contrôle judiciaire.

[6] Aux termes d'une ordonnance rendue le 4 mars 2021, ces deux demandes de contrôle judiciaire ont été réunies et le dossier A-285-20 a été désigné comme dossier principal. Les présents motifs seront déposés dans le dossier A-285-20 et une copie de ces motifs sera versée dans le dossier A-27-21.

I. Contexte

[7] Le 5 septembre 2019, TPSGC, agissant au nom du ministère de la Défense nationale, a publié une demande de propositions (DP) pour la prestation de services de contrôle de la faune aux aérodromes situés à la Base des Forces canadiennes (BFC) Trenton et au Détachement des Forces canadiennes Mountain View. Seulement deux soumissions ont été reçues – l'une de Northwest Raptors et l'autre de Falcon. TPSGC a évalué les deux soumissions et le soumissionnaire retenu fut Northwest Raptors.

[8] Le 18 février 2020, TPSGC a informé Falcon que sa soumission n'avait pas été retenue. Falcon a déposé des oppositions auprès de TPSGC à l'égard de l'attribution du contrat à Northwest Raptors. TPSGC a répondu aux oppositions et a informé Falcon que divers documents que Falcon avait demandés en lien avec ce marché public ne lui seraient pas communiqués.

[9] Falcon a alors déposé sa première plainte auprès du TCCE. Aux fins de la présente demande, la principale question en litige dans la première plainte était de savoir si Northwest Raptors répondait au critère obligatoire O2 de la DP.

[TRADUCTION]

| N° | <u>Critères techniques obligatoires</u> | Numéro(s) de page(s) dans la soumission |
|----|--|---|
| O2 | <p>Le soumissionnaire doit démontrer dans sa proposition qu'il a acquis un minimum de 750 jours d'expérience au cours des cinq (5) dernières années à titre d'entrepreneur pour la prestation de services de contrôle de la faune conformément à la partie 3 du <i>Règlement de l'aviation canadien</i> (RAC), Faune aux aéroports, sur un terrain d'aviation ayant les caractéristiques suivantes. Le soumissionnaire démontrera cette expérience en fournissant des références pour les contrats dans le cadre desquels il a accumulé ces heures, qui répondent aux critères suivants :</p> <p>(a) Pas plus petit que la BFC Trenton (la superficie de la BFC Trenton est de 44 000 mètres carrés clôturée),</p> <p>(b) Avec des mouvements de vol à basse altitude totalisant au moins 29 000 mouvements par an (dont au moins : avions à réaction, hélicoptères et avions à turbopropulseur à réaction à grande vitesse),</p> <p>(c) Avec un habitat semblable (près d'un grand plan d'eau qui fait passer les trajectoires de vol des oiseaux dans et autour des lieux de l'aéroport) à celui de la BFC Trenton,</p> <p>(d) Gérer au moins deux employés à temps plein qui fournissent des services de contrôle de la faune. Cela comprend tous les aspects de la gestion du personnel, y compris, mais sans s'y limiter, le recrutement, l'embauche et la formation.</p> <p>Le contrat doit avoir été exécuté par le soumissionnaire lui-même (et ne comprend pas l'expérience d'un sous-traitant proposé ou d'un affilié du soumissionnaire).</p> <p>[...]</p> | <p>(a) _____</p> <p>(b) _____</p> <p>(c) _____</p> <p>(d) _____</p> |

[10] Si l'expérience d'un soumissionnaire particulier dépassait l'exigence minimale du critère obligatoire O2, des points supplémentaires pourraient lui être accordés au titre du critère coté C1.

[11] Dans sa première plainte, Falcon alléguait que Northwest Raptors ne possédait pas l'expérience exigée au titre du critère obligatoire O2. Par conséquent, non seulement Northwest Raptors ne satisfaisait pas à l'exigence minimale, mais Northwest Raptors n'aurait pas dû non plus se voir attribuer des points supplémentaires au titre du critère coté C1 pour avoir dépassé cette exigence. Aucune allégation n'a été formulée quant à la possibilité que des points supplémentaires puissent être accordés au titre du critère coté C1 de la DP *après* réception d'observations supplémentaires d'un soumissionnaire.

[12] À la suite du dépôt de la première plainte, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF). Après examen du RIF, Falcon a découvert que TPSGC avait envoyé un rapport de contrôle de conformité (RCC) à Northwest Raptors relativement aux observations que Northwest Raptors avait présentées à l'appui du critère obligatoire O2; de plus, après avoir reçu des observations supplémentaires de Northwest Raptors, TPSGC avait accordé à Northwest Raptors des points supplémentaires au titre du critère coté C1. La divulgation de cette information a mené au dépôt d'une deuxième plainte par Falcon.

[13] Aux fins de la présente demande, la principale question en litige dans la deuxième plainte était de savoir si TPSGC avait attribué à tort des points supplémentaires à Northwest Raptors, à la suite des renseignements supplémentaires que Northwest Raptors lui avait présentés après la

publication du rapport de contrôle de conformité. L'argument invoqué à l'appui est fondé sur le libellé de l'alinéa 4.1.1.3g) de la DP :

Les informations supplémentaires soumises pendant la phase II et permises par la présente section seront considérées comme faisant partie de la soumission et seront prises en compte par le Canada dans l'évaluation de la soumission lors de la phase II seulement pour déterminer si la soumission respecte les exigences obligatoires admissibles. Celles-ci ne seront utilisées à aucune autre phase de l'évaluation pour augmenter les notes que la soumission originale pourrait obtenir sans les avantages de telles informations supplémentaires. Par exemple, un critère obligatoire admissible qui exige l'obtention d'un nombre minimum de points pour être considéré comme conforme sera évalué à la phase II afin de déterminer si cette note minimale obligatoire aurait été obtenue si le soumissionnaire n'avait pas présenté les renseignements supplémentaires en réponse au REC. Dans ce cas, la soumission sera considérée comme répondant à ce critère obligatoire admissible et les renseignements supplémentaires présentés par le soumissionnaire lieront le soumissionnaire dans le cadre de sa soumission, mais la note originale du soumissionnaire, qui était inférieure à la note minimale obligatoire pour ce critère obligatoire admissible, ne changera pas, et cette note originale sera utilisée pour calculer les notes pour la soumission.

[14] La troisième plainte déposée par Falcon concernait un autre critère obligatoire (O5), selon lequel le soumissionnaire devait désigner un agent principal de contrôle de la faune et un agent de contrôle de la faune, lesquels devaient posséder un nombre minimal d'heures d'expérience dans le domaine du contrôle de la faune dans un aéroport, notamment en intégrant l'utilisation d'oiseaux de proie et en appliquant les procédures de gestion de la faune de Transports Canada (TP 11500) durant la prestation des services de contrôle de la faune. Falcon alléguait que la soumission présentée par Northwest Raptors ne répondait pas à ce critère obligatoire.

II. Décision du TCCE

[15] Dans sa première décision, le TCCE a conclu que la soumission originale de Northwest Raptors n'était pas conforme au critère obligatoire O2. Le TCCE a donc conclu que Northwest Raptors n'avait pu démontrer, dans sa soumission, qu'elle avait acquis le plus grand nombre de jours d'expérience qui justifierait l'attribution de points supplémentaires au titre du critère coté C1. Par conséquent, les points supplémentaires qui lui avaient été attribués au titre du critère coté C1 avaient dû l'être sur la base des renseignements supplémentaires reçus de Northwest Raptors après la délivrance du rapport de contrôle de conformité, ce qui allait à l'encontre de l'alinéa 4.1.1.3g) de la DP.

[16] Le TCCE a également conclu que l'évaluation qui avait été faite de la soumission de Northwest Raptors était déraisonnable et que la note aurait dû être inférieure à celle attribuée par TPSGC. Après révision, la soumission de Northwest Raptors obtenait une note inférieure à celle de Falcon. Le TCCE a conclu que le contrat aurait dû être adjugé à Falcon.

[17] Le TCCE a donc jugé que la mesure corrective qui convenait le mieux était de recommander que le contrat soit adjugé à Falcon.

[18] Le TCCE a également conclu que la troisième plainte déposée par Falcon était fondée. Le TCCE a recommandé que TPSGC réévalue la soumission de Northwest Raptors pour déterminer si elle répondait au critère obligatoire O5, tout en précisant que cette réévaluation était tributaire de l'annulation, par notre Cour, de la première décision du Tribunal.

III. Questions en litige et norme de contrôle

[19] Les questions en litige soulevées par Northwest Raptors relativement à la première décision du TCCE peuvent être reformulées comme suit :

- (a) Le TCCE a-t-il manqué à son obligation d'équité procédurale en imposant des délais à Northwest Raptors et en limitant les renseignements qui lui ont été communiqués au sujet de la preuve à réfuter?
- (b) La décision du TCCE était-elle déraisonnable, compte tenu du fait qu'au paragraphe 66 de ses motifs le TCCE a conclu, sans avoir fait quelque analyse, que la soumission de Northwest Raptors ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2?
- (c) La recommandation du TCCE de résilier le contrat attribué à Northwest Raptors et d'adjuger le contrat à Falcon était-elle déraisonnable?

[20] En ce qui concerne la deuxième décision du TCCE, Northwest Raptors a soulevé la question de savoir si cette décision était déraisonnable du fait que le TCCE avait omis de tenir compte des exigences particulières du critère obligatoire O5 et de faire preuve de déférence envers les évaluateurs experts. Comme je suis d'avis que la demande de contrôle judiciaire de la première décision du TCCE devrait être rejetée, j'estime que la demande de contrôle judiciaire de la deuxième décision devrait elle aussi être rejetée en raison de son caractère théorique.

[21] Quant à la question de l'équité procédurale, il s'agit pour notre Cour de déterminer si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, au paragraphe 54).

[22] L'examen des questions liées au bien-fondé de la décision du TCCE doit se faire selon la norme de la décision raisonnable (*Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26, au paragraphe 61 [*Heiltsuk*]).

IV. Analyse

[23] La première question que nous examinerons porte sur l'équité procédurale.

A. *Équité procédurale*

[24] Comme l'a noté la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, au paragraphe 77, « [l']obligation d'équité procédurale en droit administratif est “éminemment variable”, intrinsèquement souple et tributaire du contexte [...] ». La majorité de la Cour suprême a ensuite énoncé cinq facteurs qui avaient déjà été établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 [*Baker*]:

- (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir;
- (2) la nature du régime législatif;
- (3) l'importance de la décision pour les personnes visées;
- (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;
- (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même [...]

[25] Dans l'arrêt *Baker*, après avoir fait référence à ces facteurs, la Cour suprême a noté ce qui suit :

28 Je dois mentionner que cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Tous ces principes aident le tribunal à déterminer si les procédures suivies respectent l'obligation d'équité. D'autres facteurs peuvent également être importants, notamment dans l'examen des aspects de l'obligation d'agir équitablement non reliés aux droits de participation. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.

[Non souligné dans l'original.]

[26] Les observations relatives à l'équité procédurale concernent le moment choisi par le TCCE pour informer Northwest Raptors des plaintes déposées par Falcon, ainsi que le temps limité qui a été accordé à Northwest Raptors pour répondre à ces plaintes. Northwest Raptors affirme qu'il y a eu également manquement à l'équité procédurale du fait que le TCCE n'a pas veillé à ce que Northwest Raptors soit informée des allégations précises qui pesaient contre elle.

[27] Au paragraphe 73 de son mémoire, Northwest Raptors soutient que la question du manquement à l'équité procédurale est liée au moment choisi par le TCCE pour donner avis à Northwest Raptors, ainsi qu'au court délai qui lui a été accordé pour y répondre, notamment en regard de la deuxième plainte. Dans son mémoire, Northwest Raptors soulève également le caractère inadéquat de la communication d'informations, [TRADUCTION] « surtout dans le cas de la deuxième plainte » (au paragraphe 74). Lors de l'audition de la présente demande, Northwest Raptors a reconnu qu'elle avait eu la possibilité de présenter entièrement sa position relativement

à la première plainte, et a concentré ses observations relatives à l'équité procédurale sur la deuxième plainte déposée par Falcon.

[28] La question de l'équité procédurale concerne donc :

- (a) le moment où le TCCE a informé Northwest Raptors de la deuxième plainte et le temps qui a été accordé à Northwest Raptors pour y répondre;
- (b) les renseignements limités que le TCCE a communiqués à Northwest Raptors au sujet de la deuxième plainte.

[29] Voici le calendrier des événements liés à la deuxième plainte :

- Le 5 août 2020 – Falcon dépose sa deuxième plainte;
- Le 6 août 2020 – le TCCE accueille la plainte;
- Le 1^{er} septembre 2020 – le TCCE informe Northwest Raptors de la plainte;
- Le 2 septembre 2020 – Northwest Raptors demande la possibilité de participer;
- Le 3 septembre 2020 – le TCCE informe Northwest Raptors qu'elle a jusqu'au 8 septembre 2020 pour présenter ses commentaires;
- Le 8 septembre 2020 – Northwest Raptors dépose ses brefs commentaires.

[30] Comme l'a mentionné la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, « [l]es valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position ». La question qui se pose dans la présente demande est de savoir si Northwest Raptors a eu la possibilité de présenter entièrement et équitablement sa position relativement à la deuxième

plainte. Y a-t-il des observations liées à la deuxième plainte que Northwest Raptors n'a pas eu la possibilité de présenter, mais qu'elle aurait présentées si elle avait eu plus de temps pour le faire ou si davantage d'informations lui avaient été communiquées?

[31] Il est important de mentionner que la question en litige dans la première plainte était fondée sur la soumission présentée par Northwest Raptors et, plus précisément, sur la question de savoir si la soumission telle que présentée satisfaisait au critère obligatoire O2. Si la soumission de Northwest Raptors satisfaisait au critère obligatoire O2, la deuxième plainte aurait alors été théorique. La deuxième plainte repose sur la conclusion que la soumission de Northwest Raptors ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2 et donc que, selon le libellé de la DP, aucun point supplémentaire n'aurait dû être accordé à Northwest Raptors pour le critère coté C1.

[32] Contrairement à la première plainte qui était fondée sur les documents présentés par Northwest Raptors, la deuxième plainte n'était pas fondée sur quelque document présenté ou quelque mesure prise par Northwest Raptors, mais plutôt sur les mesures prises par TPSGC en attribuant des points supplémentaires à Northwest Raptors. La deuxième plainte était fondée sur une erreur qui aurait été commise par TPSGC et non sur une erreur ou une omission de la part de Northwest Raptors.

[33] Northwest Raptors a formulé de brèves observations au sujet de la deuxième plainte :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne cette plainte (PR-2020-022), nous souscrivons pleinement à la thèse énoncée par TPSGC dans le RIF, à savoir que cette plainte est sans fondement et qu'elle devrait être rejetée. Nous avons été étonnés d'apprendre

qu'une plainte avait été déposée au sujet du Processus de conformité des soumissions en phases (PCSP); nous estimons qu'il s'agit d'un mécanisme raisonnable et équitable qui permet aux évaluateurs chargés d'examiner les propositions techniques d'obtenir des clarifications.

Tous les renseignements que nous avons fournis dans notre rapport de contrôle de conformité (RCC) ne visaient qu'à clarifier des informations déjà présentées dans notre soumission. Tous les renseignements contenus dans le RCC portaient uniquement sur le critère obligatoire en litige, et ne contenaient aucune information importante ou supplémentaire, ni aucune information concernant le critère coté C1.

Nous sommes respectueusement d'avis que, sans la possibilité de clarifier l'information durant le processus de contrôle de conformité, les soumissionnaires seraient tenus de présenter des soumissions d'un tel niveau de détail que cela rendrait les propositions inutilement longues et ne contribuerait pas à créer un environnement commercial compétitif.

Nous vous remercions de la possibilité qui nous est offerte de présenter notre point de vue, ainsi que de l'attention que vous portez à cette affaire.

[34] Il n'y a rien dans la correspondance antérieure que Northwest Raptors a envoyée au TCCE le 2 septembre 2020, ou dans ses observations datées du 8 septembre 2020, qui indique que Northwest Raptors aurait eu besoin d'un délai particulier ou qu'on ne lui a pas donné suffisamment de temps pour répondre à la deuxième plainte. Dans ses observations datées du 8 septembre 2020, Northwest Raptors a indiqué qu'elle souscrivait pleinement à la thèse de TPSGC que la plainte de Falcon était sans fondement et qu'elle devrait être rejetée. Aucune demande n'a été faite en vue d'obtenir plus de temps pour présenter des observations, et rien n'indique que Northwest Raptors aurait eu d'autres observations à formuler au sujet de la deuxième plainte.

[35] De même, rien n'indique, dans les observations présentées par Northwest Raptors au TCCE, que Northwest Raptors n'a pas eu toute l'information dont elle avait besoin pour répondre entièrement et équitablement à la deuxième plainte.

[36] Comme l'a mentionné notre Cour dans l'arrêt *Première Nation d'Ahousesht c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2021 CAF 135, au paragraphe 39 :

[...] Il est bien établi dans la jurisprudence qu'une allégation de manquement à l'équité procédurale doit être formulée à la première occasion qui se présente : *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59, 455 N.R. 115, para. 67; *Hennessey c. Canada*, 2016 CAF 180, 484 N.R. 77 para. 20; *Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement)*, 2019 CAF 320, 32 C.E.L.R. (4th) 18, para. 47 et 48.

[37] Comme elle a omis d'invoquer auprès du TCCE quelque manquement à l'équité procédurale, Northwest Raptors ne peut avoir gain de cause en soulevant maintenant cette question dans la présente demande.

[38] Quoiqu'il en soit, rien ne permettrait non plus de conclure que Northwest Raptors n'a pas eu la possibilité de présenter entièrement et équitablement ses observations au TCCE. La thèse de Northwest Raptors repose essentiellement sur deux observations – sa soumission était conforme au critère obligatoire O2 et la mesure corrective qui conviendrait (si les plaintes étaient fondées) serait un nouvel appel d'offres. Rien n'indique que Northwest Raptors n'a pas eu la possibilité de présenter entièrement et équitablement sa position en lien avec ses deux observations après le dépôt de la première plainte. Toute limite imposée par le TCCE quant :

(a) au temps accordé à Northwest Raptors;

(b) à la divulgation de documents;

en lien avec la deuxième plainte n'a pas empêché Northwest Raptors de présenter des observations complètes sur les questions de savoir si sa soumission satisfaisait au critère obligatoire O2 ou quelle mesure corrective serait indiquée en cas de non-conformité.

[39] Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, la deuxième plainte portait sur le fait que TPSGC avait accordé des points supplémentaires à Northwest Raptors après avoir reçu des renseignements complémentaires en réponse au rapport de contrôle de conformité. La deuxième plainte était fondée sur une erreur qui aurait été commise par TPSGC et non sur quelque erreur de la part de Northwest Raptors. Comme la deuxième plainte était fondée sur une erreur alléguée de TPSGC, il est logique que Northwest Raptors se tourne vers TPSGC pour défendre ses actions et, donc, qu'elle se fonde sur les observations formulées par TPSGC. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, Northwest Raptors n'a fait mention d'aucune observation qu'il lui aurait été impossible de présenter au sujet de la deuxième plainte.

[40] Dans l'arrêt *Canadien Pacifique*, au paragraphe 56, notre Cour a conclu que « la question fondamentale [en matière d'équité procédurale] demeure celle de savoir si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s'il a eu possibilité complète et équitable d'y répondre ». En l'espèce, rien ne permet de conclure que Northwest Raptors ne connaissait pas la preuve à réfuter et qu'elle n'a pas eu a eu la possibilité complète et équitable d'y répondre.

[41] Par conséquent, Northwest Raptors ne peut avoir gain de cause sur la question de l'équité procédurale.

B. *Critère obligatoire O2*

[42] Northwest Raptors fait valoir que le TCCE a formulé une conclusion déraisonnable en déclarant que sa soumission ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2, puisque que le TCCE a simplement admis, au paragraphe 66 de sa décision, que « [l]a preuve au dossier démontre que la soumission originale de [Northwest Raptors] ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2 ».

[43] Dans l'arrêt *Saskatchewan Polytechnic Institute c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 16, notre Cour a déclaré ce qui suit :

[7] Après avoir examiné attentivement le dossier et les observations orales et écrites du demandeur, nous ne sommes pas convaincus que le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision. Le demandeur soutient essentiellement que le Tribunal n'a pas soupesé correctement l'ensemble des renseignements contenus dans la proposition. Or, il n'appartenait pas au Tribunal de le faire dans le cadre de l'enquête relative à la plainte. 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 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 publiés. Il a fait preuve de la retenue nécessaire à l'égard des évaluateurs et ses conclusions relatives à chacune des plaintes appartiennent aux issues acceptables. Bien que le demandeur soit clairement insatisfait des conclusions du Tribunal concernant trois des quatre motifs de plainte, il lui incombait, dans le cadre de la présente demande, de démontrer que la décision était déraisonnable compte tenu du dossier dont disposait le Tribunal, ce qu'il n'a pas réussi à faire.

[Non souligné dans l'original.]

[44] Le rôle du TCCE n'est pas de réévaluer les propositions et observations présentées par les soumissionnaires, mais plutôt de déterminer si la conclusion des évaluateurs était raisonnable.

[45] L'une des exigences du critère obligatoire O2 était de posséder l'expérience suivante :

[TRADUCTION]

(b) Avec des mouvements de vol à basse altitude totalisant au moins 29 000 mouvements par an (dont au moins : avions à réaction, hélicoptères et avions à turbopropulseur à réaction à grande vitesse).

[46] Le document auquel renvoie le TCCE pour démontrer la non-conformité était un courriel daté du 27 novembre 2019 du major Armstrong des Forces Armées canadiennes, dans lequel il

est indiqué que la soumission de Northwest Raptors n'est pas conforme parce qu'elle ne

[TRADUCTION] « donne aucun exemple d'avions à réaction ou d'avions à turbopropulseur à réaction à grande vitesse, ni n'en fait mention ».

[47] Le lendemain, le 28 novembre 2019, un rapport de contrôle de conformité a été envoyé à Northwest Raptors, dans lequel il était indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il a été déterminé que votre soumission n'est toujours pas conforme à tous les critères obligatoires admissibles énoncés dans le document d'appel d'offres.

[48] Le rapport de contrôle de conformité mentionnait plus particulièrement les critères obligatoires O2 et O4. Le renvoi au critère O2 portait uniquement sur l'alinéa *b*), selon lequel le soumissionnaire devait indiquer l'expérience acquise avec des mouvements aériens à basse altitude.

[49] Northwest Raptors a fait valoir que le TCCE n'aurait pas dû simplement accepter que la soumission ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2, et qu'il aurait dû plutôt faire sa propre évaluation pour déterminer si la soumission de Northwest Raptors était conforme à ce critère. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le rôle du TCCE n'est pas de réévaluer les soumissions, mais plutôt de déterminer si la conclusion des évaluateurs était raisonnable.

[50] Il n'y a rien dans le dossier qui permette de conclure que la décision des évaluateurs était déraisonnable. Au paragraphe 45 de son mémoire, Northwest Raptors a soutenu que sa soumission était conforme au critère obligatoire O2 et elle a appuyé cette prétention en renvoyant à certaines pages du dossier.

[51] Comme nous l'avons mentionné précédemment, la non-conformité concernait certains types d'aéronefs, plus particulièrement les [TRADUCTION] « avions à réaction [et] les avions à turbopropulseurs à réaction à grande vitesse ». Bien que Northwest Raptors ait décrit, dans sa soumission, son expérience à l'aéroport international de Vancouver, le seul renvoi dans les documents de Northwest Raptors faisant mention du type d'avions à l'aéroport international de Vancouver se trouve dans l'extrait suivant :

[TRADUCTION]

Statistiques de l'aéroport

[...]

- > 270 000 départs et arrivées ainsi que près de 40 000 vols à basse altitude chaque année – il s'agit essentiellement de vols d'hydravions (aérogare sud) et d'hélicoptères (trois plateformes d'hélicoptère), notamment de nombreuses activités d'évacuation médicale (MEDEVAC); il y a également quelques vols

d'avions à réaction à basse altitude, par exemple les vols d'essai aux instruments réalisés par NAV CANADA.

[52] Bien qu'on y mentionne des vols d'hélicoptères et d'hydravions, ainsi que certains vols d'avions à réaction à basse altitude, on n'y trouve aucun renvoi précis à des avions à réaction ou avions à turbopropulseur à réaction à grande vitesse. Le seul renvoi à quelque avion à réaction se trouve dans la mention [TRADUCTION] « quelques vols d'avions à réaction à basse altitude, par exemple les vols d'essai aux instruments réalisés par NAV CANADA », qui ne précise pas si ces vols réalisés par NAV CANADA étaient des vols à grande vitesse.

[53] Malgré l'absence de renvois précis à des « avions à réaction ou avions à turbopropulseur à réaction à grande vitesse », Northwest Raptors affirmait que sa soumission était conforme au critère obligatoire O2 parce qu'elle fournissait des références à des personnes-ressources à l'aéroport de Vancouver et à l'aéroport Shearwater. Il convient de mentionner que la soumission de Northwest Raptors ne contenait aucun renseignement concernant des mouvements aériens à Shearwater, permettant d'établir la conformité avec le critère obligatoire O2. D'après Northwest Raptors, il suffisait d'indiquer les contrats exigés à titre de références pour ces deux aéroports pour satisfaire au critère obligatoire O2.

[54] Cependant, les renseignements exigés pour satisfaire au critère obligatoire O2 étaient énoncés au début de l'annexe C – « Critères d'évaluation techniques obligatoires et cotés par points » de la DP :

[TRADUCTION]

Pour chaque nom de personne-ressource exigé à titre de référence dans les critères obligatoires et cotés ci-dessous, le soumissionnaire est tenu de fournir tous les renseignements suivants :

- a) *Nom de la personne-ressource*
- b) *Organisation cliente*
- c) *Date de début et durée*
- d) *Description de l'étendue des travaux*
- e) *Description des travaux effectués, des compétences et technologies en cause et des responsabilités assumées pendant la durée du contrat*
- f) *Nom, numéro de téléphone actuel et titre de l'autorité contractante du client ou de son représentant autorisé qui confirmera les affirmations du soumissionnaire*
- g) *Valeur monétaire de chaque contrat*

[55] Selon les instructions indiquées à l'intention des soumissionnaires au début de l'annexe C, les soumissionnaires ne pouvaient pas simplement donner des références. Par conséquent, l'allégation de Northwest Raptors, selon laquelle sa soumission satisfaisait au critère obligatoire O2 est sans fondement, car les personnes-ressources mentionnées à titre de références ne sont qu'un des éléments exigés parmi les renseignements précités.

[56] L'observation de Northwest Raptors, selon laquelle le TCCE a formulé une conclusion déraisonnable en concluant que sa soumission ne satisfaisait pas au critère obligatoire O2, ne peut être accueillie.

C. *Mesure corrective*

[57] Dans sa première décision, le TCCE a brièvement exposé, dans les deux paragraphes qui suivent, la mesure corrective qu'il convenait d'accorder :

[81] Le [TCCE] souligne que, selon Falcon, la mesure corrective qui convient le mieux serait une recommandation que le contrat lui soit adjudgé. TPSGC a convenu que dans l'éventualité où le [TCCE] conclurait que les plaintes sont fondées, la mesure corrective appropriée serait de recommander que le contrat avec [Northwest Raptors] soit résilié et qu'un nouveau contrat soit adjudgé à Falcon.

[82] Dans les circonstances, compte tenu des observations des parties, le fait que [Northwest Raptors] n'a pas encore commencé l'exécution du contrat, Falcon étant le fournisseur titulaire qui continue de fournir les services jusqu'au 5 novembre 2020, et compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le TCCE*, le [TCCE] recommande que le contrat spécifique en litige, qui a été adjudgé à [Northwest Raptors], soit résilié et qu'un nouveau contrat soit adjudgé à Falcon.

[58] Northwest Raptors affirme que le TCCE n'a pas adéquatement tenu compte des objectifs qui sous-tendent le régime de réglementation lorsqu'il a choisi la mesure corrective. Northwest Raptors affirme également que, bien que le TCCE renvoie au paragraphe 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.) [la Loi sur le TCCE], il n'a pas dûment tenu compte de tous les facteurs mentionnés dans ce paragraphe pour déterminer la mesure corrective appropriée.

[59] Notre Cour a rappelé les objectifs qui sous-tendent le régime de réglementation des marchés publics fédéraux dans l'arrêt *Heiltsuk* :

[69] Comme notre Cour l'a précédemment conclu, quatre objectifs soutiennent le régime de réglementation des marchés publics fédéraux. Ces objectifs, qui « doivent toujours se trouver à l'avant-plan lorsque le Tribunal examine les faits, en évalue la portée, interprète sa loi habilitante, l'applique aux faits et statue sur la réparation » (*Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, par. 23 (arrêt *Almon*)), sont ainsi rédigés :

(1) *Équité du processus de passation des marchés publics pour les concurrents.* Un mécanisme équitable appliquant un ensemble de règles claires à tous les soumissionnaires accroît la confiance au système et la participation, maximisant ainsi les chances du gouvernement d'obtenir des biens et services de qualité répondant à ses besoins, au moindre coût pour les contribuables. Bref, l'équité permet que les contribuables en aient pour leur argent.

(2) *Concurrence entre soumissionnaires.* Lorsque les règles du jeu sont les mêmes pour tous les soumissionnaires et qu'il y a concurrence, il y a également plus de chances que le gouvernement obtienne des biens et services de qualité répondant à ses besoins, au moindre coût pour les contribuables. La concurrence aussi permet que les contribuables en aient pour leur argent.

(3) *Efficacité.* Ce but concerne directement l'obtention de biens et services de qualité au moindre coût ainsi que la nécessité que le système de passation de marchés soit pratique et opère sans délai indu et sans occasionner de dépenses inutiles.

(4) *Intégrité.* L'intégrité du mécanisme accroît la confiance et la participation, maximisant ainsi les chances du gouvernement d'obtenir des biens et services de qualité répondant à ses besoins, au moindre coût pour les contribuables. L'intégrité aussi permet que les contribuables en aient pour leur argent.

[60] Les paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE énoncent les mesures correctives que le TCCE peut accorder et les facteurs qui doivent être pris en compte :

Paragraphe 30.15(2) :

(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause à un soumissionnaire, ordonner que le soumissionnaire soit remboursé de son dépôt de garantie. (2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a

| | |
|--|--|
| cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes : | complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies: |
| <i>a)</i> un nouvel appel d'offres; | <i>(a)</i> that a new solicitation for the designated contract be issued; |
| <i>b)</i> la réévaluation des soumissions présentées; | <i>(b)</i> that the bids be re-evaluated; |
| <i>c)</i> la résiliation du contrat spécifique; | <i>(c)</i> that the designated contract be terminated; |
| <i>d)</i> l'attribution du contrat spécifique au plaignant; | <i>(d)</i> that the designated contract be awarded to the complainant; or |
| <i>e)</i> le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant. | <i>(e)</i> that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal. |

Paragraphe 30.15(3) :

| | |
|---|--|
| (3) Dans sa décision, le Tribunal tient compte de tous les facteurs qui interviennent dans le marché de fournitures ou services visé par le contrat spécifique, notamment des suivants : | (3) The Tribunal shall, in recommending an appropriate remedy under subsection (2), consider all the circumstances relevant to the procurement of the goods or services to which the designated contract relates, including |
| <i>a)</i> la gravité des irrégularités qu'il a constatées dans la procédure des marchés publics; | <i>(a)</i> the seriousness of any deficiency in the procurement process found by the Tribunal; |
| <i>b)</i> l'ampleur du préjudice causé au plaignant ou à tout autre intéressé; | <i>(b)</i> the degree to which the complainant and all other interested parties were prejudiced; |
| <i>c)</i> l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité ou à l'efficacité du mécanisme d'adjudication; | <i>(c)</i> the degree to which the integrity and efficiency of the competitive procurement system was prejudiced; |
| <i>d)</i> la bonne foi des parties; | <i>(d)</i> whether the parties acted in good faith; and |

e) le degré d'exécution du contrat. (e) the extent to which the contract was performed.

[61] Northwest Raptors est d'avis que le TCCE a accordé une mesure corrective déraisonnable et que la mesure corrective qui convenait en l'espèce aurait été de recommander un nouvel appel d'offres, en application de l'alinéa 30.15(2)a) de la Loi sur le TCCE. Au paragraphe 51 de son mémoire, Northwest Raptors déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

En l'espèce, le [TCCE] a recommandé que le contrat spécifique soit attribué à [Falcon], en application de l'alinéa 30.15(2)d) de la Loi sur le TCCE. [Northwest Raptors] affirme qu'une telle mesure corrective est erronée et déraisonnable, car elle repose sur la notion que le critère obligatoire O2 et le critère coté C1 exigeaient plus que la présentation de références. Si, selon l'interprétation du [TCCE], les critères O2 et C1 exigeaient davantage, il est alors intrinsèquement inéquitable d'exiger des soumissionnaires qu'ils se conforment à une norme qui n'est pas énoncée dans la DP. [...]

[62] Cependant, les renseignements qui étaient exigés pour satisfaire à ces critères sont énoncés au début de l'annexe C – [TRADUCTION] « Critères d'évaluation techniques obligatoires et cotés par points » de la DP. Les renseignements exigés sont mentionnés au paragraphe 54 des présents motifs.

[63] Selon les instructions indiquées à l'intention des soumissionnaires au début de l'annexe C, les soumissionnaires ne pouvaient pas simplement donner des références. Par conséquent, rien ne corrobore l'argument de Northwest Raptors selon lequel il n'était pas expressément mentionné dans la DP que les soumissionnaires devaient fournir des renseignements détaillés qui satisferaient au critère obligatoire O2 et au critère coté C1.

[64] Northwest Raptors n'a pas présenté d'autres arguments pour appuyer sa thèse selon laquelle il aurait dû y avoir un nouvel appel d'offres, si ce n'est des observations générales sur les objectifs du régime de réglementation et sur les facteurs à prendre en compte selon le paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE.

[65] En ce qui concerne les facteurs à prendre en compte et les mesures correctives disponibles, il convient de mentionner que TPSGC a reconnu que, si les plaintes de Falcon s'avéraient fondées, la mesure corrective appropriée serait d'annuler le contrat avec Northwest Raptors et d'attribuer un contrat à Falcon. Northwest Raptors n'a formulé aucune observation au sujet de quelque autre mesure corrective en lien avec la deuxième plainte, et a simplement souscrit aux observations de TPSGC sur cette question.

[66] Devant le TCCE, Northwest Raptors a affirmé que la première plainte devrait être rejetée ou, si elle était fondée, que les parties devraient être autorisées à présenter de nouveau leurs soumissions. Cependant, la mesure corrective accordée par le TCCE était fondée, plus précisément, sur la conclusion selon laquelle TPSGC avait commis une erreur en accordant des points supplémentaires à Northwest Raptors, ce qui allait à l'encontre de l'alinéa 4.1.1.3g) de la DP et constituait le fondement de la deuxième plainte.

[67] Comme aucune des parties présentes à l'audience devant le TCCE n'a fait valoir, dans l'éventualité où la deuxième plainte serait fondée, quelque autre mesure corrective qui soit basée, soit sur les objectifs du régime de réglementation, soit sur les facteurs à prendre en compte aux

termes du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, on peut difficilement reprocher au TCCE de s'être concentré uniquement sur la mesure corrective qui avait été proposée par les parties.

[68] De même, rien n'indique que l'une ou l'autre partie a présenté des observations sur la mesure corrective qui serait appropriée, compte tenu des objectifs du régime de réglementation ou de la manière dont on contreviendrait à ces objectifs si la mesure corrective proposée par Falcon et acceptée par TPSGC était adoptée par le TCCE.

[69] Il n'y a eu que deux soumissionnaires pour le contrat proposé. La question de la mesure corrective appropriée ne se pose qu'après qu'il a été établi que les plaintes sont fondées et que TPSGC n'aurait pas dû accorder des points supplémentaires à Northwest Raptors au titre du critère coté C1. Northwest Raptors n'a présenté aucune observation permettant d'établir en quoi l'attribution du contrat à Falcon était déraisonnable eu égard aux objectifs du régime de réglementation ou aux facteurs devant être pris en compte aux termes du paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, alors que :

- Falcon était le seul autre soumissionnaire;
- Falcon a été le soumissionnaire retenu après révision des points.

[70] La thèse avancée par Northwest Raptors, au sujet de la pertinence de la mesure corrective accordée en l'espèce, ne peut donc pas être accueillie.

V. Conclusion

[71] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée dans le dossier A-285-20, le tout avec dépens. Je suis également d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire dans le dossier A-27-21, sans frais.

« Wyman W. Webb »

j.c.a.

« Je suis d'accord.

J.D. Denis Pelletier j.c.a. »

« Je suis d'accord.

Marianne Rivoalen j.c.a. »

Traduction certifiée conforme.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIERS : A-285-20 (DOSSIER PRINCIPAL)
ET A-27-21

INTITULÉ : PACIFIC NORTHWEST
RAPTORS LTD. c. LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA et
FALCON ENVIRONMENTAL
INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : AUDIENCE TENUE PAR
VIDÉOCONFÉRENCE
ORGANISÉE PAR LE GREFFE

DATE DE L'AUDIENCE : LE 8 MARS 2022

**VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS DU
JUGEMENT :** LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE RIVOALEN

DATE DES MOTIFS : LE 4 MAI 2022

COMPARUTIONS :

R. Benjamin Mills POUR LA DEMANDERESSE

Margaret Robbins POUR LE DÉFENDEUR,
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

Marc McLaren-Caux POUR LA DÉFENDERESSE,
Alexander Hobbs FALCON ENVIRONMENTAL
INC.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Conlin Bedard LLP
Ottawa (Ontario)

Lenczner Slight Royce Smith Griffin LLP
Toronto (Ontario)

Cassidy Levy Kent (Canada) LLP
Ottawa (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE

POUR LE DÉFENDEUR,
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

POUR LA DÉFENDERESSE,
FALCON ENVIRONMENTAL
INC.