



Ottawa, le mercredi 20 février 2002

Dossier n° PR-2001-036

EU ÉGARD À une plainte déposée par COGNOS Incorporated aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

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

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux annule l'invitation à soumissionner n° 19200-000572/B et lance une nouvelle invitation à soumissionner conformément à la présente décision et aux dispositions des accords commerciaux applicables.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce accorde à COGNOS Incorporated le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

James A. Ogilvy _____

James A. Ogilvy
Membre président

Michel P. Granger

Michel P. Granger
Secrétaire

Date de la décision et des motifs : Le 20 février 2002

Membre du Tribunal : James A. Ogilvy, membre président

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Reagan Walker

Partie plaignante : COGNOS Incorporated

Conseiller pour la partie plaignante : Ronald D. Lunau

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseiller pour l'institution fédérale : David M. Attwater

Ottawa, le mercredi 20 février 2002

Dossier n° PR-2001-036

EU ÉGARD À une plainte déposée par COGNOS Incorporated aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET SUITE À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 26 octobre 2001, Cognos Incorporated (COGNOS) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) à l'égard du marché public (invitation n° 19200-000572/B) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), au nom du ministère de la Justice, pour la fourniture d'un système d'information pour cadres supérieurs (SICS) comprenant un système d'information de gestion tableau de bord équilibré¹ adapté aux besoins particuliers du ministère de la Justice et une plate-forme de système de traitement analytique en ligne (OLAP) reconnue par l'industrie pour l'accès et l'analyse des données d'entreprise actuelles.

COGNOS a allégué que, contrairement à l'*Accord sur le commerce intérieur*², à l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ et à l'*Accord sur les marchés publics*⁴, TPSGC a inclus dans la demande de propositions (DP) des exigences qui favorisaient le produit d'un fournisseur particulier, soit Hyperion Solutions Corporation (Hyperion), et a donc fait preuve de discrimination à l'égard de produits d'autres fournisseurs, y compris les produits de COGNOS. Plus précisément, COGNOS a allégué que la DP renfermait des exigences discriminatoires et partiales et que les actes et les déclarations des représentants du ministère de la Justice ont donné naissance à une crainte raisonnable de partialité de la procédure de passation du marché public en faveur du fournisseur préconisé par le ministère de la Justice. COGNOS a conclu que le résultat de l'invitation à soumissionner avait été prédéterminé.

1. Le tableau de bord équilibré est un système de gestion stratégique qui définit la vision et la stratégie d'un organisme en termes de buts et objectifs spécifiques et mesurables. Il décrit aussi la manière de structurer ces objectifs stratégiques en un petit ensemble de mesures de rendement clés qui font l'objet d'un suivi par les décisionnaires à tous les paliers de l'organisme, lorsqu'ils définissent, mesurent et gèrent les éléments qui ont été définis comme étant d'une importance cruciale à la réalisation de la vision de l'organisme. Avec la méthode du tableau de bord équilibré, la mesure et la gestion se font dans le contexte des objectifs. Ces objectifs stratégiques sont regroupés et mesurés à partir de quatre perspectives : les finances, la satisfaction des clients, les processus internes, ainsi que l'innovation et l'amélioration (source : rapport de l'institution fédérale, onglet 6).
2. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fre/it.htm>> [ci-après ACI].
3. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].
4. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [ci-après AMP].

À titre de mesure corrective, COGNOS a demandé que la DP soit annulée et qu'une nouvelle invitation à soumissionner soit lancée en conformité avec les accords commerciaux. De plus, COGNOS a demandé à recevoir une indemnité en conformité avec l'article 30.15 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*⁵ ainsi que le remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

Le 31 octobre 2001, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁶. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de report d'adjudication de tout contrat relatif à l'invitation à soumissionner jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Le 26 novembre 2001, TPSGC a déposé un rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁷. Le 10 décembre 2001, COGNOS a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal. Le 12 décembre 2001, TPSGC a demandé la permission de déposer une réponse aux observations de COGNOS sur le RIF. Le 19 décembre 2001, TPSGC a déposé d'autres observations et, le 27 décembre 2001, COGNOS a déposé ses dernières observations.

La quantité des renseignements au dossier étant suffisante pour déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Contexte

Tôt en 2000, des représentants du ministère de la Justice ont rencontré des représentants de plusieurs autres ministères pour étudier la question des systèmes de mesure du rendement. Le ministère de la Justice a déterminé que l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) était l'organisme le plus avancé quant à la mise en œuvre de notions associées à un système de mesure du rendement au sein d'un organisme gouvernemental et qu'il avait élaboré un prototype viable utilisant un logiciel Hyperion, qui utilise le tableau de bord équilibré. Le ministère de la Justice a arrêté son choix initial du logiciel Hyperion en vue d'un essai de validation, ou projet pilote, au printemps 2000 en se fondant sur l'expérience de l'ADRC avec la méthode du tableau de bord équilibré. Les buts du projet pilote étaient de déterminer si une méthode du tableau de bord équilibré, aidée par un logiciel de série disponible dans le commerce, pouvait répondre aux besoins fonctionnels du ministère de la Justice et de prévoir les besoins en ressources nécessaires à une mise en œuvre complète.

Le 27 juin 2000, le ministère de la Justice et Hyperion ont passé un contrat de services professionnels, d'une valeur inférieure à 25 000 \$, aux termes duquel Hyperion a fourni des services professionnels et une licence temporaire pour le logiciel.

D'après le RIF, à la suite du projet pilote, TPSGC a diffusé l'invitation à soumissionner n° 19200-000572/A (l'invitation à soumissionner initiale) le 12 mars 2001. Les 2 et 4 avril 2001, COGNOS a soulevé, auprès de TPSGC, une question concernant certaines exigences obligatoires énoncées dans

5. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].

6. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].

7. D.O.R.S./91-499.

l'invitation à soumissionner initiale. Plus précisément, COGNOS a fait opposition à l'exigence obligatoire portant sur l'homologation de Balance Scorecard Collaborative, Inc.⁸ (BSCol) et à l'exigence voulant que la solution OLAP accueille les objets liés de la fonction de rapport.

Le 10 avril 2001, TPSGC et le ministère de la Justice ont tenu une réunion avec COGNOS. À ce moment-là, TPSGC a demandé à COGNOS de communiquer ses préoccupations par écrit pour que ces dernières puissent être traitées au moyen d'une modification de l'invitation à soumissionner. À la suite de la réunion, COGNOS a écrit à TPSGC et a précisé plusieurs domaines de préoccupations associés à l'énoncé des travaux (ÉT) initial. En plus des deux questions susmentionnées, COGNOS a demandé plus de détails au sujet des sections 2.1.2.1, 2.1.2.3 et 2.1.4 de l'ÉT initial.

Dans la modification n° 002, datée du 2 mai 2001, TPSGC a modifié l'invitation à soumissionner initiale en supprimant l'exigence obligatoire portant sur l'homologation de BSCol et, plutôt, a établi une exigence obligatoire visant la communication de la preuve que le système de mesure du rendement proposé pouvait exploiter les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD}. De plus, l'exigence se rapportant aux objets liés de la fonction de rapport a été supprimée. De même, les réponses n°s 24, 25 et 26 contenues dans la modification n° 002 traitaient des demandes de renseignements de COGNOS au sujet des sections susmentionnées de l'ÉT initial. D'après le RIF, COGNOS n'a pas soulevé d'autres préoccupations, ni présenté de nouvelle opposition à l'ÉT initial avant la clôture des soumissions le 29 mai 2001. Cependant, COGNOS a continué de poser des questions, lesquelles ont obtenu réponse au moyen de sept modifications de l'invitation à soumissionner.

Les 15 et 16 mai 2001, la Conférence Gestion axée sur les résultats, du Forum sur le rendement et la planification (la Conférence), a eu lieu à Ottawa (Ontario). Le 15 mai 2001, le ministère de la Justice a présenté les résultats de son projet pilote avec le système de gestion du rendement tableau de bord équilibré. Le 8 juin 2001, COGNOS a allégué, dans un courriel à la sous-ministre adjointe, Service des approvisionnements, TPSGC, que l'invitation à soumissionner initiale était « ciblée en fonction d'un fournisseur particulier » [traduction]. Plus précisément, COGNOS a allégué que les exigences obligatoires modifiées de l'invitation à soumissionner initiale réclamaient tellement de détails afférents à la fonctionnalité spécifique qu'elles devenaient presque des points obligatoires. De plus, COGNOS a présenté certaines allégations concernant la présentation du 15 mai 2001 du ministère de la Justice.

Quatre soumissions ont été reçues en réponse à l'invitation à soumissionner initiale, y compris une de COGNOS. Dans un courriel daté du 12 juillet 2001, des demandes d'éclaircissements ont été adressées à COGNOS, plus précisément à savoir où, dans la soumission, l'équipe d'évaluation technique pouvait repérer une démonstration claire de la manière dont COGNOS avait traité certaines exigences obligatoires. Le 21 août 2001, TPSGC a avisé COGNOS que la soumission de cette dernière était non conforme aux sections 2.1.1 et 2.1.2 de l'ÉT initial parce que l'information contenue dans la soumission ne suffisait pas pour faire la preuve de la conformité aux exigences obligatoires. Toutes les soumissions ont ultérieurement été déclarées non conformes.

Lors de l'entretien final tenu le 4 septembre 2001, COGNOS a indiqué que, si TPSGC poursuivait l'analyse de sa proposition au moyen de la démonstration sur place autorisée dans l'invitation à

8. Balanced Scorecard Collaborative, Inc. est une société de consultation, de formation, d'apprentissage, de recherche et de développement qui facilite, à l'échelle mondiale, la connaissance, l'utilisation, l'évolution et l'intégrité du tableau de bord équilibré à titre de méthode de gestion à valeur ajoutée. Ses services comprennent, notamment, les normes Balance Scorecard Functional Standards^{MD} et le programme d'homologation BSCol Certified^{MD} (Source : plainte de COGNOS, pièce P).

soumissionner initiale, toutes les questions encore en suspens au sujet de la proposition de COGNOS obtiendraient réponse. Cependant, en conformité avec la section D2.0 de l'invitation à soumissionner initiale, TPSGC a refusé de procéder à la démonstration sur place.

Marché public

Le 2 octobre 2001, TPSGC a diffusé l'invitation à soumissionner n° 19200-000572/B par l'entremise du MERX⁹. Le même jour, COGNOS a téléchargé la DP depuis le MERX. La date de clôture pour la DP était fixée au 29 octobre 2001. Aucun soumissionnaire n'a demandé de prorogation.

Le 17 octobre 2001, COGNOS a fait opposition à la DP pour le motif que le résultat était prédéterminé, que la DP était pour l'essentiel la même que dans l'invitation à soumissionner initiale, que la combinaison de l'essai du logiciel dans un environnement du type « boîte noire » et des compétences des utilisateurs dans une seule solution de fournisseur entraîneraient une seule conclusion possible et que le ministère de la Justice devait lancer une invitation à soumissionner distincte pour combler son besoin de logiciel d'extraction, de transformation et de chargement (ETC). Le 19 octobre 2001, TPSGC a rejeté l'opposition, et a déclaré que des mesures notables avaient été prises pour élargir les exigences et que des améliorations tenant compte des préoccupations de COGNOS avaient été apportées à la DP.

Les dispositions suivantes de la DP et de l'ÉT afférent sont pertinentes à l'espèce.

La section D2.0 stipule, notamment :

Critères d'évaluation

Sur réception de toutes les propositions des fournisseurs, une évaluation préliminaire sera d'abord effectuée pour déterminer si les fournisseurs ont répondu aux articles obligatoires tels qu'ils sont énoncés dans le document de demande de propositions. Les fournisseurs qui n'ont pas répondu à un article obligatoire, ou à plusieurs, seront systématiquement éliminés. À la suite de la vérification de conformité susmentionnée, l'évaluation de la proposition sera envisagée aux fins d'une évaluation plus poussée en fonction des critères énoncés ci-dessous.

[Traduction]

La section D2.0 1) stipule, notamment :

La première étape de la procédure consistera à déterminer la conformité de chaque soumission, selon la méthode réussite-échec, à toutes les exigences obligatoires énoncées dans la demande de propositions. Toutes les exigences obligatoires doivent être entièrement satisfaites pour qu'une proposition fasse l'objet d'un examen plus poussé. Les soumissions reçues qui ne communiquent pas clairement la preuve de la conformité aux exigences obligatoires énoncées à la section 2.1.1 de l'ÉT seront déclarées non conformes.

[Traduction]

La section 2.1 de l'ÉT stipule, notamment :

Le portail du Système d'information pour cadres supérieurs (portail SICS) choisi sera un composant qui fera partie intégrante de l'environnement d'information de gestion du ministère de la Justice. Sur le plan technique, il doit être compatible avec l'environnement de gestion de l'information correspondant du ministère de la Justice. Cet environnement exige que le système choisi puisse fonctionner sur le Web, soit basé sur l'Intranet au moyen du réseau étendu du ministère de la Justice (c.-à-d. un réseau étendu TCP/IP) et du serveur du portail SICS.

9. Service électronique d'appel d'offres du Canada.

[Traduction]

La section 2.1.1.1 de l'ÉT stipule, notamment :

Pour appuyer l'évaluation des soumissions, les fournisseurs doivent indiquer, par renvoi, le numéro de la page ou du paragraphe de leur soumission où sont donnés les éléments de preuve de la manière dont ils ont satisfait à chacune des exigences décrites à la section 2.1 du présent ÉT. À tout le moins, les éléments de preuve de conformité pour chaque exigence doivent inclure :

- la désignation des progiciels commerciaux utilisés;
- la description de la façon dont ces progiciels commerciaux seront configurés et liés pour leur exploitation au titre de solution unique;
- des copies des écrans et des rapports des progiciels commerciaux associés au besoin;
- le renvoi aux numéros de page et de section des manuels des progiciels commerciaux qui indiquent clairement qu'il est satisfait aux exigences (les manuels des produits doivent être présentés avec la soumission du fournisseur).

[Traduction]

La section 2.1.2.1 de l'ÉT stipule, notamment :

Les fournisseurs **doivent soit fournir** la preuve que leur tableau de bord pour la gestion du rendement est homologué par [BSCol] **soit fournir** la preuve indiquée à la section 2.1.1.1 du présent ÉT que leur tableau de bord satisfait aux exigences fonctionnelles précisées par [BSCol]. Les fournisseurs qui sont homologués par [BSCol] sont réputés avoir satisfait à la présente exigence obligatoire. Les évaluateurs du ministère de la Justice confirmeront les éléments de preuve fournis par les fournisseurs quant à l'homologation de [BSCol].

Les fournisseurs qui n'ont pas l'homologation de [BSCol] doivent fournir une preuve claire de l'équivalence fonctionnelle à l'homologation de [BSCol], qui se trouve à l'adresse www.bscol.com/bscoldata/Standardsv10a.pdf.

[Traduction]

Les sections 2.1.2.1.1 à 2.1.2.1.4 de l'ÉT énoncent les exigences (relativement aux sections 5.1 à 5.4 inclusivement) des normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} de BSCol dont il a déjà été fait mention et auxquels doivent satisfaire les fournisseurs qui n'ont pas l'homologation de BSCol.

COGNOS a déposé sa plainte auprès du Tribunal le 26 octobre 2001.

POSITION DES PARTIES

Position de TPSGC

TPSGC a soutenu que, étant donné que COGNOS n'a pas fait opposition à la période de soumission de la DP, le paragraphe 6(1) du Règlement déterminait le délai prescrit pour le dépôt d'une plainte auprès du Tribunal par COGNOS à l'égard de la durée de la période de soumission. Par conséquent, COGNOS devait déposer sa plainte auprès du Tribunal pour ce motif dans les 10 jours ouvrables suivant la date où elle a découvert les faits à l'origine de la plainte. Étant donné que COGNOS a pris connaissance de la période de soumission le 2 octobre 2001, lorsqu'elle a reçu la DP, et étant donné qu'elle a déposé sa plainte auprès du Tribunal 17 jours ouvrables après avoir reçu la DP, TPSGC a soutenu que COGNOS n'avait pas déposé sa plainte à l'égard de la période de soumission dans le délai prescrit.

À titre d'argument de rechange, TPSGC a soutenu que la période de soumission de 27 jours était conforme aux dispositions des accords commerciaux. Plus précisément, TPSGC a prétendu que, dans les circonstances, la période de soumission était raisonnable, comme le prescrit le paragraphe 506(5) de l'ACI. De plus, TPSGC a soutenu que, conformément à l'alinéa 1016(2)a) de l'ALÉNA, il avait le droit de déroger aux délais prévus à l'article 1012 de l'ALÉNA et que le fait qu'il a permis la concurrence dans la DP ne portait pas atteinte à son droit d'utiliser les procédures d'appel d'offres limitées et un délai de soumission de 27 jours.

TPSGC a soutenu que le ministère de la Justice a le droit d'acheter un système de gestion tableau de bord équilibré qui accueille des normes fonctionnelles spécifiques. Dans un tel contexte, il a affirmé que l'expression « tableau de bord équilibré » est une expression générique qui décrit une méthode générique de gestion. Aucun développeur ou fournisseur de logiciel n'a le monopole de la méthode du tableau de bord équilibré ou des normes fonctionnelles avec lesquelles le tableau de bord équilibré est compatible.

Invoquant diverses décisions du Tribunal¹⁰ à l'appui de sa position, TPSGC a soutenu que le fait de réclamer le tableau de bord équilibré qui accueille les mêmes normes fonctionnelles que celles requises pour l'homologation de BSCol ne favorise aucunement Hyperion ou un autre fournisseur. L'homologation n'est pas une exigence obligatoire de la DP, et le ministère de la Justice ne demande pas une solution particulière désignée par une marque de commerce. De plus, TPSGC a soutenu que les exigences obligatoires n'ont pas été rédigées en fonction d'un produit particulier. Plutôt, elles ont été les mêmes que les normes fonctionnelles de base retenues par BSCol aux fins de l'homologation d'applications logicielles. De plus, TPSGC a soutenu que le fait d'exiger que le tableau de bord équilibré accueille des normes fonctionnelles de base ne limite pas la concurrence d'une manière contraire aux accords commerciaux.

TPSGC a prétendu que, pour établir qu'une proposition satisfait aux exigences fonctionnelles obligatoires minimales, la DP offre aux soumissionnaires le choix de présenter la preuve d'homologation de BSCol ou la preuve que le logiciel est conforme à des exigences fonctionnelles particulières. Par conséquent, la DP n'exige pas l'homologation, soit directement soit par procuration, à titre d'exigence obligatoire. TPSGC a ajouté que le fait d'autoriser l'homologation en tant que moyen pour établir la conformité ne favorise pas un soumissionnaire par rapport à un autre.

En ce qui a trait à l'outil d'extraction de données, décrit par COGNOS comme le « logiciel ETC », TPSGC a soutenu que les accords commerciaux n'obligent pas la Couronne à mettre en péril ses besoins opérationnels légitimes pour s'adapter aux circonstances d'un soumissionnaire particulier. TPSGC a soutenu que le ministère de la Justice a le droit d'acquérir, dans le cadre d'un marché public unique, un progiciel commercial qui offre un outil d'extraction de données et un progiciel commercial qui satisfait aux exigences du tableau de bord équilibré et de la solution OLAP, tous étant des composants nécessaires à son système de portail SICS. Invoquant des décisions du Tribunal¹¹, TPSGC a soutenu que l'invitation à soumissionner n'était pas structurée de façon à empêcher la concurrence ou à contourner les dispositions des accords commerciaux.

Au sujet de l'allégation de COGNOS selon laquelle il y aurait eu partialité en faveur du produit Hyperion, TPSGC a soutenu que, considérés séparément ou collectivement, les divers arguments sur lesquels COGNOS a appuyé son allégation de « résultat prédéterminé » [traduction] de la DP ne justifient

10. *Re plaintes déposées par Corel Corporation* (26 octobre 1998), PR-98-012 et PR-98-014 (TCCE); *Re plainte déposée par Computer Talk Technology* (26 février 2001), PR-2000-037 (TCCE); *Re plainte déposée par Eurodata Support Services* (30 juillet 2001), PR-2000-078 (TCCE) [ci-après *Eurodata Support Services*].

11. *Re plainte déposée par Foundry Networks* (30 août 2001), PR-2001-008 (TCCE); *Eurodata Support Services*.

pas la prétention de cette dernière. Plus précisément, TPSGC a prétendu que les allégations se rapportent en majeure partie à des questions antérieures à la DP, qu'il n'est pas tenu de demander des éclaircissements et que, de toute façon, suffisamment de demandes d'éclaircissements ont été faites pour déterminer que la proposition de COGNOS n'était pas conforme aux exigences obligatoires de l'invitation à soumissionner initiale et que les dispositions sur les essais du logiciel, énoncées dans la DP, ne corroborent pas l'allégation de COGNOS relativement à un environnement d'essai du type « boîte noire ». TPSGC a aussi indiqué que, contrairement à l'allégation de COGNOS, il ne connaissait pas de fournisseurs éventuels qui « ont décidé qu'ils ne pouvaient pas participer à la procédure en cause étant donné la nature restrictive de la DP » [traduction] ou d'un soumissionnaire, mis à part COGNOS, qui « a protesté auprès de TPSGC » [traduction].

TPSGC a demandé le remboursement des frais qu'il a engagés dans la présente affaire.

Dans ses observations du 19 décembre 2001, TPSGC a soutenu que la DP énonce les besoins du ministère de la Justice en termes de rendement, et non de conception. De plus, TPSGC a soutenu que la section 2.1.2.1 de l'ÉT autorise clairement des produits équivalents. TPSGC a ajouté que, dans une décision précédente¹², le Tribunal avait reconnu que l'autorité contractante agit en conformité avec les accords commerciaux lorsque des moyens équivalents aux homologations propres à une société sont autorisés. TPSGC a aussi soutenu que le renvoi à BSCol est simplement un moyen de faire la preuve de la conformité à une condition obligatoire de la DP. Il a ajouté que, même si le nom « Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} » peut être une marque déposée, les normes fonctionnelles véritables ne sont pas assujetties au droit de propriété intellectuelle et les développeurs de logiciel sont libres de retenir les normes fonctionnelles sans devoir obtenir l'homologation. De toute façon, TPSGC a soutenu que la conformité aux normes fonctionnelles précisées par BSCol ne limite pas les solutions ni n'établit le choix d'un produit à l'avance. De fait, TPSGC a affirmé qu'au moins 14 fournisseurs homologués différents de logiciels utilisent la méthode du tableau de bord équilibré, y compris COGNOS.

Au sujet de l'allégation de COGNOS selon laquelle les exigences fonctionnelles de la DP sont « d'un niveau très élevé et très vastes » [traduction] et la DP ne donne « aucune directive aux soumissionnaires sur la façon dont la preuve de conformité est faite » [traduction], TPSGC a soutenu que la DP, à la section 2.1.1.1 de l'ÉT, informe expressément les soumissionnaires sur la façon de faire la preuve de la conformité. En outre, les normes fonctionnelles requises par la DP représentent une « fonctionnalité minimum » [traduction] et « les éléments essentiels d'un bon tableau de bord équilibré »¹³ [traduction].

Enfin, TPSGC a expliqué pourquoi il n'a pas eu connaissance qu'un autre fournisseur avait censément protesté et a soutenu que, considérée dans un tel contexte, ladite protestation n'était pas fondée.

Position de COGNOS

COGNOS a soutenu que la DP doit être évaluée à la lumière de ses antécédents. Dans un tel contexte, certaines exigences de la DP sont clairement discriminatoires. Plus précisément, COGNOS a soutenu que le RIF montre que, tôt dans le « projet pilote », le ministère de la Justice a acquis une préférence à l'endroit du produit Hyperion. En fait, tout le « projet pilote » a été édifié autour du produit Hyperion et, en réalité, le ministère de la Justice a simplement acheté le logiciel Hyperion, l'a utilisé et a décidé qu'il l'aimait.

12. *Re plainte déposée par IT/NET Consultants* (20 juillet 1999), PR-99-007 (TCCE).

13. Source : Plainte, pièce Q, section 5.0.

COGNOS a soutenu que, plutôt que d'entreprendre la procédure d'acquisition en définissant un ensemble d'exigences opérationnelles et en déterminant quels produits étaient disponibles pour satisfaire à ses exigences, le ministère de la Justice a simplement rencontré trois autres ministères pour savoir ce qu'ils utilisaient, a précisé un produit de préférence, soit le produit Hyperion, et l'a acheté pour son projet pilote. Le ministère de la Justice n'a pas tenté de déterminer quels autres produits le marché pouvait offrir en termes de méthodes ou de logiciels concurrents. Cette démarche restrictive explique pourquoi, par exemple, le ministère de la Justice ne savait pas que COGNOS aussi offre ce type de logiciel. COGNOS a soutenu que, en retenant la démarche susmentionnée, le ministère de la Justice s'est écarté de la procédure de passation des marchés publics normale en achetant d'abord un produit d'un fabricant particulier, puis en s'en servant pour confirmer que le produit satisfaisait à ses besoins perçus.

COGNOS a soutenu que l'exigence énoncée dans l'invitation à soumissionner initiale visant à accueillir les objets liés, une fonction spécifique axée uniquement sur Hyperion, indique clairement que le résultat de l'invitation à soumissionner était prédéterminé.

En outre, COGNOS a soutenu que TPSGC n'a pas offert d'éléments de preuve, bien qu'ils aient été facilement accessibles, à l'appui de son opinion et de l'opinion du ministère de la Justice sur la réunion du 10 avril 2001, à laquelle le représentant du ministère de la Justice a prétendument exprimé sa satisfaction du fait qu'il existait des logiciels de série disponibles dans le commerce capables de satisfaire aux besoins fonctionnels du ministère de la Justice et que le ministère de la Justice souhaitait acheter le meilleur produit disponible. Selon le point de vue de COGNOS sur ce qui a transpiré de ladite réunion, produit dans une pièce assermentée, les paroles du représentant du ministère de la Justice exprimaient le fait qu'il aimait ce qu'il avait vu du produit Hyperion et que, pour l'essentiel, les autres fournisseurs devaient prouver qu'il avait tort. Dans de telles circonstances, COGNOS a soutenu que le Tribunal doit accueillir la preuve assermentée et non réfutée qu'elle a produite.

En ce qui a trait à la Conférence, COGNOS a soutenu que TPSGC n'a pas, au moment où elle a initialement été soulevée, réfuté ni contesté l'affirmation selon laquelle le ministère de la Justice s'était servi, dans sa présentation, de diapositives qui servaient aussi à Hyperion et à Landmark Decisions Inc. En outre, le fait que TPSGC ait indiqué ne pas être au fait de la situation ne signifie pas que COGNOS ne l'a pas constatée ou qu'elle n'existait pas.

Au sujet de l'invitation à soumissionner initiale et de la déclaration selon laquelle sa proposition était non conforme, COGNOS a indiqué avoir été tout à fait en désaccord avec une telle détermination, mais avoir décidé de ne pas contester de façon officielle la décision de TPSGC. Reconnaissant que les circonstances liées au rejet de sa proposition ne faisaient pas partie de l'objet des présentes devant le Tribunal, COGNOS a cependant soutenu que le motif invoqué par TPSGC pour justifier sa décision, à savoir le manque de renseignements dans la soumission pour démontrer la conformité à certaines exigences obligatoires, ne tenait pas étant donné que lesdites exigences avaient été converties en articles souhaitables à la suite de la modification n° 002.

COGNOS a en outre soutenu que la méthode du tableau de bord équilibré utilisée par Hyperion n'est pas un « besoin », comme le RIF tente de le décrire. Il s'agit plutôt d'une méthode qui sert à satisfaire aux besoins de mesure du rendement d'une entité. Il existe beaucoup d'autres produits et méthodes disponibles acceptés dans l'industrie. COGNOS a dit reconnaître le droit du ministère de la Justice de définir ses propres besoins; cependant, de tels besoins doivent être définis dans la mesure du possible en termes génériques et fonctionnels. Le défaut de la DP est qu'elle n'a pas défini un besoin; elle a plutôt défini une solution très spécifique fondée sur une méthode particulière homologuée par BSCol ou répondant aux normes de BSCol, une entreprise du secteur privé, à but lucratif.

En outre, COGNOS a soutenu que la méthode du tableau de bord équilibré n'est qu'une façon, parmi d'autres, d'aborder la mesure du rendement de l'organisation. En précisant la méthode du tableau de bord équilibré, la DP s'est associée à une solution particulière pour la mesure du rendement et à un ensemble de normes particulières. COGNOS a avancé que, plutôt que de définir les besoins de son système en termes opérationnels¹⁴, le ministère de la Justice avait simplement choisi d'avance un produit et une solution pour la mesure du rendement et structuré les exigences énoncées dans la DP de façon à acquérir ledit produit ou, à titre de deuxième choix, un produit identique.

COGNOS a affirmé que BSCol n'est pas un organisme gouvernemental, ni un organisme international ayant pour mandat d'élaborer des normes de tableau de bord ni une organisation dans l'industrie. BSCol n'a pas de statut officiel quelconque eu égard à l'élaboration et à la reconnaissance de telles normes. En outre, la notion de tableau de bord équilibré n'est ni une norme gouvernementale ni une norme reconnue dans l'industrie. COGNOS a aussi signalé qu'il ne fallait pas confondre le « Balanced Scorecard Institute », dont il a été fait mention pour la première fois dans le RIF, et BSCol dont il est fait mention dans la DP.

COGNOS a prétendu que les accords commerciaux empêchent clairement la mention de marques de fabrique ou de commerce, de modèles ou de types, d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés pour la préparation de la spécification technique. Selon COGNOS, c'est cependant exactement ce que fait la section 2.1.2.1 de l'ÉT. En l'espèce, COGNOS a soutenu que les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} sont des marques déposées de BSCol, comme l'est la marque d'homologation de BSCol.

COGNOS a ajouté que, en l'absence d'homologation de BSCol, qui donne lieu à une réputée conformité, d'autres soumissionnaires éprouveront de la difficulté à faire la preuve relative à l'équivalence, particulièrement si le ministère de la Justice refuse de permettre une démonstration de la manière dont le logiciel fonctionne. COGNOS a en outre soutenu que les exigences énoncées à la section 2.1.1.1 de l'ÉT sont d'un niveau très élevé et très vastes, et ne donnent aucune directive aux soumissionnaires sur la façon de faire la preuve de la conformité.

COGNOS a affirmé qu'il ne lui est pas interdit de faire mention, dans sa plainte, des répercussions inégales sur les soumissionnaires de la période de soumission réduite pour démontrer l'existence de partialité enracinée dans la DP.

Invokant une décision¹⁵ de la Commission de révision des marchés publics du Canada, le prédécesseur du Tribunal à titre d'organisme responsable en matière de contestation des offres au Canada, COGNOS a soutenu que le Tribunal avait déjà constaté le profil qui ressort de l'espèce auparavant :

Il est certes manifeste, à l'analyse des preuves produites, que l'adjudication de ce marché a fait l'objet d'un appel d'offres préalable, effectué en privé par Agriculture Canada, dans le cadre de son évaluation des produits vendus sur le marché susceptibles de répondre à ses besoins [...]. Ayant bien cerné leurs besoins, ces personnes ont évalué rigoureusement les produits vendus sur le marché et sont parvenues à la conclusion qu'elles avaient trouvé le produit répondant le mieux à leurs besoins [...]

Lorsque confrontés aux exigences subsidiaires de la loi qui leur impos[ait] le recours à un appel d'offres ouvert, les personnes en cause s'y sont conformées. Cependant, elles n'entendaient pas,

14. Voir *Re plainte déposée par Sweeprite Mfg.* (6 mai 1992), G92PRF66K-021-0005 et G92PRF66K-021-0006 (CRMP); *Re plainte déposée par Storage Tek Canada* (29 mai 2000), PR-99-050 (TCCE).

15. *Re plainte déposée par Waters Chromatography* (16 octobre 1991), E91PRF6601-021-0022 (CRMP).

malgré le lancement d'un appel d'offres ouvert, « renoncer » à leur choix. Elles ont donc assorti leurs spécifications de conditions essentielles, à savoir 13 concernant la pompe, 5 concernant l'échantillonneur automatique et 2 concernant le système dans son ensemble, conditions exprimées, pour la plupart, en des termes décrivant des caractéristiques données de produit. Or, en ce faisant, elles donnaient prise, comme en témoigne l'analyse à laquelle s'est livrée la Commission, à la critique, sur de nombreux points, en ce qui concerne l'obligation d'accorder les mêmes possibilités à tous les fournisseurs potentiels invités à soumissionner.¹⁶

Dans ses dernières observations du 27 décembre 2001, COGNOS a soutenu que les observations supplémentaires de TPSGC ne constituent pas une réponse authentique à de nouvelles questions; plutôt, elles ajoutent, en majeure partie, aux arguments qui se trouvent dans le RIF.

COGNOS a soutenu que la DP ne permet pas l'« équivalence fonctionnelle ». Elle exige plutôt que les fournisseurs présentent une offre soit sur la solution BSCol soit sur quelque chose d'identique. De plus, elle a réitéré que les soumissionnaires qui offrent des solutions équivalentes auront de la difficulté à faire la preuve de l'équivalence, comme cela a été le cas de COGNOS dans le cadre de l'invitation à soumissionner initiale.

COGNOS a dit ne pas être d'accord avec l'affirmation de TPSGC selon laquelle les accords commerciaux permettent d'une façon générale les « équivalents à [...] l'homologation propre à une société » [traduction]. Au contraire, COGNOS a soutenu que, en règle générale, les exigences ne sont pas définies en termes de marques de fabrique ou de commerce, de modèles ou de types particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les exigences du marché. COGNOS a soutenu que TPSGC n'a ni invoqué ni documenté de telles circonstances dans les observations qu'elle a communiquées au Tribunal.

COGNOS a réitéré que les normes fonctionnelles en cause font l'objet d'une marque déposée de BSCol¹⁷. Enfin, eu égard à l'autre question de protestation, COGNOS a soutenu que ladite protestation documente une situation où l'imposition de la même exigence à tous les soumissionnaires, indépendamment des circonstances particulières de la situation, donne lieu à un traitement inégal.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, dans son enquête, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux qui, en l'espèce, sont l'ALÉNA, l'AMP et l'ACI.

COGNOS a soutenu que :

- contrairement à l'article 1007 de l'ALÉNA, au paragraphe VI(2) de l'AMP et à l'alinéa 504 b) de l'ACI, TPSGC a précisé, dans la DP, le besoin du ministère de la Justice à l'endroit d'un SICS selon une démarche spécifique, ou méthode, à savoir le tableau de bord équilibré, sans permettre de solution équivalente;
- contrairement à l'alinéa 1012(2)a) de l'ALÉNA et au paragraphe XI(2) de l'AMP, TPSGC a précisé une période de soumission de 27 jours relativement à ladite invitation à soumissionner;

16. *Ibid.*

17. Source : Sections 2.1.2.1 et 2.1.2.1.1 de l'ÉT et onglets L et Q de la plainte.

- contrairement à l'article 501 de l'ACI, au paragraphe 1008(1) de l'ALÉNA et au paragraphe VII(1) de l'AMP, TPSGC et le ministère de la Justice ont favorisé le produit basé sur les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} de Hyperion, aux dépens des produits offerts par d'autres fournisseurs éventuels, comme COGNOS, et ont de ce fait prédéterminé le résultat de la procédure de passation du présent marché public.

Au sujet d'abord de la deuxième allégation susmentionnée, le Tribunal détermine que le délai prescrit pour le dépôt d'une plainte pour ce motif est écoulé. Le Tribunal ne la traitera donc pas au fond. Le Tribunal est d'avis que, étant donné l'absence de toute opposition de COGNOS à TPSGC au sujet de la période de soumission, aux termes du paragraphe 6(1) du Règlement, COGNOS devait déposer sa plainte auprès du Tribunal dans les 10 jours ouvrables suivant la date où elle a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte. La DP, qui précise clairement la période de soumission, a été diffusée le 28 septembre 2001. COGNOS a téléchargé la DP depuis le MERX le 2 octobre 2001; cependant, le Tribunal n'a reçu la plainte de COGNOS que le 26 octobre 2001, c.-à-d. 20 jours ouvrables plus tard.

Au sujet de la première allégation de COGNOS selon laquelle la section 2.1.2.1 de l'ÉT revêt un caractère restrictif étant donné qu'elle ne permet pas d'équivalents, le Tribunal conclut que ce motif de plainte est fondé.

Le Tribunal fait observer que le fait que les entités sont responsables de la détermination de leurs besoins ne les soustrait pas à l'obligation de veiller à ce que les spécifications techniques qu'elles préparent, retiennent ou appliquent n'aient pas pour objet ou pour effet de susciter des obstacles inutiles au commerce. Le paragraphe 1007(2) de l'ALÉNA est clair à cet égard et prévoit que toute spécification technique prescrite par une entité est définie en fonction des critères de rendement plutôt qu'en fonction de la conception ou de caractéristiques descriptives et est fondée sur des normes, des règlements ou des codes internationaux et nationaux reconnus.

Le paragraphe 1007(3) de l'ALÉNA prévoit en outre que : « Chacune des Parties fera en sorte que les spécifications techniques prescrites par ses entités n'exigent ni ne mentionnent de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines, de producteurs ou de fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché, et à condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres. »

Le Tribunal est d'avis qu'il est exact de dire que la section 2.1.2.1 de l'ÉT permet une solution de rechange à l'homologation de BSCol. Cependant, toute application logicielle proposée par un soumissionnaire doit satisfaire aux « exigences fonctionnelles précisées par [BSCol] » [traduction] ou « faire la preuve de l'équivalence fonctionnelle à l'homologation de [BSCol] » [traduction] (c.-à-d. satisfaire aux exigences des sections 5.1 à 5.4, y compris des normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD}, version 1.0a, 5 mai 2000). Selon le Tribunal, les exigences énoncées aux sections 5.1 à 5.4 des normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} ne définissent pas des notions génériques. Plutôt, au moyen de notions génériques, ces normes fonctionnelles décrivent une démarche, une méthode, un modèle ou une solution particulières relativement à la gestion et à la mise en œuvre de stratégies ou à la satisfaction des besoins en matière de rendement des organismes. Selon le Tribunal, les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} constituent une marque de commerce ou un modèle particuliers, normalement interdits par les accords commerciaux aux fins de la spécification technique associée à une invitation à soumissionner.

Le fait qu'il existe un certain nombre de solutions de rechange établies pouvant servir à la place du modèle des normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} est bien connu et n'est pas contesté. Selon le Tribunal, la question sur laquelle il doit statuer porte sur un énoncé des besoins qui a été exprimé dans la DP en précisant un modèle particulier (tableau de bord équilibré et Balanced Scorecard Functional Standards^{MD}) aux fins de l'élaboration d'applications logicielles destinées à satisfaire, en partie, au besoin de SICS du ministère de la Justice. Le fait que le modèle particulier précisé dans la DP se prête à un certain nombre d'applications logicielles différentes élaborées par différents fournisseurs, y compris Hyperion, n'est pas contesté. Cependant, la DP ne prévoyait pas l'équivalence au modèle susmentionné plutôt qu'à l'homologation. Le Tribunal est d'avis que, sans une telle disposition, un certain nombre d'applications logicielles fondées sur d'autres modèles que les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD}, qui pourraient répondre aux besoins du ministère de la Justice exprimés en termes génériques, par exemple le produit proposé par COGNOS dans sa proposition initiale, ne peuvent être admissibles dans le cadre de la présente invitation à soumissionner. Cet état des choses découle de la nature restrictive et obligatoire de l'exigence énoncée à la section 2.1.2.1 de l'ÉT. La DP est une invitation qui n'est ouverte qu'aux applications logicielles fondées sur les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} de BSCol sans que soient permis des produits de remplacement. Il s'agit là d'une situation contraire aux dispositions des accords commerciaux.

En outre, le Tribunal fait observer que les accords commerciaux, et plus précisément l'ALÉNA et l'AMP, autorisent la mention de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers aux fins de la préparation de spécifications techniques uniquement s'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché. Le Tribunal n'est pas convaincu qu'il n'existe pas en l'espèce un autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les besoins du ministère de la Justice.

En ce qui a trait à la troisième allégation de COGNOS, concernant la discrimination et la partialité en faveur du produit Hyperion, le Tribunal détermine que ce motif de plainte n'est pas fondé.

Plus précisément, le Tribunal conclut que les allégations de COGNOS se rapportant : 1) au délai de soumission pour fonder l'affirmation de traitement inéquitable des soumissionnaires; 2) à la participation du ministère de la Justice à la Conférence et aux actes qu'il y a posés; 3) à la nature de certaines dispositions de la DP régissant la preuve de l'équivalence par rapport aux normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD} (la question d'un environnement qualifié par COGNOS de type « boîte noire »); 4) aux dispositions lacunaires dans la DP relativement à la preuve de l'équivalence; 5) à l'évaluation incorrecte de la proposition initiale de COGNOS et au caractère partial de certaines observations du ministère de la Justice à l'entretien final qui a suivi l'invitation à soumissionner initiale; 6) à l'inclusion dans la DP d'une exigence portant sur un outil d'extraction de données, lorsqu'elles sont examinées dans le contexte de l'invitation à soumissionner initiale ou de la DP, séparément ou collectivement, ne sont pas des éléments de preuve suffisants pour établir l'accusation grave de prédétermination du résultat en faveur d'un logiciel d'un fournisseur unique. À la lumière des éléments de preuve au dossier, le Tribunal sait que des applications logicielles de 13 fournisseurs autres que Hyperion, toutes fondées sur les normes Balanced Scorecard Functional Standards^{MD}, existent présentement, et chacune d'entre elles aurait pu être proposée pour répondre aux besoins du ministère de la Justice en l'espèce.

COGNOS a demandé que lui soit versée une indemnité en conformité avec l'article 30.15 de la Loi sur le TCCE. Selon le Tribunal, le contexte historique du présent marché public décrit une situation où un produit particulier a d'abord été choisi par le ministère de la Justice en vue d'un projet pilote et a par la suite influencé la rédaction des documents d'appel d'offres. Si c'était là tout ce qui ressort de l'espèce, le Tribunal pourrait trouver à redire à la situation. Cependant, ainsi qu'il a déjà été indiqué, le Tribunal est convaincu

que, à la suite des représentations qu'a faites COGNOS, la situation a été dans une grande mesure redressée par TPSGC et par le ministère de la Justice. Le fait que TPSGC et le ministère de la Justice n'ont pas entièrement réussi à aligner la DP et les dispositions des accords commerciaux ressort d'une façon très claire de la présente décision. Cependant, le Tribunal n'est pas convaincu que TPSGC et le ministère de la Justice ont agi de mauvaise foi dans la présente affaire ni qu'ils ont causé un tort irréparable à COGNOS ou ont porté atteinte à l'intégrité du mécanisme de passation des marchés publics. Dans les circonstances, le Tribunal ne recommandera donc pas le versement d'une indemnité. Étant donné que le contrat n'a pas encore été adjugé, le Tribunal recommandera plutôt que TPSGC et le ministère de la Justice revoient l'énoncé des besoins compris dans le DP en vue de l'aligner sur la présente décision et sur les accords commerciaux et, sur une telle base, lancent de nouveau l'invitation à soumissionner en conformité avec les procédures d'appel d'offres ouvertes prévues dans les accords commerciaux.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public n'a pas été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA, de l'ACI et de l'AMP et que la plainte est donc fondée en partie.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que TPSGC annule l'invitation à soumissionner n° 19200-000572/B et lance une nouvelle invitation à soumissionner conformément à la présente décision et aux dispositions des accords commerciaux applicables.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à COGNOS le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

James A. Ogilvy
James A. Ogilvy
Membre président