



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

DÉCISION
ET MOTIFS

Dossier n° PR-2010-017

Esper Consulting Inc.

*Décision prise
le mardi 20 juillet 2010*

*Décision et motifs rendus
le jeudi 29 juillet 2010*

EU ÉGARD À une plainte déposée 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

PAR

ESPER CONSULTING INC.

CONTRE

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président

Gillian Burnett

Gillian Burnett

Secrétaire intérimaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*², déposer une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte. En vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) de la *Loi sur le TCCE* et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. La plainte porte sur une demande pour un arrangement en matière d'approvisionnement (DAMA) (invitation n° EN578-055605/C) par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) pour le compte de divers ministères en vue de la prestation de services professionnels en informatique centrés sur les tâches.

3. Esper Consulting Inc. (Esper) soutient que TPSGC a injustement et arbitrairement rejeté sa proposition en utilisant des critères d'évaluation non divulgués et arbitraires. Plus précisément, Esper soutient que TPSGC a refusé de fournir une définition du critère obligatoire O.1, « **Force et stabilité financières** » [traduction], et de fournir les critères de notation pour que les soumissionnaires puissent évaluer leur possibilité de satisfaire aux conditions requises.

4. Le paragraphe 6(1) du *Règlement* prévoit que le fournisseur potentiel qui dépose une plainte auprès du Tribunal « [...] doit le faire dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte ».

5. Le 24 juillet 2009, TPSGC émettait une DAMA en vue de la prestation de services professionnels en informatique centrés sur les tâches. Le critère obligatoire O.1, « **Force et stabilité financières** », prévoit ce qui suit : « L'offrant doit disposer des ressources financières nécessaires pour entreprendre ce besoin » [traduction]. Les soumissionnaires devaient fournir à TPSGC certains renseignements lui permettant de « [...] procéder à une évaluation complète de la capacité financière de l'offrant »³ [traduction].

6. Le 12 août 2009, TPSGC émettait la modification n° 2 à la DAMA. Dans cette modification, en réponse à une question au sujet de la façon dont est définie stabilité financière, TPSGC a répondu ce qui suit : « Les analystes des coûts de TPSGC utilisent divers éléments pour déterminer la stabilité financière d'un fournisseur » [traduction].

7. Le 18 août 2009, TPSGC émettait la modification n° 3 à la DAMA. Dans cette modification, en réponse à une question concernant quels chiffres la Couronne analyse afin de déterminer la stabilité financière d'un fournisseur potentiel, TPSGC a répondu ce qui suit :

L'évaluation du critère obligatoire O.1, Force et stabilité financières, au moyen d'états financiers vérifiés est fondée sur divers éléments, y compris mais ne se limitant pas à la grosseur de l'entreprise, à sa rentabilité, à son fonds de roulement, à son évolution, à son ratio d'endettement et à sa capacité de lever des capitaux. Les analystes des coûts de TPSGC effectueront l'évaluation.

[Traduction]

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. DAMA à la p. 25.

8. Le 28 août 2009, TPSGC émettait la modification n° 5 à la DAMA. Dans cette modification, la question n° 114 est formulée comme suit :

La modification n° 2 A.11 (partie A) indique qu'il existe une formule dont les analystes des coûts de TPSGC se servent pour évaluer la stabilité financière, mais je ne l'ai trouvée nulle part.

[Traduction]

9. La réponse donnée par TPSGC est la suivante :

Il n'existe aucune formule particulière utilisée par les analystes des coûts afin de déterminer la stabilité et la capacité financières.

[Traduction]

10. Le 26 octobre 2009, TPSGC émettait la modification n° 12 à la DAMA. Dans cette modification, en réponse à la question concernant la façon dont TPSGC est en mesure de déterminer si une entreprise satisfait aux seuils énoncés dans le critère obligatoire O.1, TPSGC a répondu ce qui suit :

[...] les analystes des coûts de TPSGC utiliseront des renseignements provenant de diverses sources afin de fournir une opinion sur la stabilité financière d'un offrant.

[Traduction]

11. Le 30 octobre 2009, soit le jour de la clôture de la présentation des soumissions, Esper présentait sa proposition.

12. Le 8 juillet 2010, en réponse à la demande d'Esper d'en savoir davantage au sujet de l'évaluation de sa proposition, TPSGC affirmait ce qui suit :

L'évaluation de la soumission d'Esper Consulting Inc. a eu pour résultat l'attribution d'une offre à commandes uniquement pour les SPICT. Le critère obligatoire O.1, Force et stabilité financières, n'a pas été respecté pour qu'un arrangement en matière d'approvisionnement de première catégorie lui soit attribué.

L'évaluation de la force et de la stabilité financières a été effectuée par les analystes des coûts de TPSGC, Direction de la vérification et des politiques, qui ont examiné la documentation financière reçue. Selon les renseignements et la documentation reçus, il a été établi que l'entreprise n'a pas la capacité financière pour exécuter un ou davantage de contrats allant jusqu'à 2 millions de dollars (AA de première catégorie). Donc, suite à l'évaluation, une offre à commandes uniquement pour les SPICT a été attribuée à Esper.

[Traduction]

13. En réponse à ces renseignements, Esper a demandé des renseignements au sujet des critères utilisés pour évaluer la force et les stabilité financières d'un soumissionnaire et quelle notation elle a obtenue à l'égard de chacun des critères.

14. Le 12 juillet 2010, TPSGC répondait à Esper de la façon suivante :

En ce qui concerne les résultats de l'évaluation d'Esper concernant sa force et sa stabilité financières, aucuns critères particuliers ne sont utilisés pour évaluer la force financière d'une entreprise. Il s'agit d'une opinion professionnelle fondée sur l'étude et l'examen de divers documents, y compris mais ne se limitant pas aux états financiers, aux rapports de Dun & Bradstreet, aux références bancaires, aux informations de presse, etc. Le défaut de revenus suffisants [...] a été un facteur déterminant pour établir qu'Esper n'était pas financièrement capable d'exécuter un contrat d'une valeur éventuelle de 2 millions de dollars.

[Traduction]

15. Le 13 juillet 2010, Esper déposait sa plainte auprès du Tribunal.

16. Dans sa plainte, Esper soutient que TPSGC s'est fondé sur des renseignements qui n'étaient pas demandés dans la DAMA. Elle soutient aussi que TPSGC s'est fondé sur une analyse subjective qui ne peut être corroborée par des faits. Elle soutient qu'il semble que les analystes des coûts de TPSGC n'aient pris en considération que le revenu brut et qu'ils aient choisi d'ignorer ses excellents antécédents en matière de crédit et son accès au crédit à l'exploitation.

17. Tel qu'énoncé par la Cour d'appel fédérale dans *IBM Canada Ltd. c. Hewlett Packard (Canada) Ltd.*,⁴ il incombe aux fournisseurs potentiels de déposer une plainte quand ils découvrent des problèmes liés à la procédure de passation d'un marché public (ou quand ils auraient vraisemblablement dû les découvrir). Les extraits suivants de cette décision sont particulièrement pertinents :

[18] Dans les affaires de marchés publics, le temps représente une condition essentielle. [...]

[...]

[20] [...] Les fournisseurs potentiels ne doivent donc pas attendre l'attribution d'un contrat avant de déposer toute plainte qu'ils pourraient avoir concernant la procédure. On s'attend à ce qu'ils soient vigilants et qu'ils réagissent dès qu'ils découvrent ou auraient vraisemblablement dû découvrir un vice de procédure. [...]

18. Les éléments de preuve présentés par Esper dans sa plainte indiquent qu'elle avait découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir à la date de clôture de la présentation des soumissions que la détermination de la capacité financière d'un soumissionnaire d'entreprendre le besoin, énoncée dans le critère obligatoire O.1, allait être effectuée par les analystes des coûts de TPSGC et fondée sur leur opinion après examen de divers éléments financiers et de documents et qu'aucune « formule » n'était utilisée.

19. À la clôture de la présentation des soumissions le 30 octobre 2009, Esper avait 10 jours ouvrables après le 30 octobre 2009, soit jusqu'au 16 novembre 2009, pour déposer sa plainte auprès du Tribunal ou au moins présenter une opposition à TPSGC conformément à l'article 6 du *Règlement*.

20. Esper n'a pas présenté d'opposition à TPSGC dans le délai prescrit et n'a déposé sa plainte auprès du Tribunal que le 13 juillet 2010.

21. Par conséquent, le Tribunal conclut que la plainte a été déposée après le délai prescrit par le *Règlement*.

22. Pour ces motifs, le Tribunal n'enquêtera pas sur la plainte et tient la question pour réglée.

DÉCISION

23. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal décide de ne pas enquêter sur la plainte.

Stephen A. Leach

Stephen A. Leach

Membre président

4. 2002 CAF 284 (CanLII).