



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2010-014

Zylog Systems (Ottawa) Ltd.

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Ordonnance et motifs rendus
le mardi 29 juin 2010*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 PLAINTE1

 PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC.....2

 ANALYSE DU TRIBUNAL3

 Zylog Ottawa3

 Lettre de refus de TPSGC4

 FRAIS6

 DÉCISION DU TRIBUNAL6

EU ÉGARD À une plainte déposée par Zylog Systems (Ottawa) Ltd. 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 À LA SUITE D'une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

ENTRE**ZYLOG SYSTEMS (OTTAWA) LTD.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX****Institution fédérale****ORDONNANCE**

Par la présente, aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, le Tribunal canadien du commerce extérieur rejette la plainte.

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Zylog Systems (Ottawa) Ltd. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal canadien du commerce extérieur est le degré 1 et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur, en conformité avec la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public*. Le Tribunal canadien du commerce extérieur se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

Dominique Laporte

Dominique Laporte

Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

1. Le 18 mai 2010, Zylog Systems (Ottawa) Ltd. (Zylog Ottawa) déposait une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ à l'égard d'un marché public (invitation n° EN578-055605/C) passé 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.

2. Zylog Ottawa allègue que TPSGC a incorrectement refusé de reconnaître ses droits allégués relatifs à une proposition soumise par Brainhunter (Ottawa) Inc. (Brainhunter Ottawa), rejetant ainsi injustement ladite proposition. Zylog Ottawa demande, à titre de mesure corrective, que le Tribunal recommande à TPSGC d'évaluer la proposition de Brainhunter Ottawa comme si elle était celle de Zylog Ottawa. Subsidiairement, Zylog Ottawa demande que le Tribunal recommande à TPSGC de l'indemniser pour perte de profits ou perte d'occasion. Zylog Ottawa demande aussi le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

3. Le 26 mai 2010, le Tribunal informait les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte étant donné que 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*². Aussi le 26 mai 2010, aux termes du paragraphe 30.13(3) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal ordonnait à TPSGC de reporter l'adjudication de tout contrat jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte³. Le 3 juin 2010, TPSGC demandait, aux termes du paragraphe 30.13(4) de la *Loi sur le TCCE*, que le Tribunal annule l'ordonnance du 26 mai 2010, ayant certifié que le marché était urgent et qu'un retard dans l'adjudication des contrats serait contraire à l'intérêt public. Le 7 juin 2010, le Tribunal rendait une ordonnance annulant celle du 26 mai 2010.

4. À titre de question préliminaire, le Tribunal a invité TPSGC et Zylog Ottawa à présenter des exposés sur la question à savoir si Zylog Ottawa avait la qualité pour déposer une plainte liée à l'invitation en question et plus particulièrement à savoir, le cas échéant, si Zylog Ottawa satisfait à la définition du terme « fournisseur potentiel » en relation avec un contrat spécifique, comme l'exige la *Loi sur le TCCE*. Afin de garantir l'équité aux deux parties, le Tribunal a demandé que les exposés et les réponses sur cette question soient présentés simultanément.

5. Le 4 juin 2010, TPSGC et Zylog Ottawa déposaient leurs exposés respectifs sur le statut de Zylog Ottawa devant le Tribunal. Le 11 juin 2010, les deux présentaient leurs exposés en réponse.

6. Le 21 juin 2010, en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁴, TPSGC déposait le rapport de l'institution fédérale (RIF) auprès du Tribunal⁵. Même si le Tribunal comprend que TPSGC ne faisait que s'acquitter de ses obligations en vertu des *Règles* en déposant

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

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. Dans les cas où un arrangement en matière d'approvisionnement a été publié, l'ordonnance de report d'adjudication du contrat du Tribunal a pour effet de reporter l'adjudication de tout contrat relatif à cet arrangement en matière d'approvisionnement jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte.

4. D.O.R.S./91-499 [*Règles*].

5. Le 24 juin 2010, le Tribunal avisait les parties que le RIF ne serait pas incorporé au dossier officiel avant qu'il ait statué sur la question préliminaire relative à la qualité devant le Tribunal et qu'il informerait les parties au sujet de toute mesure qui devrait être prise à ce moment-là.

ce RIF, il est important de souligner que le RIF en question n'a pas été incorporé au dossier en raison des délibérations préliminaires en cours et, par conséquent, qu'il n'a pas été considéré à l'occasion du traitement de la présente question préliminaire.

7. Les renseignements au dossier étant suffisants pour déterminer le bien-fondé de la question préliminaire, le Tribunal a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience et a statué sur la question sur la foi des renseignements au dossier.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

8. Le 1^{er} février 2008, Brainhunter Ottawa était désignée par TPSGC comme l'un des 235 fournisseurs admissibles dans le cadre d'une offre à commandes originale et d'un arrangement en matière d'approvisionnement (invitation n^o EN578-055605/B) en vue de la prestation de services de consultation aux organisations, de gestion de projet et d'informatique.

9. Le 24 juillet 2009, TPSGC diffusait une demande d'arrangement en matière d'approvisionnement (DAMA) pour la mise à jour annuelle des offres à commandes et des arrangements en matière d'approvisionnement pour la prestation de services professionnels en informatique centrés sur les tâches. Dans le cadre de cette mise à jour, les titulaires d'offres à commandes et d'arrangements en matière d'approvisionnement en place pouvaient alors actualiser leurs tarifs et présenter des propositions en vue de la prestation de services d'autres catégories⁶.

10. Le 30 octobre 2009, soit le jour de la clôture de la présentation des soumissions, Brainhunter Ottawa présentait une proposition en réponse à la DAMA.

11. Le 2 décembre 2009, Brainhunter Inc. et ses filiales, dont Brainhunter Ottawa, obtenaient une ordonnance de la Cour supérieure de justice de l'Ontario accordant à ces dernières une protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*⁷.

12. Suivant cette ordonnance, un processus visant à vendre l'ensemble des actifs de Brainhunter Inc. et de ses filiales a été entrepris.

13. Le 18 janvier 2010, Zylog Systems (Canada) Ltd. et Zylog Systems (India) Limited concluaient une convention d'achat d'actifs avec Brainhunter Inc. et ses filiales⁸.

14. Le 1^{er} février 2010, la Cour supérieure de justice de l'Ontario rendait une ordonnance de dévolution par laquelle elle approuvait ladite vente à Zylog Systems (Canada) Ltd. et Zylog Systems (India) Limited, lui octroyant ainsi tous les titres et tout intérêt associés à l'actif de Brainhunter Inc.⁹.

15. Cette ordonnance de dévolution approuvait expressément la convention d'achat d'actifs du 18 janvier 2010. Zylog Ottawa ne semble pas avoir été partie à cette entente.

6. Le 1^{er} février 2008, TPSGC accordait une offre à commandes et un arrangement en matière d'approvisionnement à Brainhunter Ottawa. Plainte confidentielle, onglet A.

7. L.R.C. 1985, c. C-36.

8. Plainte confidentielle, onglet D. Le Tribunal fait remarquer que la plainte a été déposée par Zylog Ottawa.

9. Plainte confidentielle, onglet E.

16. Le 29 mars 2010, Zylog Ottawa demandait à TPSGC de lui confirmer que la proposition d'abord présentée par Brainhunter Ottawa serait dorénavant évaluée au nom de Zylog Ottawa en fonction des représentations à l'égard de la continuité des opérations¹⁰.

17. Le 8 avril 2010, TPSGC avisait Zylog Ottawa qu'il ne considérerait pas cette dernière comme étant Brainhunter Ottawa aux fins de sa proposition¹¹.

18. Le 22 avril 2010, Zylog Ottawa déposait une plainte auprès du Tribunal, qui n'a pas été acceptée pour enquête du fait que « [...] rien n'indique, de façon raisonnable, que le marché public n'a pas été passé conformément aux accords commerciaux pertinents [...] »¹² [traduction].

19. Le 10 mai 2010, TPSGC informait Zylog Ottawa que dorénavant il ne recevrait plus d'autres renseignements sur le statut de la proposition de Brainhunter Ottawa ainsi que la demande de Zylog Ottawa visant à ce que cette proposition soit traitée comme une proposition de Zylog Ottawa. TPSGC indiquait d'ailleurs par écrit qu'il « [...] considérait que le dossier était clos depuis un certain temps » [traduction].

20. Le 18 mai 2010, Zylog Ottawa déposait la présente plainte auprès du Tribunal en temps opportun s'appuyant principalement sur des faits nouveaux émanant du courriel envoyé le 10 mai 2010 par TPSGC.

ANALYSE DU TRIBUNAL

21. Aux termes de l'article 30.11 de la *Loi sur le TCCE*, un « [...] fournisseur potentiel peut [...] déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique [...] ». L'article 30.1 de la *Loi sur le TCCE* définit « fournisseur potentiel » comme « [...] tout soumissionnaire – même potentiel – d'un contrat spécifique ».

Zylog Ottawa

22. TPSGC soutient que Zylog Ottawa n'a pas présenté de proposition en réponse à la DAMA et que, par conséquent, elle n'est pas un soumissionnaire. Étant donné que la période de présentation des soumissions est terminée, TPSGC considère que Zylog Ottawa n'est pas un soumissionnaire potentiel. Selon TPSGC, Zylog Ottawa n'est pas un fournisseur potentiel ayant qualité pour déposer la présente plainte en s'appuyant sur une interprétation littérale des termes pertinents de la *Loi sur le TCCE*.

23. TPSGC affirme que Zylog Ottawa a omis d'établir une distinction entre les personnes morales indépendantes que sont Zylog Systems (Canada) Ltd., Zylog Systems (India) Limited et Zylog Ottawa.

24. TPSGC soutient que les actifs de Brainhunter Ottawa ont été transférés à Zylog Systems (Canada) Ltd. et à Zylog Systems (India) Limited et qu'aucun élément de preuve dans la plainte ne démontre que quelconque actif appartenant à Brainhunter Ottawa, y compris sa proposition relative à la mise à jour annuelle et ses droits de porter plainte, ont été transférés à Zylog Ottawa.

10. Plainte confidentielle, onglet F.

11. Plainte confidentielle, onglet G à la p. 4.

12. *Re plainte déposée par Zylog Systems (Ottawa) Ltd.* (28 avril 2010), PR-2010-002 (TCCE). Dans cette décision, le Tribunal a affirmé ce qui suit au para. 17 : « Puisque TPSGC n'a pas terminé l'évaluation des propositions présentées dans le cadre de cette procédure de passation de marché public, le Tribunal conclut qu'en ce moment, il ne peut y avoir aucune violation des accords commerciaux pertinents en ce qui concerne l'évaluation de la proposition présentée par Brainhunter Ottawa, nonobstant quelque considération pour ou contre les droits prétendus par Zylog. »

25. De plus, selon TPSGC, Zylog Ottawa a été constituée et a pris naissance après la date de clôture des soumissions du 30 octobre 2009 et que, par conséquent, Zylog Ottawa n'aurait pu être soumissionnaire ou soumissionnaire potentiel dans le cadre de la DAMA, directement ou par l'intermédiaire de l'ordonnance de dévolution rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

26. Pour sa part, Zylog Ottawa allègue que tant la convention d'achat d'actifs que l'ordonnance de dévolution confirment le fait que Zylog Ottawa a acquis non seulement les droits relatifs à la proposition présentée par l'intermédiaire de Brainhunter Ottawa, mais aussi le droit, le titre et les intérêts lui permettant d'intenter des poursuites fondées sur le traitement incorrect de ladite proposition par TPSGC.

27. Le Tribunal fait remarquer que Zylog Ottawa n'est pas partie à la convention d'achat d'actifs ou à l'ordonnance de dévolution. De plus, Zylog Ottawa n'a fourni aucun élément de preuve relatif à son organisation interne ou à son statut juridique, autant dans ses exposés au Tribunal ou à l'occasion de quelque correspondance avec TPSGC déposée dans le cadre de la présente procédure.

28. Le Tribunal fait également remarquer que Zylog Ottawa ne semble avoir été créée qu'après (1) la date de clôture des soumissions, (2) la date de passation de la convention d'achat d'actifs et (3) la date de l'ordonnance de dévolution¹³.

29. De plus, aucun élément de preuve au dossier ne montre de quelle façon l'achat des actifs de Brainhunter Ottawa par Zylog Systems (Canada) Ltd. ou Zylog Systems (India) Limited, de la façon décrite plus précisément dans la convention d'achat d'actifs, aurait pu donner naissance aux intérêts allégués de Zylog Ottawa, s'il en est, qui appert être une entité entièrement indépendante en ce qui concerne la DAMA en cause.

30. Zylog Ottawa ne semble établir aucune distinction entre elle-même et Zylog Systems (Canada) Ltd. et/ou Zylog Systems (India) Limited, alors qu'en droit des sociétés, il est clair qu'une nouvelle entité a été créée. En l'absence d'éléments de preuve à l'appui des revendications en cause, les arguments qui sous-tendent la présente plainte deviennent très ténus.

31. Zylog Ottawa demande au Tribunal de faire un acte de foi en *supposant* qu'une entité appelée « Zylog Systems (Ottawa) Ltd. » est structurellement et juridiquement titulaire de droits auxquels Zylog Systems (Canada) Ltd. et/ou Zylog Systems (India) Limited pourraient avoir accès par l'intermédiaire de l'ordonnance de dévolution, sans fournir aucun renseignement au sujet de « Zylog Systems (Ottawa) Ltd. » et de la façon dont cette dernière aurait obtenu ces droits. L'héritage et l'accession de droits d'une entreprise ne peuvent se présumer sur la foi de simples affirmations ou même en raison d'une apparence de dénominations semblables.

32. Le Tribunal n'est pas prêt à rendre une décision aussi fondamentale en l'absence d'éléments de preuve à cet effet.

Lettre de refus de TPSGC

33. Le Tribunal fait remarquer que, à l'époque où la présente plainte a été déposée et acceptée pour enquête, TPSGC n'avait pas terminé l'évaluation de la proposition soumise par Brainhunter Ottawa et que Zylog Ottawa affirmait alors au Tribunal qu'aucune évaluation de cette nature n'était sur le point d'être effectuée¹⁴. Ceci était un élément important au moment d'évaluer le bien-fondé de la présente plainte.

13. Plainte, para. 16.

14. Plainte, para. 24 et courriel de TPSGC à un représentant de Brainhunter Ottawa daté du 10 mai 2010.

34. Ce n'est qu'au moment de la réception des exposés de TPSGC le 4 juin 2010 que le Tribunal a, pour la première fois, été informé que la proposition de Brainhunter Ottawa avait en fait été évaluée.
35. Les exposés du 4 juin 2010 de Zylog Ottawa ne mentionnaient pas cette évaluation.
36. C'est uniquement par l'intermédiaire d'une pièce jointe à ses exposés en réponse, datés du 11 juin 2010, que Zylog Ottawa a déposé une lettre de TPSGC, cette fois du 19 mai 2010, l'informant des résultats de l'évaluation de la proposition de Brainhunter Ottawa.
37. Par conséquent, le Tribunal fait remarquer que cette évaluation n'a été communiquée qu'*après* l'ouverture de la présente enquête et qu'elle n'a pas été immédiatement portée à l'attention du Tribunal.
38. Même si les résultats de l'évaluation ont été transmis au Tribunal *par l'intermédiaire* de la présente plainte, il est clair que ces résultats ne peuvent créer de droits ou d'obligations en l'espèce étant donné que la présente plainte a été initiée sur la foi du courriel du 10 mai 2010 de TPSGC et de son contenu, plutôt que des faits dévoilés après son commencement.
39. Le Tribunal souligne de plus qu'une autre pièce jointe des exposés de Zylog Ottawa, datés du 11 juin 2010, est une lettre de Zylog Ottawa à TPSGC datée du 3 juin 2010, dans laquelle Zylog Ottawa conteste les résultats de l'évaluation de la proposition de Brainhunter Ottawa¹⁵.
40. Le Tribunal est d'avis que le fondement de toute plainte faisant suite à la lettre de refus du 19 mai 2010 pourrait en fait se trouver à même le contenu de l'opposition formulée par Zylog Ottawa en date du 3 juin 2010 mais que, pour l'instant, quelconque tel motif existe à l'extérieur du cadre de la présente plainte. Étant donné que Zylog Ottawa n'a toujours pas reçu de réponse à cette opposition, toute plainte concernant ces questions particulières ne peut, à ce jour, saisir le Tribunal.
41. Le Tribunal fait également remarquer que la lettre du 19 mai 2010 n'était pas adressée à Zylog Ottawa.
42. Compte tenu de ce qui précède, et sur la foi des renseignements dont il est saisi, le Tribunal conclut que Zylog Ottawa n'a pas réussi à démontrer qu'elle est un fournisseur potentiel au sens de la *Loi sur le TCCE*.
43. Indépendamment de cette question, étant donné que la proposition présentée par Brainhunter Ottawa a maintenant été évaluée et que ladite évaluation fait maintenant l'objet d'une opposition distincte que TPSGC doit traiter, le Tribunal conclut, conformément à l'alinéa 10a) du *Règlement*, après avoir pris en compte la *Loi sur le TCCE*, le *Règlement* et les accords commerciaux pertinents, que la présente plainte ne s'appuie sur aucun fondement valable¹⁶.

15. Exposés confidentiels en réponse datés du 11 juin 2010, onglets A et B.

16. L'*Accord sur le commerce intérieur*, 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm>, l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), l'*Accord sur les marchés publics*, 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> et l'*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, R.T.C. 1997, n° 50 (entré en vigueur le 5 juillet 1997); le chapitre *Kbis*, intitulé « Marchés publics », entré en vigueur le 5 septembre 2008, s'appliquent au marché public. L'*Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, en ligne : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/chapter-chapitre-14.aspx?lang=fra>> (entré en vigueur le 1^{er} août 2009), ne s'applique pas car il est entré en vigueur le 1^{er} août 2009, soit après la date de diffusion de la DAMA.

44. Par conséquent, en vertu de l'alinéa 10a) du *Règlement*, la plainte est rejetée.

FRAIS

45. Le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte.

46. Pour décider du montant de l'indemnisation en l'espèce, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), qui fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte selon trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure.

47. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré le plus bas mentionné à l'annexe A de la *Ligne directrice* (degré 1).

48. Le marché public était d'une complexité moyenne car il portait sur des titulaires multiples d'offres à commandes ainsi que de nombreux soumissionnaires relativement à diverses catégories de personnel et d'exigences techniques touchant des services professionnels en informatique.

49. Même si la présente affaire a exigé la présentation d'exposés sur une question préliminaire et que TPSGC a déposé un RIF, le Tribunal conclut que la complexité de la plainte était faible étant donné qu'elle portait sur une question préliminaire bien circonscrite liée aux éléments de preuve au dossier.

50. Enfin, la complexité de la procédure était faible étant donné qu'il n'y a pas eu de requête ou de parties intervenantes et qu'aucune audience n'a été nécessaire. En raison de ce qui précède et conformément à la *Ligne directrice*, l'indication provisoire donnée par le Tribunal eu égard au montant de l'indemnisation est de 1 000 \$.

DÉCISION DU TRIBUNAL

51. Par la présente, aux termes de l'alinéa 10a) du *Règlement*, le Tribunal rejette la plainte.

52. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à TPSGC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Zylog Ottawa. L'indication provisoire du degré de complexité de la présente plainte donnée par le Tribunal est le degré 1 et l'indication provisoire du montant de l'indemnisation est de 1 000 \$. Si l'une ou l'autre des parties n'est pas d'accord en ce qui a trait à l'indication provisoire du degré de complexité ou à l'indication provisoire du montant de l'indemnisation, elle peut présenter des observations auprès du Tribunal, en conformité avec la *Ligne directrice*. Le Tribunal se réserve la compétence de fixer le montant définitif de l'indemnisation.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président